

O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO MERCADO FINANCEIRO  
E DE CAPITAIS: AS MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.506/2017 NO ÂMBITO  
DO BANCO CENTRAL DO BRASIL E DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS<sup>1</sup>

*SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW IN THE FINANCIAL AND CAPITAL MARKETS:  
CHANGES MADE BY LAW 13.506/2017 AFFECTING THE BRAZILIAN CENTRAL BANK  
AND THE BRAZILIAN SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION*

Valter Shuenquener de Araujo;<sup>2</sup>

Harife Huri Eugenio da Silva;<sup>3</sup>

Rayssa Araújo de Palhares.<sup>4</sup>

**Resumo:** Este artigo se propõe a analisar o regime sancionador existente no âmbito do mercado financeiro e de capitais, tendo como foco as alterações promovidas pela Lei nº 13.506/2017. A pesquisa considerou a metodologia qualitativa, tendo um objetivo descritivo e explicativo e, ainda, uma análise crítica das regras jurídicas existentes sobre a temática. Quanto ao procedimento, a metodologia é bibliográfica e se ocupa da problemática acerca dos limites de atuação do BACEN e da CVM em matéria sancionatória. O texto também apresenta reflexões sobre a necessidade de se estabelecer um regime sancionador racional e proporcional no mercado financeiro e de capitais, bem como a Lei nº 13.655, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pode contribuir para se alcançar este objetivo.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Sancionador. Mercado financeiro e de capitais. Banco Central do Brasil (BACEN) e Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Racionalidade da sanção.

**Abstract:** This article is an analysis of the sanctioning regime existing in the financial and capital market, focusing on the changes promoted by Law 13,506/2017. This research considered the qualitative methodology, it has a descriptive and explanatory goal, and also

---

<sup>1</sup> Os autores agradecem a pesquisa feita para subsidiar este artigo pelos alunos da graduação da faculdade de Direito da UERJ Lucas Ramos de Menezes, Raíza Silva Ramos e Rebeca Mozer Marconcini de Souza.

<sup>2</sup> Professor Associado de Direito Administrativo da UERJ da Faculdade de Direito da UERJ (Departamento de Direito do Estado). Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. KZS pela Ruprecht-Karls Universität de Heidelberg. Secretário-Geral do CNJ. Juiz Federal.

<sup>3</sup> Graduando em Direito (UERJ).

<sup>4</sup> Graduando em Direito (UERJ).

develops a critical analysis of the existing legal rules on the subject studied. As for the procedure, the methodology is bibliographical and deals with the problematic related to the competence limits of BACEN and CVM in the sanctioning matter. The text also proposes reflections on the obligation to establish a rational and proportional sanctioning regime in the financial and capital markets, as well as Law 13,655, which amends the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB).

**Keywords:** Sanctioning Administrative Law. Financial and capital markets. Brazilian Central Bank (BACEN) and Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM). Introduction Law to the Norms of Brazilian Law (LINDB). Sanction rationality.

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema financeiro nacional, de que o Banco Central do Brasil (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) fazem parte, tem por função permitir a captação de recursos entre os agentes superavitários da economia – ou poupadores – e os agentes deficitários – ou tomadores de recursos –, canalizando e mobilizando capitais advindos da poupança popular para o desenvolvimento de atividades produtivas. A transferência desses recursos entre poupadores e tomadores ocorre no mercado financeiro por meio de investimentos e, como regra, através de instituições financeiras especializadas em intermediar operações. A atuação dessas entidades consistia – e até hoje se resume – em emprestar os excedentes dos poupadores aos agentes deficitários, sendo aquelas remuneradas a partir do *spread*, isto é, a diferença entre o custo de captação e o cobrado do beneficiário final daqueles recursos.

Essas instituições compunham um modelo tradicional de intermediação de capitais, concentrando a poupança popular para sua posterior distribuição aos que dela careciam de acordo com as necessidades de volume financeiro e prazos de cada um. No entanto, a estruturação desse modelo de intermediação apenas por meio de instituições financeiras não foi suficiente para dar suporte a todas as necessidades do mercado.

Em decorrência desse fator, desenvolveram-se novos ativos financeiros com características operacionais próprias, a fim de se atender às novas demandas existentes, o que levou o sistema financeiro a segmentar-se em quatro mercados, a saber: (i) mercado monetário; (ii) mercado de crédito; (iii) mercado de câmbio, e (iv) mercado de capitais.

O mercado de crédito é composto por agentes e instituições financeiras dedicados a realizar operações de curto e médio prazo, que normalmente se destinam ao consumo ou a viabilizar o capital de giro das empresas. Esse mercado é fundamental para o bom funcionamento da economia, na medida em que as instituições financeiras assumem dois papéis decisivos. De um lado, atuam como centralizadoras de riscos, reduzindo a exposição dos aplicadores a perdas e otimizando as análises de crédito. De outro, funcionam como um elo entre milhões de agentes com expectativas muito distintas em relação a prazos e volumes de recursos (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014, p. 32).

Alexandre Assaf Neto conceitua o mercado monetário como aquele, cujas operações se destinam a controlar a liquidez monetária da economia e envolvem, basicamente, títulos públicos, CDIS e CDBS,<sup>5</sup> ao passo que o mercado cambial é aquele em que ocorrem as operações de compra e venda de moedas internacionais conversíveis (2005, p. 117-158).

O mercado de capitais ou mercado de valores mobiliários é aquele em que as instituições financeiras assumem o papel de prestadoras de serviços e não atuam intermediando as negociações e assumindo os riscos inerentes às operações.<sup>6</sup> Nele, há um contato direto entre o investidor e as entidades tomadoras, as quais emitem valores mobiliários, tais como títulos de dívida, debêntures e títulos patrimoniais ou de capital.

Como as instituições financeiras atuam no mercado de capitais como prestadoras de serviços estruturando as operações, assessorando na formação de preços, oferecendo liquidez, permitindo a captação de clientes e colaborando na colocação desses valores mobiliários no mercado, a responsabilidade pelo pagamento dos rendimentos se dá entre a entidade emissora e os investidores, os quais suportam os riscos.

Assim, o mercado de capitais possui a função econômica essencial de permitir a agentes deficitários da economia, mediante a emissão pública de valores mobiliários, a captação de recursos para o financiamento de seus projetos de investimento ou mesmo para alongar o prazo de suas dívidas (EIZIRIK *et. al.*, 2011, p. 8), tendo expressiva relevância no desenvolvimento econômico nacional ao estimular a poupança e o investimento produtivo.

---

<sup>2</sup> CDI (Certificado de Depósito Interbancário), é o nome dado aos empréstimos que os bancos tomam entre si diariamente para fechar o caixa no positivo, sendo sua taxa utilizada como referência em diversos investimentos, ao passo que a CDB (Certificado de Depósito Bancário), consiste em títulos de renda fixa emitidos por bancos, nos quais o investidor “empresta” dinheiro para o banco e recebe em troca o pagamento de juros desse empréstimo. Ou seja, esses tipos de investimento envolvem uma promessa de pagamento futuro do valor investido, acrescido da taxa pactuada no momento da transação.

<sup>6</sup> As instituições financeiras também podem atuar como emissoras de valores mobiliários quando forem companhias abertas devidamente registradas na CVM.

## 2 REGULAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS

### 2.1 REGULAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO

Diante da relevância do mercado financeiro para a circulação de riquezas na sociedade, o Estado intervém intensamente nesse setor econômico, tendo em vista duas principais razões: (i) proteção da poupança popular na transferência de recursos entre agentes superavitários e agentes deficitários intermediada por instituições financeiras, e (ii) relação existente entre o crescimento econômico de um país e o desenvolvimento de um mercado financeiro nacional (ANDREZO; LIMA, 2010, p. 15).

De acordo com a Lei nº 4.595/1964, a intervenção estatal no mercado financeiro ocorre a partir da atuação do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil – BACEN. O CMN é um órgão deliberativo, desprovido de competência executiva, que tem por responsabilidade expedir diretrizes gerais para o bom funcionamento do sistema financeiro nacional. O BACEN, por sua vez, além das competências tradicionais de um Banco Central de emitir moeda e de promover a estabilidade interna e externa, também é competente para manter a estabilidade do sistema financeiro nacional, por meio da regulamentação, supervisão e fiscalização de instituições financeiras (ANDREZO; LIMA, 2010, p. 16).

Para efeitos deste artigo, a principal abordagem crítica repousará sobre a função de supervisão do BACEN, visto que este é a entidade responsável pela instauração de processos administrativos sancionadores no mercado financeiro.

### 2.2 REGULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS

De igual modo, o Estado intervém no mercado de capitais, tendo em vista as seguintes principais razões: (i) necessidade de proteção da capacidade funcional deste mercado, na medida em que ele empresta eficiência às instituições envolvidas nas operações com valores mobiliários, e (ii) necessidade de proteção à confiança dos investidores na integridade deste mercado, fator essencial à continuidade da alocação de recursos em investimentos no mercado de valores mobiliários (KÜMPEL, 2007, p. 21 e 22).

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia instituída pela Lei nº 6.385/1976, é a entidade administrativa responsável pela intervenção do Estado no mercado de capitais e possui a função de regular, supervisionar e fiscalizar as atividades desenvolvidas no mercado de valores mobiliários, detendo, ainda, a competência para regular matérias expressamente previstas na Lei nº 6.404/1976 – Lei das Sociedades Anônimas (EIZIRIK *et al.*, 2011, p. 263-264).

No que tange à intervenção estatal no mercado de capitais, o foco será dado na função sancionadora da CVM, entidade responsável pela instauração e julgamento de processos administrativos sancionadores no mercado de valores mobiliários.

### 3 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.506/2017 AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO ÂMBITO DO BACEN E DA CVM

Sancionada em novembro de 2017, a Lei nº 13.506/2017 promoveu mudanças no processo administrativo sancionador no âmbito do mercado financeiro e de capitais. Foram criados ilícitos administrativos, feitas modificações nas penalidades, bem como ela previu o termo de compromisso.

No que concerne à tipificação de novas condutas, elas passaram a abarcar tipos muito abertos, o que implica a necessidade de uma maior cautela por parte das instituições financeiras e demais agentes que compõem o mercado ao elaborarem novos produtos, ao mesmo tempo em que passa a conferir um elevado grau de discricionariedade e subjetividade na aferição dos ilícitos no mercado de capitais e financeiro. Ainda, a lei traz inovações, tais como o acordo administrativo em processo de supervisão na esfera de atuação do BACEN e da CVM,<sup>7</sup> com as adaptações pertinentes à sua atividade regulatória. E também se observa um significativo aumento dos poderes cautelares do BACEN com mecanismos coercitivos de caráter liminar e antecipatório.

#### 3.1 DA EXCESSIVA GENERALIDADE NA TIPIIFICAÇÃO DAS CONDUTAS REGULADAS PELO BACEN

---

<sup>7</sup> O referido acordo era denominado de “acordo de leniência” enquanto da vigência da MP nº 784/2017.

Em seu artigo 2º, §2º,<sup>8</sup> a Lei nº 13.506/2017, ao empregar o termo “*responsáveis técnicos*” de forma imprecisa, aumenta o espaço de discricionariedade do BACEN e origina um ambiente de maior insegurança jurídica aos agentes que participam do mercado. Ainda, o artigo 3º, em seus dezessete incisos, apresenta as condutas puníveis, dentre as quais devem ser ressaltadas as previstas nos incisos VIII e IX.

O inciso VIII, ao mencionar “*preços destoantes*”, não considera as particularidades do mercado financeiro, que está em constante processo de mudança, as características de cada setor, o momento em que a economia se encontra., bem como o perfil das instituições financeiras e sua carteira de clientes. As operações no mercado financeiro não estão sujeitas a um único parâmetro, de modo que se torna difícil conceituar o que seria tal prática prevista na lei.

A respeito do inciso IX, ele traz para o BACEN o princípio contábil da essência sobre a forma ao consagrar a exigência de “*fundamentação econômica*”, sendo, também, expressão vaga, pois pode se referir tanto a uma operação gratuita quanto à operação realizada a preço vil. Assim, observa-se que tais dispositivos, desde a edição da MP nº 784/2017 e, mesmo com a edição da Lei nº 13.506/2017, carecem de um maior detalhamento e cautela do ente regulador no momento da sua aplicação.

### 3.2 CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TERMO DE COMPROMISSO E ACORDO ADMINISTRATIVO EM PROCESSO DE SUPERVISÃO NO BACEN E NA CVM

O termo de compromisso, que já estava previsto apenas na esfera de atuação da CVM, foi estendido para o BACEN pela Lei nº 13.506/2017 (arts. 11 a 15). No entanto, nos termos da Circular nº 3.857/2017 do BACEN, o referido termo não poderá ser aproveitado pela parte ré quando verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações dispostas na Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), bem como a mera proposta de apresentação de termo de compromisso não suspenderá a tramitação do processo administrativo.

---

<sup>8</sup>Art. 2º Este Capítulo dispõe sobre infrações, penalidades, medidas coercitivas e meios alternativos de solução de controvérsias aplicáveis às instituições financeiras, às demais instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil e aos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro, e estabelece o rito processual a ser observado nos processos administrativos sancionadores no âmbito do Banco Central do Brasil. (...) § 2º O disposto neste Capítulo aplica-se também aos administradores e aos responsáveis técnicos das pessoas jurídicas que prestem os serviços mencionados no inciso II do § 1º deste artigo. (Brasil, 2017).

Sob outro prisma, a exigência de publicação em Diário Oficial do termo de compromisso é substituída pelo dever de publicação no endereço eletrônico do BACEN e da CVM. Em caso de descumprimento do termo, o BACEN poderá utilizar-se de medidas judiciais e administrativas, tornando o referido ajuste título executivo extrajudicial e determinará a instauração ou o prosseguimento do processo administrativo.

No que concerne ao acordo administrativo em processo de supervisão, ele recebeu um regime jurídico híbrido que tem como base a leniência prevista na Lei nº 12.846/2013 e nos casos de atribuição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Tal acordo também inova ao permitir que pessoas físicas possam se beneficiar desse mecanismo, desde que confessem a prática da infração aos dispositivos legais e cooperem efetivamente para a apuração dos fatos. Ressalta-se que, caso o acordo seja descumprido, o infrator fica impedido de celebrá-lo novamente por um prazo de três anos.

O termo de compromisso e o acordo administrativo em processo de supervisão possuem características diversas. Uma delas se relaciona à necessidade de confissão da matéria de fato, requisito indispensável no acordo administrativo em processo de supervisão, mas não no termo de compromisso, de forma que a celebração deste último não implica o reconhecimento da ilicitude da conduta praticada.

No acordo administrativo em processo de supervisão, há, também, o dever daquele que se utiliza do mecanismo de indicar os demais participantes da infração. Assim, tal instituto aproveita melhor aquele que dele se utiliza primeiramente. Os que vierem posteriormente apenas poderão ter redução de um terço da penalidade aplicada. Por seu turno, essas restrições não estão presentes no termo de compromisso.

Por fim, no que diz respeito à pena a ser cumprida, esta é aplicada com descontos no acordo administrativo em processo de supervisão, enquanto no termo de compromisso não haverá pena, mas o cumprimento de determinadas restrições.

### 3.3 AS MUDANÇAS NO RITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E OS PODERES ACAUTELATÓRIOS DO BACEN

O processo administrativo sancionador no âmbito de atuação do BACEN passa a contar com um ato formal de citação do réu. Quanto à instrução probatória, poderão ser indeferidas as provas consideradas impertinentes, ilícitas, desnecessárias ou protelatórias. Das decisões do BACEN, a Lei nº 13.506/2017 dispõe que caberá recurso com dois tipos de

efeitos. Em se tratando de decisão condenatória, prevê a norma o cabimento de recurso no prazo de trinta dias, com efeitos devolutivo e suspensivo, ao passo que, em se tratando de decisão que imponha as penalidades contidas no artigo 5º, incisos IV, V ou VI,<sup>9</sup> o recurso será recebido com efeito devolutivo, de forma que o recorrente poderá requerer o efeito suspensivo à autoridade prolatora da decisão.

A Lei nº 13.506/2017 também conferiu poderes acautelatórios e de natureza coercitiva ao BACEN, que poderá exigir a prestação de informações, a cessação de atos ou atividades e a adoção de medidas acautelatórias que antecedem a instauração de processo administrativo, dentre as quais o afastamento de administradores, prepostos e procuradores, bem como restrição a atividades e a substituição compulsória de auditor independente.

### 3.4 DAS PENALIDADES A SEREM APLICADAS PELO BACEN E NA CVM

A Lei nº 13.506/2017 também alterou as penalidades a serem fixadas pelo BACEN e CVM.

Em relação ao BACEN, o artigo 5º do novo regramento elencou como sanções possíveis a: (i) admoestação pública; (ii) multa; (iii) proibição de prestar determinados serviços para as instituições mencionadas no caput do art. 2º da Lei nº 13.506/2017; (iv) proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação; (v) inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º da Lei nº 13.506/2017, e a (vi) cassação de autorização para funcionamento.

No que concerne à CVM, o artigo 11 da Lei nº 6.385/1976 foi alterado para passar a prever critérios e valores mais altos para as multas e, também, prever a proibição de contratar, por até de 5 (cinco) anos, com instituições financeiras oficiais e de participar de licitação que tenha por objeto aquisições, alienações, realizações de obras e serviços e concessões de serviços públicos, no âmbito da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal e das entidades da Administração Pública indireta.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Art. 5º São aplicáveis as seguintes penalidades às pessoas mencionadas no art. 2º desta Lei, de forma isolada ou cumulativa: (...) IV - proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação; V - inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei; VI - cassação de autorização para funcionamento (Brasil, 2017).

<sup>10</sup> Artigo 11, §13, da Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976.

Outra alteração importante promovida pela Lei nº 13.506/2017 foi a que possibilitou ao BACEN aplicar medidas coercitivas ou acautelatórias aos supervisionados, cujo descumprimento enseja a aplicação de multa cominatória diária de até (i) 1/1.000 (um milésimo) da receita de serviços e de produtos financeiros mencionada no inciso I do caput do art. 7º da Lei nº 13.507/2017, ou (ii) R\$ 100.000,00 (cem mil reais).<sup>11</sup>

Também, neste ponto, o novo regramento aumentou o valor máximo da multa cominatória diária aplicada pela CVM em caso de descumprimento de ordem imposta pela autarquia. De acordo como a nova regra, o valor máximo de tal multa não excederá (i) 1/1.000 (um milésimo) do valor do faturamento total individual ou consolidado do grupo econômico, obtido no exercício anterior à aplicação da multa, ou (ii) R\$ 100.000,00 (cem mil reais).<sup>12</sup>

### 3.5 DA MULTA

Dentre as principais alterações promovidas pela MP nº 784/2017 e, posteriormente, pela Lei nº 13.506/2017, vale destacar a alteração dos limites das multas imponíveis pelo BACEN e CVM. Em geral, os valores de tais multas podem ser (i) valores absolutos, com um máximo definido legalmente, ou (ii) valores não absolutos, cujo máximo é definido proporcionalmente a critérios fixados em lei que levam em consideração montantes financeiros envolvidos na prática do ilícito (FADANELLI; BRAUN, 2015, p. 246).

Nos termos do novo regramento, a multa aplicável pelo BACEN não poderá exceder (i) 0,5% (cinco décimos por cento) da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração, ou (ii) o valor absoluto de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).<sup>13</sup>

No caso da CVM, a penalidade de multa aplicável não poderá exceder o valor absoluto de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), podendo chegar a 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões) nas hipóteses de reincidência; ou os valores não absolutos definidos segundo: (i) o dobro do valor da emissão ou da operação irregular; (ii) 3 (três) vezes o

<sup>11</sup> Artigo 18, da Lei nº 13.506/2017, de 13 de novembro de 2017.

<sup>12</sup> Artigo 11, §11, da Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976.

<sup>13</sup> Artigo 7º, I e II, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017.

montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito, ou (iii) o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito.<sup>14</sup>

Ainda, no caso do BACEN, a decisão administrativa que determinar a aplicação de multa de valor superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) deve ser automaticamente submetida à reapreciação por órgão colegiado previsto no regimento interno da autarquia.<sup>15</sup>

Atendo-se aos valores absolutos máximos para a fixação das multas por essas entidades, tem-se que, antes da edição da MP nº 784/2017 e da Lei nº 13.506/2017, o valor máximo da sanção pecuniária aplicável pelo BACEN era de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).<sup>16</sup> Por sua vez, no que tange à CVM, o artigo 11, §1º, inciso II, da Lei nº 6.385/1976 antes previa que o valor absoluto máximo da penalidade de multa aplicável era de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Houve, portanto, um significativo incremento nos limites dos valores das multas aplicáveis por essas entidades reguladoras. Consoante a justificativa do PL nº 8.843/2017, que foi transformado na Lei nº 13.506/2017, tal alteração visou a assegurar a efetividade do poder regulador do BACEN e da CVM, reforçando o caráter dissuasório da atividade sancionadora praticada por essas entidades no âmbito do mercado financeiro e de capitais (BRASIL, 2017a).

Nessa perspectiva, para uma melhor compreensão dos valores absolutos máximos envolvidos na fixação de sanções pecuniárias pelo BACEN e CVM, vale comparar o regime sancionador dessas entidades ao regime sancionador de algumas entidades estrangeiras reguladoras do sistema financeiro.

Na França, por exemplo, a *Commission des Sanctions de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution de la Banque de France* – órgão responsável pela atividade sancionadora no âmbito do mercado de crédito – restringe-se a aplicar sanções pecuniárias de valor absoluto de até 100.000.000,00 € (cem milhões de euros).<sup>17</sup> De igual modo, a *Commission des Sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers* – órgão francês responsável

<sup>14</sup> Artigo 11, §1º, da Lei nº 6.385/1976, de 07 de dezembro de 1976.

<sup>15</sup> Artigo 7º, §6º, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Nos termos do artigo 132, inciso VI, alínea “b”, do Regimento Interno do Banco Central do Brasil, tal atribuição pertence ao Comitê de Decisão de Recurso e Reexame (CODER).

<sup>16</sup> O artigo 3º da MP nº 2.224, de 04 de setembro de 2001, revogado pela Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, previa que “o valor máximo da multa prevista no art. 58 da Lei no 4.131, de 3 de setembro de 1962, e no art. 67 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, passa a ser de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

<sup>17</sup> Article L612-39, et L612-41, du code monétaire et financier.

pela atividade sancionadora no âmbito do mercado de capitais – também não pode aplicar multas superiores ao mesmo montante de 100.000.000,00 € (cem milhões de euros)<sup>18</sup>.

Na Alemanha, o *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin), órgão regulador do mercado financeiro e de capitais alemão, poderá, diante de violações a normas reguladoras do mercado de capitais, aplicar sanções pecuniárias de valor absoluto de até 2.000.000,00 € (dois milhões de euros) a pessoas naturais e 10.000.000,00 € (dez milhões de euros) a pessoas jurídicas<sup>19</sup>.

O *Banco Central de la Republica Argentina* (BCRA) pode aplicar sanções pecuniárias de valor absoluto de até 800 *unidades sancionadoras*. Tais *unidades sancionadoras* têm seus valores atualizados anualmente e, em 2019, correspondiam, cada uma, ao valor de ARS \$90.000,00 (noventa mil pesos argentinos).<sup>20</sup> Por seu turno, a *Comisión Nacional de Valores* (CNV) – Comissão de Valores Mobiliários argentina – apenas pode aplicar multas de valor absoluto não superior a ARS \$100.000.000,00 (cem milhões de pesos argentinos)<sup>21</sup>.

Nos Estados Unidos, o *Federal Reserve System* (FED) – Banco Central norte-americano – está limitado a aplicar *civil money penalties* de valor absoluto de, no máximo, US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares)<sup>22</sup>, ao passo que no caso da *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) – Comissão de Valores Mobiliários norte-americana – o limite para as *civil money penalties* é de US\$500.000,00 (quinhentos mil dólares).<sup>23</sup>

A partir dessa comparação, é fácil constatar que o novo limite previsto para fixação de uma multa pelo BACEN – R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)<sup>24</sup> – consiste num montante bastante elevado em relação aos valores absolutos máximos de multas aplicáveis por entidades reguladoras do mercado financeiro em outros países. Note-se que, na França, tal valor é limitado a 100.000.000,00 € (cem milhões de euros).

Nesse sentido, também o novo limite da multa aplicável pela CVM [R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)] sofreu um aumento significativo de R\$40.500.000,00 (quarenta

<sup>18</sup> Article L621-15, III, a, du code monétaire et financier.

<sup>19</sup> §120 (17), *Wertpapierhandelsgesetz* (WpHG).

<sup>20</sup> Artículo 41 de la Ley n° 21.562/1977, Sección 2 de la Comunicación “A” 6202/2017 del Banco Central de la Republica Argentina y Sección 8 de la Comunicación “A” 6625/2019 del Banco Central de la Republica Argentina.

<sup>21</sup> Artículo 132, I, b, de la Ley n° 26.831/2012.

<sup>22</sup> Section 29 (d) of the Federal Reserve Act of 1913; 12 U.S. Code §505 (4)(a).

<sup>23</sup> Section 20 (d)(2)(C) of the Securities Act of 1933; Section 21 (d)(3)(B)(iii) of the Securities Exchange Act of 1934; 15 U.S. Code §77t (d)(2)(C); 15 U.S. Code §78u (d)(3)(iii).

<sup>24</sup> Artigo 7º, inciso II, da Lei n° 13.506, de 13 de novembro de 2017.

milhões e quinhentos mil reais), porém não o suficiente para superar o limite da sanção pecuniária francesa de 100.000.000,00 € (cem milhões de euros).

Tais valores foram aumentados com o escopo de fortalecer a função dissuasória e desestimular práticas ilícitas no âmbito dos mercados regulados pelo BACEN e pela CVM. A propósito, o aumento do valor absoluto máximo, bem como dos critérios para a fixação do valor relativo das sanções pecuniárias aplicáveis por essas entidades foi uma reação aos escândalos de corrupção que ocorreram no país nos últimos anos e prejudicaram a confiança de investidores no sistema de supervisão do mercado financeiro e de capitais brasileiro (PRADO; PIMENTA, 2019).

Dessa forma, propõe-se que, para a fixação racional dos valores de sanções pecuniárias, o BACEN e a CVM observem certos critérios gerais, quais sejam: (i) as circunstâncias fáticas e pessoais do caso concreto; (ii) a repercussão da aplicação da multa no mercado; (iii) a aplicação excepcional do valor máximo legalmente previsto da multa; (iv) o maior e o menor valor dentre as sanções pecuniárias anteriormente aplicadas pela prática do mesmo ilícito; (v) a possibilidade de revisão do valor das multas, e (vi) o recolhimento efetivo das multas (FADANELLI; BRAUN, 2015, p. 246).

No que tange à observação do primeiro critério geral alusivo às circunstâncias fáticas e pessoais envolvidas no caso concreto, estas consistem numa exigência da observação do princípio da proporcionalidade pelo BACEN e CVM na aplicação de sanções. Trata-se de um mecanismo limitador do poder sancionador de tais entidades, visando a evitar o excesso e a intervenção desnecessária do Estado na vida dos indivíduos (BARCELLOS, 2018, p. 161-163).

Nessa perspectiva, o artigo 10 da Lei nº 13.506/2017 dispõe que, na aplicação da sanção, o BACEN deve observar: (i) a gravidade e a duração da infração; (ii) o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional – SFN, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB, à instituição ou a terceiros; (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) a capacidade econômica do infrator; (v) o valor da operação; (vi) a reincidência, e (vii) a colaboração do infrator com o BACEN para a apuração da infração.

Adicionalmente, o artigo 50 da Circular nº 3.857/2017 do BACEN prevê que, na aplicação de penalidades, o BACEN deverá observar (i) o grau de reprovabilidade da conduta

do infrator; (ii) a duração da infração ou a prática sistemática ou reiterada, e (iii) os antecedentes do infrator.

De igual modo, o artigo 11, §9º, da Lei nº 6.385/1976, dispõe que a CVM deve considerar, na aplicação da multa e outras penalidades, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade.

No que tange ao segundo critério geral referente à repercussão da aplicação da multa no mercado, deve-se levar em consideração os efeitos que a sanção pecuniária produz no mercado regulado. Isso significa que os demais agentes do mercado observam a atividade sancionadora das entidades reguladoras com o objetivo de avaliar os riscos envolvidos no empreendimento de certas condutas.

Nesse caso, se as sanções pecuniárias aplicadas aos administrados em razão da violação de um ilícito forem insuficientes para desestimulá-los da prática de infrações administrativas, as entidades reguladoras devem estar atentas à possibilidade de aumentar o valor da sanção pecuniária aplicável para assegurar o caráter dissuasório de sua atividade sancionadora.

Por outro lado, a elevação do montante da penalidade de multa também não deve ser um fator de engessamento do desenvolvimento econômico de cada mercado regulado. Os administrados não podem entrever na sanção um desestímulo à prática de sua própria atividade econômica, mas apenas um desincentivo à prática de condutas ilícitas nessa atividade.

Nesse sentido, há um terceiro critério geral para a aplicação racional da multa, que é a aplicação excepcional de sanções pecuniárias definidas no valor absoluto ou relativo previsto em lei. A esse respeito, deve-se levar em consideração que a função dissuasória da sanção pecuniária não se fortalece necessariamente em razão de valores excessivamente elevados para as multas. Na realidade, o valor da sanção pecuniária deve corresponder à capacidade que esta tem de, efetivamente, desestimular a prática ilícita.

Nessa perspectiva, se a capacidade de detecção do ilícito for baixa, a sanção não deve ser superior à capacidade econômica do sancionado, para que assim seja cumprida a função dissuasória da sanção. Por outro lado, se a capacidade de detecção do ilícito for alta, a sanção deve ser mais gravosa, fazendo com que o caráter dissuasório da multa seja mais efetivo (POLINSKY; SHAVELL, 1991).

CVM e BACEN devem, ainda, considerar o quarto critério geral, qual seja, a observação das maiores e das menores sanções pecuniárias anteriormente aplicadas, em razão da prática do mesmo ilícito punível. Em outras palavras, essas entidades devem ser coerentes com a sua própria jurisprudência administrativa no que concerne à aplicação de multas. Isso não impede que o BACEN e a CVM atualizem os valores das multas aplicáveis dentro do limite legal estabelecido, sob o fundamento da necessidade de se resguardar a efetividade do caráter dissuasório das multas, desde que atentem para o critério da repercussão da imposição de sanções pecuniárias no mercado regulado.

Neste ponto, em razão da expressividade dos valores envolvidos na aplicação de sanções pecuniárias, o BACEN tem desenvolvido critérios objetivos para a definição da pena-base de multa para determinadas infrações. Por exemplo, se uma sociedade de crédito fornecer ao BACEN documentos, dados ou informações incorretos ou em desacordo com os prazos e as condições estabelecidos em normas legais ou regulamentares, o artigo 51, inciso I, da Circular nº 3.857/2017 do BACEN prevê que a pena-base para a multa aplicável será de R\$20.000,00 (vinte mil reais) a R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) multiplicada pelo fator de ponderação pertinente às sociedades de crédito fixado no Anexo I da mesma Circular.

No que tange ao quinto critério geral, há de se ressaltar que as decisões administrativas do BACEN e da CVM pela aplicação de multas podem ser impugnadas perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) e o Judiciário.

Dessa forma, exsurge a necessidade de o BACEN e a CVM escolherem bem os fundamentos para a imposição de sanções pecuniárias, tendo em vista o risco de revisão de suas decisões. Este quinto critério funciona como uma forma de reforço à utilização dos demais, visto que o receio de ter uma decisão revisada por uma instância superior faz com que o BACEN e a CVM busquem fundamentar razoavelmente a majoração das multas aplicáveis.

O sexto e último critério geral a ser observado pelas entidades sancionadoras na aplicação de sanções pecuniárias consiste no efetivo recolhimento da multa aplicada. A propósito, em 2017, o Tribunal de Contas da União (TCU) julgou um processo de monitoramento em que verificou a divulgação da arrecadação de multas nos relatórios anuais de gestão de agências reguladoras, órgãos e entidades fiscalizadoras (BRASIL, 2017c). Nesse processo, foi apontado que, entre 2011 e 2014, o BACEN e a CVM recolheram apenas 6,03% do valor das multas aplicadas no mesmo período (ARAUJO, 2019, p. 438-439).

Isso demonstra que a eficiência no recolhimento das multas é fundamental para o cumprimento da função dissuasória da atividade sancionadora do BACEN e da CVM. O efetivo recebimento das sanções pecuniárias aplicadas impede a impunidade no ambiente concorrencial regulado por essas entidades, funcionando como uma ferramenta coercitiva poderosa para o desestímulo de práticas ilícitas.

Sem prejuízo desses seis critérios gerais a serem observados para uma majoração racional do valor da multa, outros parâmetros também devem ser observados pelo BACEN e CVM na escolha do tipo de multa aplicável.

No caso específico da CVM, propõe-se que, havendo determinação do montante da operação irregular, do prejuízo causado ou da vantagem obtida em virtude do ilícito, seja escolhido um dos três critérios elencados no artigo 11, §1º, da Lei nº 6.385/1976 (Brasil, 1976), que fixam o valor não absoluto da multa aplicável. Contudo, havendo dúvida ou inexistindo a apuração desse montante, o valor da multa deverá ser fixado até o montante absoluto máximo definido no artigo 11, §1º, inciso I, da Lei nº 6.385/1976.

No que tange ao BACEN, o critério para a fixação do valor não absoluto da multa não leva em consideração o valor da operação ilícita ou o valor dos prejuízos ou ganhos decorrentes do ilícito. Na realidade, o parâmetro para o cálculo da multa é o de até 0,5% (cinco décimos por cento) da receita dos serviços e produtos financeiros do sancionado –. A utilização de tal critério só poderá ocorrer na imposição de multas a pessoas jurídicas. Ademais, além de ter de observar os critérios gerais antes elencados, o BACEN terá, ainda, de verificar qual sanção possuirá maior efetividade em termos de dissuasão da prática ilícita.

Isso significa que, ao considerar a aplicação de um valor não absoluto como multa, o BACEN também terá de analisar se 0,5% (cinco décimos por cento) da receita dos serviços e produtos financeiros da pessoa jurídica a ser sancionada tem o condão de inibir a prática da conduta ilícita e evitar a reincidência do administrado.

Sobre o tema, a Circular nº 3.857/2017 do BACEN fixou critérios bem razoáveis para a aplicação de sanções. Nela, são previstas circunstâncias agravantes, como a reincidência e a ocorrência de dano à imagem da instituição ou do segmento em que atua, e atenuantes, como a regularização da infração antes da sua detecção pelo BACEN e a reparação dos danos causados comprovada por prova documental. Cada agravante ou atenuante pode aumentar ou reduzir a multa em 20% (vinte por cento). Também foi estipulada uma causa de aumento

de até 100% (cem por cento) da multa quando a infração for a causa da colocação da instituição financeira em crise patrimonial.<sup>25</sup>

A Circular nº 3.857/2017 também limitou os valores das penalidades de multa aplicáveis num mesmo processo administrativo sancionador a instituições financeiras, com o objetivo de assegurar a estabilidade dessas instituições e, por conseguinte, a própria higidez do mercado financeiro. As multas aplicáveis a tais instituições estão limitadas a (i) 25% (vinte e cinco por cento) do capital social; (ii) 50% (cinquenta por cento) do capital mínimo exigido, ou a (iii) 25% (vinte e cinco por cento) do patrimônio líquido.<sup>26</sup> Em relação às demais pessoas jurídicas e físicas, fixou-se o limite de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais),<sup>27</sup> com exceção das pessoas físicas e pessoas jurídicas prestadoras de serviços de auditoria independente ou cooperativa, sobre as quais a multa terá o limite de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) ou até 25% (vinte e cinco por cento) do valor médio mensal dos contratos vigentes com as instituições financeiras durante o período da irregularidade.<sup>28</sup>

Aos administradores das instituições financeiras e das pessoas jurídicas prestadoras de serviços de auditoria independente ou cooperativa, bem como às pessoas físicas responsáveis por esses serviços, fixou-se o limite de até R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) num mesmo processo administrativo sancionador.<sup>29</sup>

Assim, não obstante o significativo aumento dos limites para a aplicação de multas pelo BACEN e CVM, essas entidades reguladoras estão adstritas à observação da proporcionalidade, da coerência com a sua própria jurisprudência, bem como aos próprios critérios já fixados por normas regulamentadoras para a aplicação de penalidades de multas às pessoas físicas e jurídicas em relação às quais é exercido o poder sancionador do BACEN e da CVM.

## 4 LIMITES À ATUAÇÃO SANCIONADORA NO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS

### 4.1 O JUÍZO CONSEQUENCIALISTA NAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

<sup>25</sup> Artigos 55, 56 e 57, da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017 do BACEN.

<sup>26</sup> Artigo 59, inciso I, da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017 do BACEN.

<sup>27</sup> Artigo 59, inciso IV, da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017 do BACEN.

<sup>28</sup> Artigo 59, inciso II, da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017 do BACEN.

<sup>29</sup> Artigo 59, inciso III, da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017 do BACEN.

Em 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi alterada pela Lei nº 13.655/2018, para prever que, nas esferas administrativas, controladoras e judiciais, deverão ser consideradas as consequências das decisões proferidas quando estas forem fundamentadas em valores jurídicos abstratos ou invalidarem atos administrativos. No Brasil, o consequencialismo jurídico revela uma reação à cultura de hipercontrole público que se instaurou no Brasil com a proliferação de instituições, instrumentos e normas de controle da atividade administrativa que aumentam os casos de invalidação de atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas. Com a finalidade de evitar a irresponsabilidade desse hipercontrole e mitigar os efeitos deletérios que dele decorrem, o consequencialismo foi inserido no direito brasileiro como um elemento de fundamentação das decisões administrativas, controladoras e judiciais (MENDONÇA, 2018, p. 45-46).

Nesse sentido, o artigo 21 da LINDB dispõe que, diante da invalidação de atos administrativos, o órgão julgador deverá descrever as consequências jurídicas ou administrativas que dessa invalidação possam decorrer, indicando, também, quando for o caso, a regularização da situação com o objetivo de se evitar ônus e perdas anormais ou excessivos aos sujeitos envolvidos no caso. Portanto, o citado artigo prescreve dois deveres no que concerne às consequências da decisão. O primeiro consiste no de fundamentar as decisões com a indicação das consequências pertinentes. O segundo no de regularizar a situação objeto do controle (MENDONÇA, 2018, p. 58-59).

As decisões administrativas do BACEN e da CVM deverão, *ex vi* do artigo 20, *caput*, da LINDB, observar o consequencialismo, especialmente quando estiverem baseadas em conceitos jurídicos indeterminados. É necessário salientar que, na esfera do Direito Econômico, o uso de conceitos jurídicos indeterminados ou *standards* é algo comum, haja vista o dinamismo dos mercados regulados pelas entidades reguladoras do sistema financeiro nacional. Isso não viola o princípio da tipicidade, segundo o qual deve haver correspondência entre a conduta praticada e a conduta ilícita definida na lei. E, no Direito Administrativo Sancionador, há um menor rigor do que no Direito Penal quanto à definição precisa e detalhada das condutas ilícitas, na medida em que é frequente o uso de noções gerais e *standards* jurídicos (EIZIRIK *et al.*, 2011, p. 306). Por essa razão, esses órgãos reguladores devem, quando da imposição de sanções, ter uma maior preocupação com as consequências de suas decisões.

De acordo com Marçal Justen Filho:

O art. 20 não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas. O dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38)

Ao analisar o conteúdo das consequências a serem apontadas pela autoridade pública, José Vicente Santos de Mendonça destaca que elas devem: (i) ser admissíveis pela Constituição de 1988 e exequíveis; (ii) ser certas e prováveis; (iii) ser imediatas e imediatamente futuras, e (iv) ter alguma base, lógica ou empírica, de evidencição (MENDONÇA, 2018, p. 58-59). Estamos, assim, diante de um momento histórico de preocupação com a pavimentação de novos e salutaros limites ao poder público e, em especial, à CVM e ao BACEN no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

#### 4.2 INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PELO BACEN E PELA CVM PARA A INVESTIGAÇÃO DOS MESMOS FATOS

Como entidades reguladoras inseridas no âmbito do sistema financeiro nacional, o BACEN e a CVM exercem suas respectivas funções sancionadoras em mercados diferentes. A regulação e supervisão dos mercados de crédito, monetário e cambial são de competência do BACEN, ao passo que a regulação e supervisão do mercado de capitais é atribuição da CVM. Nada obstante, é comum que processos administrativos sancionadores sejam instaurados por ambas as autarquias com o objetivo de apurar os mesmos fatos, vale dizer, uma mesma conduta pode ensejar a atuação investigativa do BACEN e da CVM simultaneamente. Diante de situações como essa, o princípio *ne bis in idem* deve ser observado, bem como os princípios da igualdade e da boa-fé.

O princípio *ne bis in idem* prescreve que ninguém pode ser condenado duas vezes por um mesmo fato (MEDINA OSÓRIO, 2005, p. 341). Desse postulado, extrai-se a vedação da cumulação de sanções por uma mesma infração num mesmo procedimento administrativo, na medida em que essa cumulação ressoa incompatível com os valores essenciais de um Estado de Direito (MODERNE, 1993. p. 268.), como a proporcionalidade e a segurança jurídica (LORENZO, 1996, p. 111).

A vedação do *bis in idem* não afeta a independência entre as funções judicial e administrativa, decorrendo o exercício de tais funções de valorações autônomas sobre uma

mesma conduta, o que legitima níveis distintos de responsabilidade de natureza administrativa, penal ou civil (MEDINA OSÓRIO, 2005, p. 341).

Ainda assim, se na esfera penal for reconhecida a inexistência do fato ou autoria, tal conclusão deverá vincular as demais instâncias administrativas e judiciais que estejam se debruçando sobre a investigação do mesmo fato. Essa vinculação tem como fundamento a necessidade de se garantir coerência e unidade no sistema jurídico.

No âmbito da atividade sancionadora do BACEN e da CVM, a controvérsia existente gravita em torno da possibilidade de aplicação do princípio *ne bis in idem* na mesma esfera punitiva administrativa, ainda que em procedimentos diferentes. Para isso, vale mencionar que tal princípio possui pressupostos a serem observados para a sua aplicação, quais sejam: (i) identidade subjetiva; (ii) identidade fática, e (iii) identidade de fundamento legal.

Há identidade subjetiva, quando o sujeito passivo é o mesmo, isto é, o acusado em relação ao qual se aplica a sanção é a mesma pessoa. Por sua vez, há identidade fática quando os fatos que constituem a infração e que estão contemplados na norma sancionadora são idênticos. Já a identidade de fundamento legal ocorre quando a norma sancionadora violada é a mesma ou, havendo violação a normas diferentes, os bens jurídicos por elas protegidos são semelhantes (EIZIRIK *et al.*, 2011, p. 323).

No que concerne à atividade sancionadora do BACEN e da CVM, havendo procedimentos instaurados pelas duas entidades para a apuração dos mesmos fatos, deve-se verificar se os requisitos acima expostos foram preenchidos. Caso isso ocorra, o princípio *ne bis in idem* deve ser aplicado, com vistas a evitar a imposição de mais de uma sanção administrativa pela prática da mesma conduta.

É comum que haja identidade subjetiva e identidade fática quando o BACEN e a CVM instauram procedimentos administrativos concorrentes para a apuração de um mesmo fato. Contudo, no que tange à identidade de fundamento legal, tais procedimentos são instaurados, em razão da violação a normas sancionadoras diferentes.

Nesse sentido, tem-se sustentando que os bens jurídicos tutelados pelas duas autarquias são diferentes, tendo em vista os diferentes interesses protegidos pelas normas editadas por cada entidade reguladora. Em voto proferido pelo Diretor Relator Pablo Renteria no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/6183, foi afirmado que:

(...) a atuação concorrente do BACEN e da CVM não fere o princípio do *non bis in idem*, quando as atividades sancionadoras dos dois órgãos se fundamentam em normas editadas para tutelar bens jurídicos distintos e que foram simultaneamente

violadas mediante a prática de uma mesma conduta. De fato, são diferentes os bens jurídicos tutelados pelas duas autarquias no presente caso (...).<sup>30</sup>

As competências de regulação e supervisão definidas em lei e atribuídas ao BACEN e à CVM são diversas, visto que o primeiro fiscaliza o mercado de crédito, cambial e monetário e a segunda o mercado de capitais. Dessa forma, a dupla atuação do BACEN e da CVM na investigação de um mesmo fato praticado pelos mesmos acusados é possível, mas deve ser feita com cautela, tendo em vista que as operações supervisionadas por essas entidades são, em regra, diferentes.

Os princípios da igualdade e da boa-fé objetiva devem, por exemplo, ser considerados como limites à atuação do BACEN e da CVM na apuração do mesmo fato sancionável. A igualdade é indispensável para que a Administração Pública não decida de forma diferente em relação ao mesmo administrado e a boa-fé objetiva é necessária para que a Administração Pública elimine contradições que possam existir na aplicação do direito. Desses dois princípios, foi desenvolvida a teoria das autolimitações (ou autovinculações) administrativas, segundo a qual a Administração Pública não deve, quando estiver diante da presença dos mesmos elementos fáticos, adotar entendimentos contraditórios ou desconformes a precedentes anteriores.

Com o propósito de evitar o surgimento de decisões contraditórias, tal teoria também é aplicada quando mais de uma entidade da Administração Pública possui competência para fiscalizar determinada conduta praticada por um particular (ARAGÃO, 2008), como no caso do BACEN e da CVM.

Diante da atuação concorrente dessas entidades reguladoras do mercado financeiro e de capitais, a coerência na aplicação do direito deve ser a regra. Nesse contexto, se uma das duas autarquias concluiu pela absolvição do particular quanto a determinada infração, tal circunstância deve ser levada em consideração pela outra na sua esfera de competência sancionadora, mesmo que a infração se refira à norma jurídica diferente, visto que os fatos são os mesmos. Por essa razão, a entidade que decidir posteriormente deverá considerar a circunstância de, em outro procedimento, o administrado ter sido condenado ou absolvido e fundamentar a sua divergência.

---

<sup>30</sup> Decisão do Colegiado da CVM no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/6183, Rel. Pablo Renteria, j. em 22.11.2016. Disponível em <[www.cvm.gov.br](http://www.cvm.gov.br)>. Acesso em: 15/12/2018.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo dedicou-se a elencar critérios racionais para a atuação sancionadora do BACEN e da CVM no âmbito do mercado financeiro e de capitais considerando as principais alterações promovidas pela Lei nº 13.506/2017 no regime sancionador dessas entidades.

Essas duas autarquias devem observar os seguintes critérios gerais na sua atuação sancionadora (i) as circunstâncias fáticas e pessoais do caso concreto; (ii) a repercussão da aplicação da multa no mercado; (iii) a aplicação excepcional do valor máximo legalmente previsto da multa; (iv) o maior e do menor valor dentre as sanções pecuniárias anteriormente aplicadas pela prática do mesmo ilícito; (v) a possibilidade de revisão do valor das multas, e (vi) o recolhimento efetivo das multas.

Ademais, com vista a praticar uma atividade sancionadora coerente, o BACEN e a CVM devem observar a proporcionalidade em processos administrativos sancionadores, a necessidade de utilização de um juízo consequencialista quando suas decisões forem tomadas com base em conceitos jurídicos indeterminados e, por último, devem ter uma atuação, à medida do possível, conjunta, a fim de que a decisão tomada por uma em matéria de sanção seja, ao menos, considerada pela outra em procedimentos sancionadores que investiguem os mesmos fatos sancionáveis.

É necessário que a atuação administrativa sancionadora dessas entidades seja coerente com os fins que as legitimam, dentre eles o de prevenir ilícitos administrativos no mercado financeiro e de capitais. E é por meio da observação dos parâmetros apresentados neste artigo que entendemos ser possível a construção de um caminho de racionalidade na instauração de processos administrativos sancionadores no mercado financeiro e de capitais brasileiro, mormente porquanto tem se mostrado pouco exitosa em nosso país a lógica de que quanto maior for a pena e maior a diversidade de instâncias punitivas, mais eficaz será a sanção.

## REFERÊNCIAS

ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. Introdução ao Mercado Financeiro. In: LIMA, Iran Siqueira; LIMA, Gerlando Augusto Sampaio Franco de; PIMENTEL, René Coppe (Coords.). *Curso de mercado financeiro: tópicos especiais*. São Paulo: Atlas, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 14, p. 1-15, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alexandre-aragao/teoria-das-autolimitacoes-administrativas-atos-proprios-confianca-legitima-e-contradicao-entre-orgaos-administrativos>. Acesso em: 15 dez. 2018.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. Direito administrativo sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coords.). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise da eficiência dos direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. São Paulo: Atlas, 2005.

BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. *Comunicación "A" 6625, de 09 de enero de 2019*. Disponível em: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A6625.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017*. Dispõe sobre o rito do processo administrativo sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão previstos na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50461/Circ\\_3857\\_v2\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50461/Circ_3857_v2_P.pdf). Acesso em 08 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 84.287, de 27 de fevereiro de 2015*. Divulga o novo Regimento Interno do Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/Adm/RegimentoInterno/RegimentoInterno.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. *Gesetz über den Wertpapierhandel*. Ursprüngliche Fassung vom: 26. Juli 1994. Neubekanntmachung vom: 9. September 1998. Inkrafttreten der letzten Änderung: 25. Januar 2019. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/wphg/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. *Justificativa do PL nº 8.843, de 17 de outubro de 2017* (apresentado pelo Deputado Federal Pauderney Avelino em 17.10.2017 e transformado na Lei Ordinária nº 13.506, de 13 de novembro de 2017). Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2156331>. Acesso em: 08 fev. 2018, 2017a.

\_\_\_\_\_. *Justificativa do Projeto de Lei nº 8.843/2017* (apresentado pelo Deputado Federal Pauderney Avelino em 17.10.2017 e transformado na Lei Ordinária nº 13.506, de 13 de novembro de 2017). Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2156331>. Acesso em: 08 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm). Acesso em: 04 out. 2018, 1976.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017*. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13506.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13506.htm). Acesso em: 04 out. 2018, 2017b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 1970/2017* (Processo nº 029.688/2016-7), 2017c.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador nº RJ2013/6183*. Diretor Relator: Pablo Renteria, 22 de novembro de 2016. Disponível em [www.cvm.gov.br](http://www.cvm.gov.br). Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *O mercado de valores mobiliários brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2014.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia et al. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FADANELLI, Vinícius Krüger Chalub; BRAUN, Lucas. Artigo 11. In: CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (Coords.). *Comentários à Lei do Mercado de Capitais: Lei nº 6.385/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018.

KÜMPEL, Siegfried. *Direito do Mercado de Capitais: do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro – introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Montevideu: Editorial B de F, 1996.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018.

MODERNE, Frank. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Ed. Economica, 1993.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. A note on optimal fines when wealth varies among individuals. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 81, n. 3, p. 618-621, jun. 1991.

PONTES, Helenilson Cunha Pontes. *O princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PRADO, Viviane Muller; PIMENTA, Guilherme. Especial MP 784: Reforço da punição. Efetivo fortalecimento do sistema de *enforcement* da CVM?. *Jota*, 19 jun. 2017. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforco-da-punicao-pela-mp-784-19062017>. Acesso em: 08 jan. 2019.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Códe monétaire et financier, décidé par la Loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999, par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 (pour sa partie législative) et par le décret n° 2005-1007 du 2 août 2005 (pour sa partie réglementaire)*. Paris: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E5541596A933E92517B760711E8833F1.tplgfr32s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000021724345&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20190207](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E5541596A933E92517B760711E8833F1.tplgfr32s_1?idSectionTA=LEGISCTA000021724345&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20190207). Acesso em: 07 fev. 2019.

REPUBLICA ARGENTINA. *Ley n° 21.562, de 14 de febrero de 1977*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16071/texact.htm>. Acesso em: 07 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Ley n° 26.831, de 27 diciembre de 2012*. Disponível em: <https://www.bcr.com.ar/Lists/Capitales%20Marco%20Legal/Attachments/21/Ley%2026831%20Reforma%20Mercado%20de%20Capitales.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Comunicación "A" 6202, de 16 de marzo de 2017*. Disponível em: <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6202.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Reserve Act of 1913*. Enacted on December 23, 1913. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/officialtitle-preamble.htm>. Acesso em: 07 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Securities Act of 1933, enacted on May 27, 1933*. Disponível em: <http://legcounsel.house.gov/Comps/Securities%20Act%20Of%201933.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Securities Exchange Act of 1934, enacted on June 6, 1934*. Disponível em: <http://legcounsel.house.gov/Comps/Securities%20Exchange%20Act%20Of%201934.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.

## ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA E OS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

### *ACCESS TO JUSTICE IN PANDEMIC TIMES AND REFLECTIONS ON THE RIGHTS OF PERSONALITY*

Dirceu Pereira Siqueira;<sup>1</sup>

Fernanda Corrêa Pavesi Lara;<sup>2</sup>

Henriqueta Fernanda C.A.F. Lima.<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar o princípio constitucional do acesso à justiça, em tempos de Covid-19, e os impactos aos direitos da personalidade, com foco em minorias e grupos vulneráveis. Em tempos de pandemia, a garantia de acesso à justiça, em especial, transmutou-se grandemente para utilização da tecnologia como instrumento de conexão entre as partes conflitantes. Neste ínterim, destaca-se a Resolução nº 313, de 19 de março de 2020 do CNJ, bem como a recente Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020. Como resultado, percebe-se que a tecnologia impacta no acesso à justiça de grupos vulneráveis, seja pelo agravamento das vulnerabilidades em decorrência da pandemia, seja por dificuldades relacionadas à ausência de habilidades tecnológicas para manuseio das ferramentas virtuais de acesso, destacando-se nesse grupo os denominados analfabetos digitais. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica para dedução da proposta.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Direitos da personalidade. Grupos vulneráveis. Minorias.

**Abstract:** The present work aims to analyze the constitutional principle of access to justice in Covid-19 times and the impacts on personality rights, focusing on minorities and vulnerable

---

<sup>1</sup> Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado.

<sup>2</sup> Doutoranda Bolsista PROSUP/CAPES (módulo taxa) pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá – Unicesumar, tendo como linha pesquisa instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professora Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Maringá.

<sup>3</sup> Mestranda em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá/PR – UNICESUMAR e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Artigo recebido em 29/05/2020 e aceito para publicação em 10/09/2020.

groups. In times of pandemic, the guarantee of access to justice, in particular, has been largely transformed into the use of technology as an instrument of connection between conflicting parties. In the meantime, CNJ Resolution No. 313, of March 19, 2020, as well as the recent Law No. 13,994, of April 24, 2020, stands out. As a result, it is clear that technology impacts the access to justice of vulnerable groups, either due to the worsening of vulnerabilities due to the pandemic, or due to difficulties related to the lack of technological skills for handling virtual access tools, with the so-called digital illiterates standing out in this group. Therefore, the hypothetical-deductive method is used, through bibliographic research to deduce the proposal.

**Keywords:** Access to justice. Personality rights. Vulnerable groups. Minorities.

## 1 INTRODUÇÃO

Nesses tempos em que a pandemia da Covid-19 tem provocado transformações profundas no modo de vida em sociedade, o presente trabalho desperta para a problemática do acesso à justiça, em especial, do acesso das minorias e grupos vulneráveis a uma justiça que se tornou virtual e que, em certa medida, impõe aos jurisdicionados que disponham de ferramentas tecnológicas para acessá-la.

Assim, o objetivo da pesquisa consiste em investigar o princípio constitucional do acesso à justiça, em tempos de Covid-19, e os impactos aos direitos da personalidade, com foco em minorias e grupos vulneráveis. Nesse sentido, a finalidade do trabalho é apresentar como as transformações provocadas pela pandemia impactaram o Judiciário brasileiro e, por conseguinte, quais as medidas adotadas para garantia do acesso à justiça.

Cabe não olvidar que a decretação da pandemia provocou um movimento de atos normativos para enfrentamento da crise, para delimitação do tema, propõe-se partir da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020), e autorizou a condição de quarentena e isolamento social, com vistas a minorar a circulação de pessoas. No entanto, no tocante a minorias e grupos vulneráveis, a medida impactou profundamente.

Diante de tal contexto, a garantia de acesso à justiça, em especial, transmutou-se grandemente para utilização da tecnologia como instrumento de conexão entre as partes conflitantes. Neste íterim, destacam-se a Resolução nº 313, de 19 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como a recente Lei nº 13.994, de 24 de abril de

2020, que “altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis” (BRASIL, 2020b).

Para tanto a pesquisa será estruturada em três movimentos. No primeiro se delineará a definição de acesso à justiça que seguirá como premissa basilar para composição do segundo movimento, que tem como mote a investigação dos impactos da Covid-19 no acesso à justiça no Brasil. Por fim, o terceiro movimento buscará analisar as minorias e grupos vulneráveis, identificando a definição dos termos e os impactos provocados pela migração dos serviços jurídicos para os ambientes virtuais, enfrentando a situação dos analfabetos digitais nesse contexto.

O artigo justifica-se por descortinar a pauta do grupo dos analfabetos digitais, que acabou por ficar à margem da legislação e da organização jurisdicional até o presente momento da pandemia no Brasil. Como percurso metodológico para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á do método hipotético dedutivo e, como procedimento, buscará o aprofundamento teórico por meio de pesquisa bibliográfica.

## 2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Com objetivo de investigar possíveis transformações ao princípio constitucional do acesso à justiça em tempos de Covid-19, buscar-se-á estabelecer a delimitação do conceito de acesso à justiça que será adotado pela pesquisa, primeiramente buscando perpassar pela doutrina tradicional acerca do tema de modo a desaguar nos contornos contemporâneos da pesquisa científica acerca do acesso à justiça.

Tradicionalmente os fundamentos teóricos do tema partem da investigação da obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), em que os autores expõem que a expressão “acesso à justiça”,

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Neste íterim, os autores acentuam que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de

todos". Complementam os autores, que "o "acesso" não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13)<sup>4</sup>.

No entanto, a promoção do acesso à justiça resvala, segundo Mauro Cappelletti, em dois grandes aspectos: o da "efetividade dos direitos sociais", que devem ultrapassar o plano da retórica para "influir na situação econômico-social dos membros da sociedade" e, também, na "busca de formas e métodos, amiúde, novos e alternativos, perante os tradicionais" (CAPPELLETTI, 2008, p. 385). Nesta perspectiva, em amplo estudo acerca da problemática do acesso à justiça, com objetivo fundamental de focar na efetividade da tutela dos direitos em detrimento da mera previsão nominal de direitos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth propuseram três ondas renovatórias, que, analisadas conjuntamente, podem contribuir para universalização do acesso.

A primeira onda evidenciou a assistência judiciária para os pobres, como forma de garantir que a carência de recursos financeiros não constituíssem óbices para o acesso. Mauro Cappelletti leciona que "a primeira "onda" foi a que tentou superar os obstáculos representados pela pobreza, com intervenções do Estado tendentes a realizar formas mais eficazes de assistência judicial aos pobres" (CAPPELLETTI, 2008, p. 387). A segunda onda evidenciou a representação dos interesses difusos e os mecanismos de tutela. Nas lições de Mauro Cappelletti, destaca-se que,

Cuidou-se, aqui, de efetivo, de fazer acessível a tutela jurisdicional àqueles direitos e interesses surgidos como particularmente importantes, e especialmente vulneráveis, nas sociedades industriais modernas, tais como os dos consumidores, os atinentes à proteção contra a contaminação ambiental, e, em geral, os coletivos, de categoria e grupos não organizados ou dificilmente organizáveis (CAPPELLETTI, 2008, p. 387).

Por fim, na terceira onda, que constitui o cerne desta pesquisa, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, destacaram a importância de um novo aspecto do acesso ao direito e à justiça, muito mais amplo, focando "no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e

---

<sup>4</sup> Perfilhando de tal concepção, Cândido Rangel Dinamarco assinala que, "mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinário e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios" (DINAMARCO, 2009, p. 359).

procedimentos utilizados para processar e mesmo para prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI, 1988, p. 68).

Mauro Cappelletti destaca que a complexidade da terceira onda evidencia-se, pois contempla o encontro das duas anteriores, objetivando os seguintes fins:

Dentre estes fins surgem: a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça que, em outro lugar, definimos como “coexistencial” quer dizer, baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social distributiva, onde seja importante “manter” situações complexas e duradouras de relações entre indivíduos e grupos, em lugar de *tranché* uma relação isolada, com rígidos critérios jurídicos de “razão” e “sem razão” essencialmente dirigidos ao passado; c) o de submeter a atividade pública a formas frequentemente novas e de qualquer maneira mais acessíveis de controle, e mais, em geral, de criar formas de justiça acessíveis e quanto mais descentralizadas e “participatórias”, com a participação, em particular, de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação ou controvérsia (CAPPELLETTI; 2008b, p. 389-390).

As ondas reformadoras constituem parte do “movimento de reforma para o acesso à justiça”, resultado das propostas oriundas da “pesquisa mais ampla até agora conduzida”, que “teve o seu centro em Florença e concluída com a publicação de 4 volumes, em 6 tomos, nos quais participaram uma centena de especialistas: juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, politicólogos e psicólogos, todos esses de 5 Continentes; [...]” (CAPPELLETTI, 2008, p. 381). O denominado Projeto Florença, desenvolvido na década de 70 em vários países do mundo, não contou com a participação do Brasil.

Os estudos de Cappelletti e Garth ganharam coro no Brasil pós-redemocratização, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito como decisão política fundamental e paradigma interpretativo de todo ordenamento jurídico nacional. A opção política fundamental por esse modelo de Estado pressupõe o vínculo do cidadão à participação política, tornando, dessa forma, todos os sujeitos corresponsáveis pela construção dos objetivos e ideais do Estado Democrático de Direito, previstos no texto constitucional.

Entretanto, o referido modelo estatal adotado pela Constituição Federal de 1988 encontra-se em permanente construção, seja por meio da interpretação, compreensão e construção de sentido de seus preceitos, seja por meio da efetiva aplicabilidade das normas e princípios ali contidos. Nesta perspectiva, destaca-se o princípio constitucional do acesso à justiça. Inserido no artigo 5º, inciso XXXV, sob o título “Dos Direitos e Garantias

Fundamentais”, e dispendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o acesso à justiça, como um direito fundamental do homem, privilegia a convivência social em toda sua complexidade.

No processo de redemocratização, a previsão constitucional do princípio do acesso à justiça, somado a tradução e ampla divulgação da obra de “Acesso à Justiça” de Cappelletti e Garth (1988), relatando a metáfora das ondas reformadoras do acesso, fez com que a mesma fosse incorporada para o Brasil que, longe das medidas alinhadas a uma justiça coexistencial proposta pelos autores, tem muito a avançar no campo da garantia de acesso à justiça.

Impõe-se, portanto, buscar alternativas para suplantar o plano da retórica para se encurtar a distância entre a realidade social e preceitos legislativos. Cabe não olvidar das iniciativas legislativas apontadas por parcela da doutrina como medidas alinhadas aos preceitos de inclusão cidadã para garantia do acesso à justiça. Nesta trilha cabe mencionar os estudos de Jorge Tosta (2014), Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes (2014).

No entanto, em recente pesquisa sobre o tema, Gabbay, Costa e Asperti (2019) analisam as escolhas políticas de quatro importantes marcos legislativos conectados ao tratamento conferido ao princípio do acesso à justiça, quais sejam: Juizados Especiais, Ação Civil Pública, Reforma do Judiciário EC 45/2004 e Código de Processo Civil de 2015, observando que as legislações acima não passaram imunes as influências do “jogo de interesses travado no processo legislativo” e “tenham sido também influenciadas pelos discursos de interesses desses atores, que são, afinal, os principais usuários do sistema de justiça brasileiro” (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 157-158).

A hipótese suscitada pelas autoras, e confirmada ao final da inferência científica proposta, indicou “que a redistribuição do acesso à justiça deixou de estar presente nas escolhas político-legislativas feitas no Brasil” (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 157-158). Apontam, ainda, que a questão do acesso à justiça “às camadas mais vulneráveis da população brasileira e a escolha pela transformação desta realidade (dar acesso a quem não tem) foi pauta expressa nas discussões da Constituinte, especialmente na Subcomissão responsável pela reestruturação do sistema de justiça”, deixou de ter centralidade nas discussões que seguiram o processo de redemocratização, cedendo espaço para a “pauta efficientista e gerencial que deixou de olhar para os que não tem acesso à justiça no Brasil” (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 163-164).

O aspecto gerencial e eficientista, com foco no enfrentamento da judicialização quantitativa, “dá primazia a mecanismos de padronização decisória que prometem funcionar como soluções de gestão para desafogar um Poder Judiciário sobrecarregado e moroso”, com tais medidas as autoras entendem que o “acesso à justiça está cada vez mais sendo distribuído para quem já o tem, e para quem, na realidade, já utiliza em excesso o Judiciário”, por ser dotado de recursos e expertise para “navegar por instrumentos processuais” (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 176).

Assim, as autoras alertam para importância de se revisitar os estudos tradicionais, em que a analogia as ondas reformadoras se “repetem de forma acrítica”, para confrontá-los com a realidade nacional do ponto de vista dos mais vulneráveis, promovendo a redistribuição do acesso à justiça por meio de escolhas políticas que privilegiem essa pauta (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 176).

Tecidas as considerações acima, e partindo da necessária conexão que deve haver do sentido do acesso à justiça alinhado a uma agenda de inclusão e garantia do acesso em detrimento do foco no gerenciamento da crise numérica do Poder Judiciário, buscar-se-á analisar as mutações do princípio constitucional do acesso à justiça e verificar se elas de fato promovem ampliação, com inclusão na pauta do acesso à justiça os grupos vulneráveis e minorias.

### **3 OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NO ACESSO À JUSTIÇA**

Diante do risco potencial do Novo Coronavírus atingir a população mundial simultaneamente, e considerando a gravidade da doença infecciosa provocada pelo vírus, houve a decretação pela Organização Mundial de Saúde OMS da situação de pandemia, em 11 de março de 2020, e a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da OMS, de 30 de janeiro de 2020. Boaventura Sousa Santos (2020) leciona que “a etimologia do termo pandemia diz isso mesmo: todo povo”. E todo povo viu-se inserido numa tragédia em que o melhor a ser feito, como princípio de solidariedade social, inclusive, “é isolarmo-nos uns dos outros e nem sequer nos tocarmos”.

No contexto nacional, com a decretação da pandemia, recomendações da Organização Mundial de Saúde e frente ao caos numérico<sup>5</sup> dos infectados e mortes no

<sup>5</sup> Sobre o caos numérico provocado pelo Novo Coronavírus, recomenda-se a leitura Mike Davis (2020, p. 6).

mundo, suscitou-se o movimento de atos normativos para enfrentamento da crise, como a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020). Frisa-se que a Lei autoriza a tomada de decisões para determinar isolamento e quarentena<sup>6</sup>.

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pluralidade de medidas foram instituídas, tanto para o foro judicial quanto extrajudicial. No entanto, como o foco da pesquisa sedimenta-se no princípio constitucional do acesso à justiça, buscar-se-á investigar

---

<sup>6</sup> Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos; VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde. § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. § 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento; II - o direito de receberem tratamento gratuito; III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020. § 3º Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo. § 4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei. § 5º Ato do Ministro de Estado da Saúde: I - disporá sobre as condições e os prazos aplicáveis às medidas previstas nos incisos I e II do caput deste artigo; e II - concederá a autorização a que se refere o inciso VIII do caput deste artigo. § 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde e da Justiça e Segurança Pública disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput deste artigo. § 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput. § 6º-A O ato conjunto a que se refere o § 6º poderá estabelecer delegação de competência para a resolução dos casos nele omissos. § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: I - pelo Ministério da Saúde; II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo; ou III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo. § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. § 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. § 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador. § 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

as medidas adotadas para assegurar o acesso à justiça, em especial, as medidas tomadas para utilização da tecnologia como instrumento de conexão entre as partes conflitantes.

Primeiramente, no âmbito do CNJ, destaca-se a Resolução nº 313 de 19 de março de 2020, proferida com o objetivo de diminuir o risco de contágio pelo novo Coronavírus, que estabelece o regime de plantão extraordinário no âmbito do Poder Judiciário (com exceção do STF e Justiça Eleitoral). Da mesma forma, o documento prevê a suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores, conforme o art. 2º, caput, com o funcionamento no mesmo horário ao do expediente forense regular, assegurando serviços essenciais em cada Tribunal, conforme art. 2º, § 1º c/c art. 4º, como a distribuição, publicações, atendimento prioritariamente de forma remota nas atividades jurisdicionais de urgência.

A Resolução nº 313 de 19 de março de 2020 do CNJ foi precedida pela Portaria nº 61, de 31 de março de 2020, que “instituiu a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19”. Para padronização nas audiências via plataformas de videoconferência, a Resolução nº 105, de 06 de abril de 2020 do CNJ previu novas regras e direcionamentos para inquirição de testemunhas, interrogatório e outros procedimentos.

Diante da persistência da situação de pandemia, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020, que prorrogou, no âmbito do Poder Judiciário, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modificando as regras acerca da suspensão dos prazos processuais. A nova Resolução aborda o *modus operandi* das atividades judiciais que migraram para plataformas digitais. O artigo 6º, § 2º da referida resolução dispõe que para a realização de atos virtuais por meio de videoconferência, está “assegurada a utilização por todos juízos e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet ([www.cnj.jus.br/plataforma-videoconfencia-nacional/](http://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconfencia-nacional/))”.

A disponibilização da denominada “Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais” resulta de acordo de cooperação técnica firmado entre o CNJ e a Cisco Brasil Ltda. via Termo de Cooperação Técnica nº 007/2020, ou por outra plataforma equivalente, a vigência do acordo perdurará o tempo da pandemia (CNJ, 2020).

Outra importante alteração legislativa consiste na Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que alterou a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e inseriu a possibilidade da conciliação não presencial. No entanto, conforme o art. 23 da Lei, “Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado preferirá sentença”.

Pelo apanhando legislativo acima demonstrado, infere-se que, diante das limitações provocadas pela pandemia a tecnologia, essa ferramenta constitui um aliado para continuidade das atividades jurisdicionais, no entanto, passar-se-á a investigar os impactos no âmbito do acesso à justiça de grupos vulneráveis.

#### **4 O ACESSO À JUSTIÇA PELA PERSPECTIVA DE GRUPOS VULNERÁVEIS EM TEMPOS DE PANDEMIA E REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Com objetivo de definir para os fins da pesquisa “grupos vulneráveis”, o ponto de partida será estabelecer a distinção terminológica entre estes e o termo “minorias”. Para tanto, o mote de investigação será a análise antropológica das minorias tecida por Norbert Rouland (2003), que recorre a critérios abstratos de ordem política e jurídica para qualificar as minorias, apontando para a insuficiência de critérios como território, número de pessoas para construção de tal significação. Nestes termos, o autor define as minorias:

Não existem minorias em si: elas só se definem estruturalmente. São grupos postos em situação minoritária pelas relações de força, e de direito, que os submetem a outros grupos no seio de uma sociedade global cujos interesses são assumidos por um Estado, que opera por discriminação seja por meio de estatutos jurídicos desiguais (políticas de apartheid), seja graças aos princípios de igualdade cívica (privando de direitos específicos coletividades cuja situação social e econômica é particular, a igualdade cívica pode criar ou perpetuar desigualdades de fato) (ROULAND, 2003, p. 300).

Perfilhando o entendimento acima acerca das minorias, importante indicar a observação de Elida Séguin (2002), que tece a ressalva no sentido de que a análise não pode ficar adstrita apenas a critérios religiosos, étnicos, linguísticos ou culturais, mas também deve ponderar a conquista de direitos edificadas ao longo da história da humanidade.

Para Norbert Rouland (2003) a consciência coletiva que circunda as minorias, “pode ter maior ou menor intensidade. Um dos meios de medi-la e de determinar-lhe o nascimento para a vida jurídica é verificar se a referida minoria é suficientemente *institucionalizada*”

(ROULAND, 2003, p. 301). Assim, mesmo que não haja o reconhecimento jurídico positivo, o grupo, por diversos critérios conforme acima mencionados, se auto reconhece coeso.

Nestes termos, denota-se a observação do autor:

Pois, sob pena de desaparecimento, cumpre pôr limites à extensão da noção de minorias: as reivindicações das mulheres, dos velhos, dos jovens, dos homossexuais serão a expressão de lutas minoritárias? Serão, se elas se formalizam e transitam por instituições de referências comuns ao conjunto da categoria envolvida tais como associações, cartas, estatutos, cadernos de reivindicações etc. Logo, é preciso uma organização, práticas, representações nas quais se reconheça explicitamente a maior parte da categoria visada. Senão, trata-se de entidades sociais (cuja luta pode ser, por outro lado, perfeitamente legítima), mas não minorias. Argúcias de juristas? É certo que não. Pois, assim definidas, as minorias constituem *ordens jurídicas*, o que lhes aumenta a legitimidade e fundamenta sobretudo suas pretensões em ver reconhecidos seus direitos subjetivos perante a sociedade dominante e os Estados aos quais pertencem. Sem sujeitos de direitos não há direitos subjetivos... (ROULAND, 2003, p. 301).

Destacando a importância da clarificação semântica entre minorias e grupos vulneráveis, Elida Séguin (2002) aponta para a confusão terminológica e esclarece que as minorias “seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não-discriminação no país onde vivem”. Enquanto “os grupos vulneráveis podem constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos. [portadores de deficiência física etc.] são grupos vulneráveis de poder” (SÉGUIN, 2002, p. 12).

Observa-se, por conseguinte que os grupos vulneráveis, “com certa frequência eles não têm sequer a noção que estão sendo vitimados de discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados: eles não sabem sequer que têm direitos”. Conclui-se, por tais termos que “na prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância” (SÉGUIN, 2002, p. 12).

Ainda com foco na diferenciação terminológica entre grupos vulneráveis e minorias, tem-se que para os “grupos vulneráveis: não há uma identidade, um traço em comum entre os indivíduos como fator que os atraem; são grupos compostos pela sociedade de uma maneira geral”. Diferentemente as minorias possuem “traço cultural comum presente em todos os indivíduos, originando grupos específicos, são sujeitos ligados entre si, daí a denominação “minorias”” (SIQUEIRA; CASTRO, 2017, p. 110).

Tecidas as considerações semânticas necessárias, cabe não olvidar que a vulnerabilidade de grupos sociais tem se acentuado ainda mais nos tempos atuais de decretação da pandemia provocada pela Covid-19. Nestes termos, Boaventura Souza Santos (2020) aponta para a dualidade provocada, por um lado entre a comoção mundial causada

pela situação posta, e de outro a invisibilidade de zonas de extrema vulnerabilidade social, onde, “há uma torneira de água para 1.300 pessoas e falta sabão”. Situações em que “os internados não podem viver senão colados uns aos outros. Famílias de cinco ou seis pessoas dormem num espaço com menos de três metros quadrados” (SANTOS, 2020).

Frisa-se que as “zonas de invisibilidade” acima apontadas estão em franco crescimento, tal qual a expansão do vírus, multiplicam-se e abarcam “muitas outras regiões do mundo”, no entanto, estão muito próximas e como assenta Boaventura Souza Santos (2020), “talvez baste abrir a janela”. Assim, frente à realidade social de carência de insumos básicos para sobrevivência de seres humanos inseridos em zonas de invisibilidade, ou seja, de extrema vulnerabilidade social, que não surgiram junto com a decretação da pandemia, sempre existiram e se fragilizaram ainda mais diante da realidade posta. Cabe não olvidar que as barreiras tecnológicas para acesso à justiça inviabilizam a fruição de direitos básicos.

Condensando todo percurso de investigação científica proposto e convergindo o impacto das transformações no princípio constitucional de acesso à justiça causado pelo coronavírus, denota-se toda tendência de ampliação da utilização das tecnologias como ferramentas para efetividade do acesso, conforme demonstrado no movimento anterior, em especial, pelas determinações de cúpula do Judiciário Nacional, via Conselho Nacional de Justiça.

Por conseguinte, destaca-se que, na onda da pandemia, registrou-se a recente alteração introduzida pela Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, a Lei do Juizado Especial, inserindo a possibilidade da conciliação não presencial no âmbito do Juizado Especial. No entanto, frente à carência de recursos básicos para sobrevivência, a tecnologia, representada por internet de qualidade, aplicativos instalados e habilidades técnicas para acessá-los, pode representar mais um bem escasso.

Richard Susskind (2019) pondera acerca da exclusão digital quando analisa as vantagens das Cortes Online no Reino Unido, partindo do seguinte consenso “the concern here is that if the only route to the court system and so to justice is via technology, then this will effectively exclude all those who do not use technology or cannot do so proficiently<sup>7</sup>”.

O autor registra a importância de um olhar ampliado para a questão, haja vista o alerta tecido de que não bastam a manutenção de serviços paralelos online/estruturas físicas

---

<sup>7</sup> “A preocupação aqui é que, se o único caminho para o sistema judicial e, portanto, para a justiça for por meio da tecnologia, isso excluirá efetivamente todos aqueles que não usam a tecnologia ou não podem fazê-lo com proficiência” (SUSSKIND, 2019, p. 215) (tradução livre).

tradicionais, na medida em que possivelmente os excluídos digitalmente encontram dificuldades de acesso à justiça, independentemente da tecnologia (SUSSKIND, 2019, p. 218).

Sugere-se, nesse ínterim, a necessidade de suporte e apoio para combater a exclusão digital. Analisando um paralelo com a Inglaterra, “to make sure their services ‘can be used by everyone’ they propose to help users through face-to-face assistance, a telephone service, and a web chat facility<sup>8</sup>” (SUSSKIND, 2019, p. 219).

Assim, reflete-se sobre a situação de grupos vulneráveis no cenário nacional, em especial os analfabetos digitais, ponderando-se acerca de quais serão os efeitos futuros das novas medidas instituídas. Nesse sentido, Mattioli (2018, p. 54) analisa, em particular, a situação de analfabetos digitais grupo vulnerável com grande dificuldade de inclusão no universo tecnológico, e aponta que “technology makes life better for many people and has the greatest potential to help solve the access to justice problem. This article points out, however, that a group of people is being left behind in our rush to digitize<sup>9</sup>”.

Assim, em que pesem os benefícios da migração digital para fruição das atividades judiciais, urge voltar atenção para situação de grupos vulneráveis que acabam por não se inserir no movimento tecnológico. “This sentiment is still true, and technology should be maximized to its greatest extent. People who care about self-represented litigants should continue to take full advantage of all that technology can offer, while remaining aware that there is more to the story<sup>10</sup>” (MATTIOLI, 2018, p. 54).

No mesmo sentido, resgata-se a pesquisa de James E. Cabral et al. (2012) que alerta que a incorporação da tecnologia, com todos seus benefícios, impõe a manutenção das vias tradicionais de acesso,

To address the very real concerns about access for these underserved populations, CTAC<sup>11</sup> proposed to preserve traditional access to courts for those persons challenged by technology. This critical principle pushes courts to develop systems

<sup>8</sup> “Para garantir que seus serviços ‘possam ser usados por todos’, eles propõem ajudar os usuários por meio de assistência face a face, serviço de telefone e chat na web” (SUSSKIND, 2019, p. 219) (tradução livre).

<sup>9</sup> “A tecnologia torna a vida melhor para muitas pessoas e tem o maior potencial para ajudar a resolver o problema de acesso à justiça. Este artigo aponta, no entanto, que um grupo de pessoas está sendo deixado para trás em nossa corrida para digitalizar” (tradução livre).

<sup>10</sup> “Este sentimento ainda é verdadeiro, e a tecnologia deve ser maximizada ao máximo. Pessoas que se preocupam com litigantes auto-representados devem continuar a tirar o máximo proveito de tudo o que a tecnologia pode oferecer, enquanto permanecem cientes de que há mais nesta história” (MATTIOLI, 2018, p. 54) (tradução livre).

<sup>11</sup> Os autores abordam os impactos das transformações tecnológicas nas pessoas de baixa renda e investigaram a criação do Comitê Consultivo de Tecnologia do Tribunal (“CTAC”), na Califórnia EUA.

that will truly work for all persons - it encourages technological solutions, but does not mandate them as a general rule<sup>12</sup> (CABRAL; et. al. 2012, p. 264).

Outrossim, denota-se que na corrida tecnológica é preciso ponderar estratégias inclusivas, que não deixem ninguém para trás, na medida em que se reconhece que há muito mais questões que precisam ser ponderadas para garantia de acesso à justiça.

## 5 CONCLUSÃO

As vulnerabilidades sociais foram acentuadas e ampliadas com o início da pandemia provocada pelo novo Coronavírus, a carência de insumos básicos para sobrevivência é uma realidade no Brasil e no mundo. Assim, percebe-se que a tecnologia impacta no acesso à justiça de grupos vulneráveis, seja pelo agravamento das vulnerabilidades em decorrência da pandemia, seja por dificuldades relacionadas com a ausência de habilidades tecnológicas para manuseio das ferramentas virtuais de acesso, destacando-se nesse grupo os denominados analfabetos digitais.

A partir da dedução desenvolvida, infere-se que as vias de acesso à justiça têm recorrido à tecnologia ampliando seu uso como estratégia para aproximação das partes conflitantes, todo apanhando legislativo acima demonstrado reflete essa realidade. Sabe-se da transitoriedade de algumas medidas aplicadas, excepcionalmente, no período da pandemia, no entanto, na carona da pandemia, abriu-se caminho para uma importante transformação, qual seja, a introduzida pela Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que alterou a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e inseriu a possibilidade da conciliação não presencial no âmbito do Juizado Especial.

Cabe não olvidar dos benefícios das ferramentas virtuais no âmbito do Judiciário como aliadas para continuidade das atividades jurisdicionais no período da pandemia, entretanto, há muitas questões que precisam ser ponderadas para garantia de acesso à justiça, evitando-se que a excepcionalidade do momento imprima transformações perenes, sem planejamento adequado e alheia a uma pauta inclusiva.

---

<sup>12</sup> “Para abordar as preocupações reais sobre o acesso dessas populações carentes, o CTAC propôs preservar o acesso tradicional aos tribunais para as pessoas desafiadas pela tecnologia. Este princípio crítico leva os tribunais a desenvolver sistemas que realmente funcionem para todas as pessoas - incentiva soluções tecnológicas, mas não as impõe como regra geral” (CABRAL; et. al. 2012, p. 264) (tradução livre).

Destaca-se, por fim, que as transformações tecnológicas devem contribuir para uma agenda inclusiva de acesso à justiça, de facilitação e conhecimento de direitos, de acesso a informações e estratégias viáveis de composição de conflitos, e que a aceleração das mudanças promovidas pela pandemia no espectro da Justiça, não permita que se deixem de fora mais e mais cidadãos que já possuem dificuldades e que não precisam que essas sejam ainda mais agravadas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm). Acesso em 29 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm). Acesso em 29 abr. 2020.

CABRAL, James E.; CHAVAN, Abhijeet; CLARKE, Thomas M.; GREACEN John et al. Using Technology to Enhance Access to Justice. *Harvard Journal of Law & Technology*, Cambridge, MA, v. 26, n. 241, 2012.

CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manuela. L'articulation de la juridiction spéciale pour la paix avec la justice ordinaire en matière d'extradition: les enjeux politiques du cas Jesus Santrich dans le contexte du post-conflit Colombien. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 7, n. 1, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 144-160, 1991.

\_\_\_\_\_. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2008.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Portaria nº 61, de 31 de março de 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original221645202004015e8512cda293a.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 313, de 19 de março de 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>. Acesso em 29 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Resolução n° 105, de 06 de abril de 2020*. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_105\\_06042010\\_11102012191007.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_105_06042010_11102012191007.pdf). Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Resolução n° 314, de 20 de abril de 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-314.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020.

DAVIS, Mike. A crise do coronavírus é um monstro alimentado pelo capitalismo. In: DAVIS, Mike; ZIZEK, Slavoj; BADIOU, Alain et al. *Coronavírus e a luta de classes*. Terra sem Amos: Brasil, 2020.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LEHFELD, Lucas de Souza; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A imunidade parlamentar segundo o supremo tribunal: análise do precedente sobre a prisão do senador Delcídio Amaral frente aos direitos da personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 7, n. 2, 2019.

FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 7, n. 1, 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araújo. Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, [s.l.], v. 6, n. 3., set./dez. 2019.

LASCANO, Alfonso Jaime Martinez. Inconvencionalidad del amparo mexicano por la eficacia en la protección judicial de derechos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 7, n. 2, 2019.

MABTUM, Matheus Massaro; GERRA FILHO, Willis Santiago. A importância do tempo e sentido para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 6, n. 2, 2018.

MATTIOLI, Kimberly. Access to Print, Access to Justice. *Law Library Journal*, [s.l.], v. 110:1, n. 31., 2018.

MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. Mediação e conciliação. Histórico dos métodos adequados de solução de conflitos e experiências contemporâneas no Brasil e em outros países. Das técnicas de conciliação e mediação, suas nuances, pontos convergentes e aspectos práticos. In: ALVES, José Carlos Ferreira; TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge (Coords.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e Grupos Vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 5, n. 1, 2017.

SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; MARTIN, Raphael Farias. Economy law and economic analysis of law and the impact on intellectual property in the common law system. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 7, n. 2, 2019.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 7, n. 2, 2019.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of justice*. [S.l.]: Oxford University Press, 2019.

TOSTA, Jorge. A arbitragem no Brasil – noções gerais. In: ALVES, José Carlos Ferreira; TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA Jorge (Coords.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

4 ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Pensar as políticas públicas a partir do enfoque das capacidades: justiça social e respeito aos direitos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 7, n. 1, 2019.

## A GOVERNANÇA GLOBAL COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO JURÍDICA

### GLOBAL GOVERNANCE AS AN INSTRUMENT OF LEGAL REGULATION

Orlando Villas Bôas Filho;<sup>1</sup>

Julia Martins Tiveron.<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho procura enfocar o conjunto de fenômenos que vem sendo abarcado pela terminologia “governança”. Esta aparece como uma ferramenta que visa dar conta do contexto complexo derivado das mudanças sociais associadas à globalização, as quais impõem a exigência de uma constante atualização das instituições políticas e jurídicas a fim de responderem aos problemas que se colocam no campo social. Por meio de uma abordagem descritiva e explanatória, propõe-se uma revisão da literatura a partir de autores de grande projeção que orientam o debate acerca do tema proposto. Por fim, formula-se uma síntese da relação que se pretende traçar entre governança e direito, apontando para a coexistência destas duas vias de tomada de decisão.

**Palavras-chave:** Governança. Direito. André-Jean Arnaud. Regulação jurídica.

**Abstract:** The present work tries to focus the set of phenomena that has been covered by the terminology “governance”. It appears as a tool to deal with the complex context derived from the socio changes associated with globalization, which impose the requirement for a constant updating of political and juridical institutions in order to respond to the problems that arise in the social field. Through a descriptive and explanatory approach, a literature review is proposed from authors of great projection who guide the debate on the proposed theme. Finally, a synthesis of the relationship that is intended to be drawn between governance and law is formulated, pointing to the coexistence of these two decision-making paths.

---

<sup>1</sup> Possui graduação em História pela Universidade de São Paulo (1995), Licenciatura Plena em História pela Universidade de São Paulo (1996), graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995), graduação em Filosofia pela Universidade de São Paulo (2004), mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (2002) e doutorado em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (2006). Pós-Doutorado na Université de Paris X - Nanterre, França (2009). Pós-doutorado na École Normale Supérieure de Paris (2012-2013). Recebeu o Prêmio Capes de Teses em 2007 (concedido à melhor tese defendida em 2006 na área do Direito). Foi pesquisador pleno do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), entre os anos de 2000 e 2006. Atualmente, é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP) e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Foi professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS e da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

<sup>2</sup> Possui Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus.

Artigo recebido em 02/07/2019 e aprovado para publicação em 06/01/2021.

**Keywords:** Governance. Law. André-Jean Arnaud. Legal regulation.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as influências que as mudanças sociais em curso nas últimas décadas, a partir do processo de globalização, exercem sobre a concepção tradicional de regulamentação jurídica, marcada pela positividade e pela verticalidade. Busca-se enfatizar o papel que o instrumento de gestão denominado “governança global” vem exercendo nesta nova configuração social e, especialmente, como se dá a sua relação com o direito em sua forma tradicional.

Destaca-se a abordagem realizada por André-Jean Arnaud, para quem a governança introduz uma nova lógica de tomada de decisão, que não equivale ao modelo *top down*, característico do direito tradicional. Trata-se de um instrumento de difícil definição, devendo ser compreendido por seu caráter difuso e plural. Ganha destaque a relação que se desenvolve entre direito e governança, que, tal como apresentada por Jacques Chevallier, deve ser compreendida a partir de um processo de mútua influência e não como simples anulação.

O intuito desse trabalho consiste em se utilizar um instrumental teórico-sociológico que vem ganhando progressiva relevância no campo de estudo do Direito para uma tentativa de compreensão das mudanças radicais que o sistema político e o sistema jurídico testemunharam nas últimas décadas. Para tanto, adota-se uma abordagem descritiva explanatória do tema; propõe-se, assim, conjugar diferentes perspectivas teóricas, com vistas a uma análise própria deste fenômeno contemporâneo que é a governança e sua relação com o sistema jurídico. Para a realização do presente estudo utiliza-se o método da revisão bibliográfica de obras pertinentes ao tema, com enfoque em autores contemporâneos; com o objetivo de um desenvolvimento crítico do panorama social, político e jurídico no que diz respeito aos conceitos e institutos abordados.

Entendendo-se que a governança e o Direito se apresentam como fenômenos indissociáveis, seja pela tendência à juridicização da governança, seja pela influência que ela exerce nos modos tradicionais de regulação jurídica, torna-se indiscutível a necessidade de uma visão conjunta destes temas. Assim, verifica-se que estas questões abordadas são de importância fundamental para o estudo e a compreensão de relevantes temas centrais no debate social e jurídico atual.

## 2 O LUGAR DA GOVERNANÇA GLOBAL

José Eduardo Faria (2010; 2011; 2018a; 2018b) aponta como uma das principais características do mundo contemporâneo a pluralização dos tempos de poder. A economia contemporânea, bem como outras relações no mundo globalizado, segue uma dinâmica própria que não se enquadra mais na lógica dos procedimentos normativos clássicos. Destaca-se, aqui, para além do âmbito estatal, a expansão das empresas transnacionais e das organizações internacionais, ambas responsáveis pelas mudanças verificadas na ordem econômica internacional, a qual atingiu diretamente as estruturas políticas nacionais.

O Direito vê-se, assim, diante da necessidade de se adaptar frente à nova ordem econômica e social, cada vez mais multifacetada e policêntrica. Se até então o Estado-nação constituía o único agente da política e economia nacional e internacional, agora a sua soberania passa a ser contrastada com a presença de agentes não estatais. As regulamentações até então concebidas para lidar com conflitos unidimensionais e interindividuais não são aptas a solucionar uma série de novas demandas de caráter pluridimensional, que escapam às antigas previsões legais. Assim, o ordenamento até então organizado hierarquicamente sob a égide de uma Constituição se vê confrontado com situações que escapam à dimensão territorial do Estado nacional (ARNAUD, 2007, p. 68; FARIA, 2002, p. 15).

Em tal sociedade plural, o Direito se torna incapaz de regular todos os aspectos da realidade socioeconômica por meio de suas ferramentas tradicionais, especialmente no que diz respeito à edição de normas abstratas, gerais, impessoais e vinculantes. Nesse sentido, o movimento do capital internacional obriga à crescente flexibilização e desconstitucionalização dos direitos sociais. Ao lado destas normas – e por vezes as contrariando – aparecem formas espontâneas de regulação diante de demandas por decisões específicas e imediatas (FARIA, 2002, p. 15).

Na tentativa de trabalhar essas questões, destaca-se a análise de um instrumento de regulação de um tipo novo: trata-se do fenômeno da governança. Esta, por sua vez, é vista como uma nova via de tomada de decisão que estaria mais apta a se adequar ao cenário da sociedade contemporânea, diferindo, em muitos aspectos, do regime jurídico tradicional baseado nos ideais positivistas de regulação jurídica. Contudo, a ambiguidade contida no termo “governança” torna árdua a tarefa de delinear seus contornos conceituais. O sistema

de governança implica a conjugação de mecanismos institucionalizados e normatizados de atuação com aspectos de orientação intersubjetiva. Isto decorre justamente da diversidade de atores presentes no cenário mundial que reivindicam a posição de autoridade, abrangendo não somente os Estados nacionais, mas também as organizações internacionais e a sociedade civil.

Deve-se destacar, ainda, que se trata de um fenômeno multifacetário, sendo, até mesmo, conforme sublinha Arnaud (2007; 2014), mais correto falar-se em “governanças”, no plural. Isto ocorre porque, como se verifica na abordagem dos mais diversos autores que analisam o tema, trata-se de um fenômeno que se desdobra em âmbitos de ação variados. Assim, na perspectiva de André-Jean Arnaud, falar-se-ia em “governança empresarial”, “governança global”, “governança regional”, “governança nacional” e “governança local”.<sup>3</sup>

A escolha da abordagem que André-Jean Arnaud (1997; 2007; 2014) faz da governança dá-se, em grande medida por conferir, de modo semelhante, grande importância ao espaço de atuação dos agentes envolvidos na produção da regulação jurídica. Trata-se, portanto, de um enfoque do estudo da governança em sua relação com o sistema jurídico e com as mudanças pelas quais ele passa na atualidade especialmente em decorrência da globalização.<sup>4</sup> Essa perspectiva contrasta com uma abordagem focada no aspecto formal do Direito, cujo protagonista é o Estado nacional como ator responsável por “dizer o Direito”.

### 3 PRODUÇÃO DO DIREITO E GOVERNANÇA

O direito moderno e seu esquema de produção derivam de uma ciência e de uma filosofia do direito tipicamente modernas, fundadas no formalismo dos procedimentos e na autoridade do legislador baseada no princípio da representatividade. Em um primeiro momento, então, a produção da norma jurídica trata-se de um procedimento relativamente simples, resultando, principalmente, de um processo de institucionalização. Assim, a tomada de decisão que se encontra por trás da produção da norma é a conjugação de uma vontade política com uma forma jurídica institucionalizada (ARNAUD, 2007, p. 26).

[...] por “regulação jurídica”, entendemos geralmente esse tipo de regulação social que passa pelo canal do direito. [...] quando falamos de direito, entendemos

<sup>3</sup> A respeito, ver: Arnaud (2014) e Villas Bôas Filho (2016a; 2016b; 2016c; 2018b; 2019).

<sup>4</sup> Para um contraste conciso dos conceitos de “globalização” e de “sociedade mundial”, ver: Villas Bôas Filho (2010).

geralmente um conjunto de regras positivas estabelecidas e controladas pelo Estado, o “direito imposto”. Dizer o direito, atributo da soberania estatal segundo a concepção moderna do direito e do Estado, foi considerado durante muito tempo como a forma por excelência de regulação social. Essa visão nos foi legada pela filosofia “moderna”, isto é, o pensamento jurídico e político que se constitui entre o fim da Idade Média e o século XIX. (ARNAUD, 1999b, p. 153-154)

É, a partir especialmente no início do século XIX, que se verifica a produção das grandes codificações. Estas regulamentações seguiam uma “ideologia unificadora” (*idéologie unificatrice*) e procuravam abarcar todos os aspectos regulados por um ramo do direito, na tentativa de evitar todo tipo de “lacuna” (KATAKOA; ARNAUD, 2010, p. 158). A concepção que se tinha naquele momento é a de que essas legislações possuíam o mesmo caráter de perenidade daquele atribuído às leis das ciências naturais e não se vislumbrava os limites que comportavam (ARNAUD, 2007, p. xviii-xix). O entendimento dos juristas era o de que, por meio da renovação da interpretação dos fundamentos contidos nos grandes códigos, seria possível passar com certa estabilidade pelas transformações da sociedade.

À globalização – e marcadamente devido à globalização econômica – sucedem uma série de outros fatores que implicam o esgotamento dessa forma jurídica tradicional<sup>5</sup>. Destaca-se que a regulação jurídica como era compreendida até então estava intrinsecamente vinculada à soberania do Estado-nação. Entretanto, tanto o conceito de soberania altera-se com o tempo, como o papel do Estado nesse novo contexto também sofre mutação. A globalização, ao alterar “os paradigmas tradicionais estabelecidos a partir das grandes revoluções liberais do século XIX”, atinge diretamente os modos de produção do direito, tornando-os obsoletos e inapropriados às novas necessidades (KATAKOA; ARNAUD 2010, p. 157).

Ganha relevo também a “desterritorialização” das relações sociais nesse contexto em que há uma progressiva interdependência em escala global. A “territorialidade” que era até então um conceito-chave na produção jurídica pelo Estado adquire novos contornos que marcam a perda de eficiência da jurídica tradicional. Esta, caracterizada pela presença de normas abstratas, gerais e impessoais organizadas segundo uma lógica hierarquizada passa a conviver com formas alternativas de regulação produzidas de forma espontânea – tanto acima

---

<sup>5</sup> Cumpre ressaltar que destacando o papel da globalização das trocas no processo de mutação da produção do Direito não se pretende afirmar que essa seja a única fonte de tais mudanças. Conforme apontam Luiz Fernando Schuartz e Villas Bôas Filho (2010, p. 376-377), o mais correto é compreender a globalização – a sua função de propulsora da transformação do Direito – como um aspecto mais restrito de um processo mais amplo que é o da radicalização da modernização.

quanto abaixo do direito estatal – em resposta à nova dinâmica das relações sociais e, particularmente, da economia (FARIA, 2002, p. 15 e 57-58).

Para o direito positivo, a edição de normas vinculantes torna-se uma tarefa cada vez mais difícil, também em razão do novo perfil de conflitos que se desenvolvem na contemporaneidade, que enfrenta perigos distintos daqueles presentes nas sociedades ditas tradicionais. Disso resulta uma mudança em direitos até então institucionalizados no sentido da “flexibilização” e “desconstitucionalização” (FARIA, 2002, p. 15). Assim, acrescenta-se que a crescente especialização dos ramos do direito é acompanhada do aumento da polarização entre grupos de interesse e pressão – locadores e locatários, consumidores e empresários, poluidores e defensores da causa ecológica etc. –, o que leva a uma legislação com marcada característica negocial (KATAKOA; ARNAUD, 2010, p. 158).

Concebida como uma das principais fontes do direito em sua concepção tradicional, a lei perde espaço para outras espécies: normas gerais, abstratas e impessoais oriundas de instâncias internacionais ou entidades alternativas no âmbito estatal; ou, ainda, regras de natureza informal que não passam pelo controle do Estado. Dessa forma, verifica-se o resgate de um pluralismo jurídico<sup>6</sup>, intimamente relacionado com a ideia de policentricidade<sup>7</sup>, e o que se observa é a multiplicação não apenas das fontes de produção do direito, mas também de suas formas de manifestação (ARNAUD, 2007, p. 148). Pode-se inclusive apontar uma “nova racionalidade do direito”, marcada pela policentricidade e pelo pluralismo, pelo predomínio do heterogêneo sobre o homogêneo, do complexo sobre o simples (ARNAUD, 2007, p. xx e 12-13).

Trata-se de uma razão jurídica segmentada, na qual há a justaposição entre diversos níveis de regulação e a repartição do poder entre atores interessados em participar na produção da norma jurídica. “A *negociação* assume um novo sentido. Ela está menos ligada à pressão, e se aparenta ao compartilhamento da responsabilidade na tomada de decisão” (ARNAUD, 2007, p. xx). O pluralismo das fontes do Direito exerce um importante papel

---

<sup>6</sup> Cabe notar que, na perspectiva de André-Jean Arnaud, deve-se conceber não apenas um pluralismo das fontes do Direito, mas também um pluralismo das “técnicas normativas e de regulação jurídica”. Assim, para o autor, existe uma “multiplicidade de mecanismos de regulação social. O direito é um deles e, para muitas situações, não é sequer o mais relevante e adequado” (CAMPILONGO, 2011, p. 155).

<sup>7</sup> André-Jean Arnaud (2007, p. 147-148; 2000, p. 381) contrasta os dois termos destacando que “o pluralismo designa, no sentido amplo, todas as manifestações de direito – mesmo que não nos sentidos que a teoria ‘moderna’ ocidental do direito e do Estado atribui a essa palavra – e objetiva a coexistência de ordens jurídicas”. A policentricidade, por sua vez, acentua a “fonte desse estado de coisas”, ou ainda, “põe a tônica na produção da norma”.

nessa reconfiguração da racionalidade jurídica, a qual se funda, também, na passagem de uma racionalidade predominantemente imposta para uma racionalidade negociada (ARNAUD, 2007, p. 251).

Assim, diante do contexto de globalização das trocas, despontam novas formas de regulação que não passam pela concepção jurídica tradicional, as quais representam a adoção de formas e técnicas de produção e operação das normatividades que ocorrem paralelamente àquelas tradicionais que são compreendidas sob a égide do “governo”. Para essas novas formas, um termo e um conjunto de ferramentas teóricas se destacam. Trata-se do que se vêm abarcando pela expressão “governança” (ARNAUD, 2007, p. 150).

Nesse sentido, Jacques Chevallier (2005, p. 129-130) afirma que a governança se tornou um tema que está sendo amplamente debatido. Trata-se de uma expressão que carrega sua polissemia desde o início de seu uso (SIMOULIN, 2003, p. 314, tradução nossa), destacando-se dois sentidos sobre os quais ela se desenvolveu de forma conjunta. A governança assume, atualmente, um aspecto de “paradigma científico”<sup>8</sup> e um outro, de “referencial ideológico”<sup>9</sup> – o autor concebe, portanto, a governança como um “conceito migrante” (CHEVALLIER, 2003, p. 204-205).

Aponta-se, ainda, duas definições que orientam as formas pelas quais é possível se compreender o conceito de “governança”. A primeira delas consiste em entender a governança como “um modo de coordenação entre outros” – tais como o mercado, a hierarquia, Estados, associações ou a ordem política, os regimes de cidadania, dentre outros. Nesses termos, a governança “surgiu para superar as deficiências de outros modos, mas que não muda completamente a ação pública”<sup>10</sup> (SIMOULIN, 2003, p. 314-315, tradução nossa).

---

<sup>8</sup> Compreender a governança como um “paradigma científico” significa entendê-la “como um analisador para explicar certas inflexões dos modos de exercer poder nas sociedades contemporâneas e, mais precisamente, nas técnicas convencionais de governo” (CHEVALLIER, 2003, p. 206, tradução nossa).

<sup>9</sup> A apropriação do conceito de governança por diversos organismos multilaterais implicou o uso político e mesmo ideológico da ideia de governança. Esses usos fazem-se sentir no emprego de expressões, a exemplo de: “governança corporativa”, “boa governança” e “governança global”. Junto com essas expressões são carregados ideais, tais como “a imagem de um mundo pacificado, reconciliado, pela reabsorção de conflitos e pela erradicação de antagonismos irreduzíveis; o apagamento do poder, escolhas coletivas não sendo mais uma questão de política, mas de técnica; a banalização do Estado, que não seria mais do que um ator entre outros; crença na possibilidade de autorregulação de grupos sociais; a possibilidade de um acordo coletivo sobre certas regras do jogo, etc.” (CHEVALLIER, 2003, p. 206, tradução nossa).

<sup>10</sup> Cumpre destacar que, para fins deste trabalho, entende-se “ação pública” como a articulação, em sentido amplo, de agentes estatais e não estatais na condução da *res publica*, da vida em sociedade e das formas de regulação social que esta compreende. Ao se falar em “políticas públicas” (no sentido mais rigoroso que esta adquire no último século, ver: ARNAUD, 1999a, p. 605) está a se referir às decisões adotadas por agentes governamentais, que podem ou não passar pela via do direito, mas para a qual a participação dos demais agentes sociais se dá essencialmente pelas vias tradicionais de representação. Quando se fala, mais adiante, que a

A segunda, implica enxergá-la como “uma forma radicalmente nova de decisão política”, caracterizada pela indistinção entre o espaço público e o privado, pelo distanciamento da forma hierárquica de organização e pelo abarcamento de atores outros que não somente o Estado. A opção por essa segunda definição implica a adoção de uma ideia de governança circunscrita a um período histórico específico, impedindo sua aplicação a contextos pretéritos (SIMOULIN, 2003, p. 315).

Verifica-se, então, que a primeira definição se aproxima mais do primeiro sentido apresentado anteriormente – que consiste em compreender a governança como um “paradigma científico” tal como esse conceito foi apresentado por Raymond Boudon e François Bourricaud, ou seja, como “um conjunto de propostas ou enunciados meta-teóricos relativos menos à realidade social do que à linguagem a ser usada para lidar com a realidade social”<sup>11</sup> (SIMOULIN, 2003, p. 315-316, tradução nossa). Na segunda definição, em contrapartida, a governança aparece como um paradigma na definição dada por Thomas Kuhn, para quem os paradigmas são vistos como “descobertas científicas universalmente reconhecidas que, por um tempo, fornecem uma comunidade de pesquisadores com problemas e soluções típicas” (SIMOULIN, 2003, p. 317-318, tradução nossa). Essa ideia é corroborada por Arnaud (2006; 2007)<sup>12</sup>, para quem,

---

governança aparece como uma nova forma de “ação pública”, coloca-se aquela como um canal de regulação social que se aparta do direito, podendo, inclusive, associar-se à atuação governamental por meio das políticas públicas, fazendo com que estas se abram a diferentes formas de coordenação com atores externos ao Estado. Porém, a pluralidade de manifestações que a governança possui – como será descrito a seguir – admite, também, que ela apareça de forma associada ao direito, conferindo, a este, características distintas às do direito de perfil moderno. Permanece, neste caso, em aberto o caráter de novidade por vezes atribuído a esta forma de “ação pública” que surge associada à prática da governança. Para uma definição concisa de “ação pública”, ver: Caillousse (2010).

<sup>11</sup> No entender de Simoulin (2003, p. 317, tradução nossa), o caráter obscuro e polissêmico do conceito de governança não o torna incompatível com a noção de paradigma de Kuhn, pois, nas palavras do autor, para Kuhn “um paradigma pode ser limitado, tanto em alcance e precisão no momento da sua primeira aparição”. O que é importante não é sua precisão, nem seu poder explicativo, mas que fornece “os meios de escolher problemas que alguém possa pensar ter uma solução”.

<sup>12</sup> A despeito de concordar com a associação da ideia de “governança” com a de “paradigma” tal como esse último é apresentado por Thomas Kuhn, Arnaud (2007, p. 61-62, rodapé 154) também apresenta a definição de paradigma dada por Jean-Michel Berthelot, a qual considera mais ampla que aquela fornecida por Kuhn. Nesse outro caso, o paradigma consiste no “complexo de pressupostos filosóficos, de certezas metafísicas, de técnicas e de aparelhagens, de representações unificadoras, de referências exemplares, de palavras-chaves etc., que constitui em uma determinada época o universo e o horizonte de pensamento de uma ou de várias disciplinas determinadas. Esse complexo pode ser parcialmente incoerente ou heterogêneo em suas referências”. Sobre a apropriação do conceito de “programa de pesquisa” de Jean-Michel Berthelot para o estudo da governança, ver também: Capeller e Simoulin (2003) e Villas Bôas Filho (2016a). Em sentido semelhante, Simoulin (2003, p. 318, tradução nossa) afirma que “na medida em que também organiza mais e mais práticas sociais, não apenas a pesquisa, a noção de governança vai muito além dos limites iniciais nos quais Thomas Kuhn havia circunscrito seu pensamento sobre paradigmas”. Para o autor, o conceito de governança pode ser aproximado também da ideia de “referencial” proposta por Bruno Jobert e Pierre Muller, ou seja, no sentido de um “repositório global

a governança não é uma noção clara, pode até ser considerada como um paradigma: um pacote de conceitos, como sugerido por Kuhn, cuja tarefa se torna específica e que, por um tempo e para uma comunidade de pesquisadores, fornece um quadro de referência que torna possível colocar velhos problemas em novos termos que possam levar a soluções, mais precisamente, é um paradigma de apoio à decisão. (ARNAUD, 2014, p. 293, tradução nossa)

Apesar desses potenciais contidos na adoção dessa nova forma, “governança” permanece uma expressão pouco clara, sujeita a usos imprecisos e aleatórios. Segundo André-Jean Arnaud (2014, p. 274), a governança pode ser compreendida tanto como um “meio” como uma “ferramenta”. Um meio alternativo de administração privada ou pública que rompe com o modelo hierarquizado tradicional e “uma ferramenta que permite efetuar uma gestão de um tipo novo”.

A governança aparece, então, como uma forma de harmonização da regulação jurídica que não é estritamente identificada à hierarquização dos atos de poder, ela estende-se para a articulação em rede entre os diversos atores interessados na produção da regulação jurídica. Tendo o Direito se tornado plural e diante do papel que a negociação adquire para dar conta dessa diversidade, a governança se apresenta como uma ferramenta que viabiliza essa negociação, no contexto da globalização (ARNAUD, 2007, p. 251). Além disso, o emprego da governança “apresenta a vantagem de introduzir a complexidade diante da qual se encontra o teórico do direito quando se esforça em repensar a regulação das sociedades” (ARNAUD, 2007, p. xviii).

A governança é capaz de proporcionar “uma renovação completa do processo de tomada de decisão tradicional, do processo de produção normativa de regulação social – e mais particularmente, no que nos diz respeito, do processo de produção do direito” (ARNAUD, 2007, p. 295). Ela aponta, também, para um processo de elaboração das normas pautado não somente pela orientação tradicional dos representantes eleitos pelo povo; por meio dela, insere-se nessa equação uma verdadeira participação da “sociedade civil” que seria agregada à representação democrática (ARNAUD, 2007, p. 295). A partir do recurso à governança, põe-se em questão toda a tradição da filosofia do direito “moderna” que fundou um dado modelo de produção jurídica (ARNAUD, 2007, p. 150).

---

[que] é uma imagem social de toda a sociedade, isto é, uma representação global em torno da qual será ordenada, para classificar as várias representações setoriais” (SIMOULIN, 2003, p. 327, tradução nossa).

Assim, o caráter polissêmico contido no termo “governança”, contribui para que seja muito difícil construir uma definição completa e estável<sup>13</sup>. Apesar disso, embora seja fonte de confusões e ambiguidades, sua polissemia não compromete o potencial contido no termo, posto que permite uma flexibilidade que lhe vem a ser útil (CAPELLER; SIMOULIN, 2003, p. 301-302; SIMOULIN, 2003, p. 320-321; VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 697). O interesse nesse instrumento, portanto, justifica-se, por exemplo, pela abrangência de instâncias que esse fenômeno abarca – tanto em termos de “escala”: global, regional, nacional, local; como em termos de “âmbitos”: organismos internacionais, Estados, empresas, sindicatos etc. ou, ainda, por sua vocação à interdisciplinaridade (BARON, 2003, p. 330).

Dentre as tentativas de conceptualização, destaca-se a formulada por André-Jean Arnaud, para quem “a governança poderia ser compreendida como um estilo de gestão e de administração de questões públicas e privadas não emanado da ordem governamental ou de decisões fundadas em um ente soberano, na medida em que estaria fundado em uma autoridade partilhada” (ARNAUD, 2014, p. 25, tradução nossa; VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 675). Ou, ainda, conforme aparece em seu livro “*La gouvernance*”, “como a expressão de uma dinâmica complexa das relações e inter-relações transformadoras que articulam os mais diversos âmbitos” (VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 149; ARNAUD, 2014, p. 46, tradução nossa).

James Rosenau, chama também a atenção para a ambiguidade conceitual contida no termo “governança”, o que torna árdua a tarefa de delinear seus contornos conceituais. Segundo ele, o sistema de governança implica a conjugação de mecanismos institucionalizados e normatizados de atuação com aspectos de orientação intersubjetiva. Isto decorre justamente da diversidade de atores presentes no cenário mundial que reivindicam a posição de autoridade, abrangendo não somente os Estados nacionais, mas também as organizações não governamentais e a sociedade civil (ROSENAU, 2000, p. 18; VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 675).

---

<sup>13</sup> Catherine Baron procura na etimologia da palavra o sentido que teria dado origem ao termo “governança”, o qual “vem do latim ‘*gubernare*’, que significa governar, pilotar um navio. É, portanto, a arte ou o modo de governar, favorecendo uma maneira original de administrar os negócios em um ambiente marcado por uma pluralidade de atores (uma empresa, um Estado, uma comunidade local, uma organização não-governamental, uma associação ou um organismo internacional) que têm, cada um em graus variados e mais ou menos formalmente, um poder de decisão. A resultante complexificação do ambiente socioeconômico aumenta a incerteza e justifica o uso de novos modos de organização. No entanto, a ação de governar também supõe que se questione sobre a direção em que se deseja ‘dirigir a nave’, daí uma reflexão sobre o propósito da ação” (BARON, 2003, p. 330, tradução nossa).

Jacques Chevallier, por sua vez, define governança “como um conjunto de mecanismos complexos de interação que se desenvolve entre uma multiplicidade de atores, públicos e privados e autônomos, com o intuito de produzir regras elaboradas coletivamente” (VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 149). O autor procura também definir governança mediante as questões da “governabilidade” e “ingovernabilidade” (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 675). Tratam-se, tão somente, de exemplos pontuais das tentativas de conceptualização de um fenômeno complexo<sup>14</sup>.

Assumindo que se trata de um conceito de difícil definição (BARON, 2003, p. 330), uma vez que é multifacetário impõe-se a necessidade não de decretar a impossibilidade de definição, mas de reconhecer a existência de diversos “sistemas de governança” (ARNAUD, 2007, p. 274). Pode-se falar, então, de “governanças”, no plural, pois, como se verifica na abordagem dos mais diversos autores que analisam o tema, trata-se de um fenômeno que se desdobra em âmbitos de ação variados. Isso decorre, também, do fato de se tratar de uma experiência complexa, com vias de análise aparentemente inesgotáveis e “diversas formas de expressão” (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 670).

Assim, na perspectiva de André-Jean Arnaud, a governança pode ser desdobrada em diversas manifestações a depender do critério que se utilize – que pode pautar-se por seu propósito, pelos atores que a praticam, pelos locais de surgimento, pelo contexto em que opera, pelo nível na qual se situa ou, ainda, pelo “campo a qual é chamada a administrar” (ARNAUD, 2014, p. 275, tradução nossa). Desse modo, tendo em vista as escalas de atuação, fala-se em “governança global”, “governança regional”, “governança nacional” e “governança local” (KOERNER, 2010, p. 152-153; VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 674 e

---

<sup>14</sup> Para uma outra compreensão do fenômeno da governança: “governança é um método ou mecanismo para regular uma ampla gama de problemas ou conflitos, através dos quais os atores chegam regularmente a decisões mutuamente satisfatórias ou vinculantes, através de negociação e cooperação”, assim como seria “caracterizado por ‘formas horizontais de interação entre atores que têm interesses conflitantes, mas são suficientemente independentes um do outro que nenhum deles pode impor uma solução por si só, embora seja suficientemente interdependente eles são todos perdedores se nenhuma solução for encontrada’.” (Philip Schmitter *Apud* CHEVALLIER, 2003, p. 207, tradução nossa). Acrescenta-se, ainda, a posição de Philippe Moreau Defarges no que se refere à governança, sobre a qual ele entende que “caracterizar-se-ia por ser um sistema que rejeita toda e qualquer hierarquia e onde nada é fixo e tudo é fluido” (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 675). E, também, a definição dada por Bob Jessop, para quem “seria possível definir o campo geral dos estudos acerca da governança como aquele concernente à resolução de problemas parapolíticos (no sentido de realização de fins coletivos) a partir ou por meio de configurações específicas de instituições, organizações e práticas governamentais (hierárquicas) e extragovernamentais (não hierárquicas)” (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 678-679).

s.). Segundo o autor, pode-se também pautar o estudo da governança segundo sua natureza ou o lugar em que é praticada (ARNAUD, 2007, p. 280).

No que diz respeito ao campo a que é chamada a administrar, nesse caso, a governança pode ser pública, privada ou mista (ARNAUD, 2014, p. 275). Essa variedade se explica pelo trânsito que o uso desse termo apresentou<sup>15</sup>: originando no âmbito privado de administração das empresas e passando para o domínio da administração pública, sendo que a apropriação do conceito que se deu neste âmbito, ocorreu no sentido de trazer uma gestão mais horizontal, dinâmica e eficiente. Posteriormente, em um processo de adaptação às mudanças impostas pela globalização, verificou-se o surgimento de uma governança de tipo misto, na qual se dá a “combinação de atores públicos e privados, organizações públicas diferentes, grupos e comunidades de cidadãos, todos os participantes na formação de novas políticas públicas de acordo com as configurações locais, nacionais, regionais ou globais” (ARNAUD, 2014, p. 275, tradução nossa).

Em razão da complexidade e da pluralidade que compõem esse arcabouço a que se denomina “governança”, aponta-se, com Arnaud (2014, p. 276), que mais do que elaborar uma definição precisa, cabe identificar a governança por meio de um conjunto de características que a delineiem, as quais estão contidas nas definições apresentadas acima.

Na definição apontada acima, André-Jean Arnaud destaca duas características essenciais à governança, quais sejam: um meio para se instaurar um outro “estilo de gestão e de administração de questões públicas e privadas não emanado da ordem governamental”, e um estilo de decisão que expressa a complexidade da dinâmica das relações e inter-relações. Compreende-se, portanto, que a governança aparece como um “paradigma de auxílio à decisão” e, assim, consiste em “uma nova maneira de focar a administração dos negócios”<sup>16</sup> (VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 161). Ao proporcionar um novo processo de tomada de decisão e, com isso, uma nova forma de gestão dos negócios – particularmente em um contexto de alta complexidade –, a governança o faz mediante a inclusão de atores

---

<sup>15</sup> Ao comparar a governança a uma “forma simmeliana”, Simoulin aponta que a governança, tal como as “formas”, constitui um instrumental que permite comparar realidades diversas, o que a torna capaz de adaptar-se a contextos específicos de observação. Essa qualidade permite a ela “fornecer uma estrutura teórica comum para múltiplos estudos empíricos e, segundo, definir e avaliar as especificidades de cada estudo empírico em relação a um referente geral. É também por isso que é tão difícil definir governança, uma vez que designa menos uma dada realidade do que um conjunto de práticas” (SIMOULIN, 2003, p. 327, tradução nossa).

<sup>16</sup> Ver também: Villas Bôas Filho (2016b).

que não somente os Estados nacionais<sup>17</sup> e, nessa medida, ela apresenta um “significativo potencial de democratização destas” (VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 153; 2016b, p. 693-694).

Dentre essas características que marcam a essência do que se entende por governança, Arnaud destaca dois importantes elementos: trata-se de um processo que envolve a coordenação de atores, “com o objetivo de definir os próprios objetivos discutidos e definidos coletivamente”, que pressupõe uma “articulação voluntária de lógicas divergentes de ação para a construção de um consenso” (ARNAUD, 2010, p. 267; 2014, p. 276-277, tradução nossa). A partir desses elementos, observa-se que, ao estabelecer a “coordenação de atores” – o que se tornou fundamental na forma plural pela qual esses manifestam-se no contexto globalizado –, a governança implica uma reestruturação das relações de autoridade (ARNAUD, 2014, p. 277).

#### 4 DO MODELO DE GOVERNO AO MODELO DE GOVERNANÇA

Ao menos em parte, a dificuldade que circunda a tentativa de traçar uma definição precisa do que vem a ser a governança está associada à herança de um contexto específico que impregna os usos desse termo<sup>18</sup>. A governança – tal como vem sendo empregada atualmente – remete à cultura anglo-saxã e, mais precisamente, à americana. Ligada ao período da colonização inglesa, designava o modo de organização de uma sociedade emergente de tradição altamente comunitária<sup>19</sup> (ARNAUD, 2014, p. 7-8).

Em decorrência das circunstâncias que marcaram o início da colonização, os colonizadores deparavam-se com um cenário de ausência de um poder central e com a necessidade de responder a uma série de questões práticas inerentes às organizações sociais. Assim, os mecanismos de governança remetem a essa organização marcada pela ausência de

---

<sup>17</sup> Acrescenta-se, com Orlando Villas Bôas Filho (2016b, p. 693-694), que “Philippe Moreau Defarges, salienta que, no âmbito da governança, as decisões deixam de figurar como propriedade e poder de um indivíduo ou grupo e passam a resultar de uma negociação permanente entre os atores sociais que, concebidos como partícipes de um vasto jogo, articular-se-iam nos mais diversos âmbitos, tais como os anteriormente elencados”.

<sup>18</sup> Apesar de adotar-se aqui a abordagem desenvolvida por André-Jean Arnaud que enfoca a origem do emprego atual do termo governança a partir das práticas associadas à cultura anglo-saxã, é essencial sublinhar, como aponta Simoulin (2003, p. 310-311, tradução nossa), que uma noção que atingiu o alcance conquistado pela “governança” torna uma tarefa difícil a determinação de sua paternidade. Ademais, o autor concorda com Arnaud ao afirmar que, com efeito, “a popularidade do termo nasceu no outro lado do Atlântico”.

<sup>19</sup> Em perspectiva diversa, Philippe Moreau Defarges, ao buscar a origem histórica do termo, remete ao contexto francês do século XII (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 673).

centralização de poder, que impõe a articulação com aqueles que se situam mais próximos ao contexto “local”, que demanda por soluções a dados problemas do convívio social – tais como o fornecimento de serviços “básicos”: saúde, educação e lazer. Com o desenvolvimento das estruturas centralizadas de gestão pública, o hábito do exercício da governança pelas esferas locais não desapareceu, assumindo, inclusive, formas mais “institucionalizadas” de organização (ARNAUD, 2007, p. 275).

Funda-se, nesse mesmo pragmatismo encontrado nessas organizações, a busca pelo princípio da eficiência que pautou o desenvolvimento da “governança corporativa” ou “governança de empresa” (ARNAUD, 2007, p. 276). Portanto, é possível afirmar “que [se] a governança institucionalizou-se de alguma forma com os programas comunitários nos Estados Unidos, é com a reorganização das empresas após a crise dos anos 1930, com a ‘governança corporativa’, que ela terá uma dimensão normativa” (ARNAUD, 2014, p. 10-11, tradução nossa).

No contexto da crise que sucedeu à chamada quebra da Bolsa de Valores de Nova York, tornou-se evidente a falta de rigor que marcava a gestão de muitas empresas. Essas funcionavam sob a égide do princípio da opacidade e a ausência de sujeição a mecanismos de controle. “Uma das consequências da crise será o desejo de muitos gerentes de reestruturar a empresa e [...] defender o estabelecimento da governança corporativa.” (ARNAUD, 2014, p. 28, tradução nossa).

Nesse sentido, a governança corporativa possui duas acepções. Uma em sentido lato que consiste na “organização e distribuição de poderes entre os diferentes órgãos de uma empresa”. E, em um sentido estrito, designa “todos os procedimentos e estruturas implementados para gerenciar e estruturar os negócios de uma empresa de modo a garantir transparência e equilíbrio de poderes” entre os atores que interagem dentro e fora dela (ARNAUD, 2014, p. 33, tradução nossa).

Portanto, vê-se que, aplicando os princípios da governança – como “modelo de gestão da complexidade” –, o que se pretende é a distribuição de diferentes atividades da empresa entre órgãos e agentes distintos, que não mais se relacionam de forma vertical, o que permite o exercício de controle de uns pelos outros (VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 154). Esta atividade coordenada proporciona maior transparência e responsabilidade por parte dos diversos envolvidos na atividade empresarial, de modo a controlar também a qualidade e a produtividade (ARNAUD, 2014, p. 30). Assim, os principais princípios buscados pela

governança empresarial consistem no equilíbrio e na eficiência da gestão, a partir da distribuição de funções precisas (ARNAUD, 2014, p. 34).

Por suas características, a governança mostrou-se capaz de transpor seus princípios do ambiente empresarial para o da administração pública (ARNAUD, 2014, p. 59). Dessa forma, a governança ganha destaque a partir dos anos 1980, no discurso de órgãos como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento<sup>20,21</sup>. É essencialmente caracterizada pela ideia de gestão eficaz<sup>22</sup>, compreendendo uma noção de maior abertura às instituições não estatais e à sociedade civil no processo de tomada de decisões (ARNAUD, 2007, p. 277; 2014, p. 23).

No âmbito de tais organizações internacionais, a governança consiste em uma via de atualização das formas de regulação jurídica às necessidades de um novo contexto social global<sup>23</sup>. A passagem de uma “governança corporativa” para uma “governança global” não se dá ao acaso, “uma vez que as principais instituições internacionais se estabeleceram em Nova York e Washington, no final da Segunda Guerra Mundial, era de se esperar que a atmosfera e a cultura econômica dos Estados Unidos prevaleceriam na assembleia dos últimos”<sup>24</sup> (ARNAUD, 2014, p. 64, tradução nossa). Notadamente, as práticas ligadas à governança global vinculam-se àquelas questões que não podem ser devidamente resolvidas no âmbito exclusivo dos Estados, posto que ultrapassam as fronteiras nacionais e, portanto, demandam uma ação coordenada (ARNAUD, 2010, p. 267, tradução nossa; VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 155; 2016b, p. 685).

---

<sup>20</sup> Fala-se, então, em um “ressurgimento” do termo na tradição anglófona, no último quarto do século XX. Nesse contexto, a governança inscreve-se “em uma constelação de ideias produzidas no âmbito da sociedade contemporânea, exprimiria os novos modos de gestão social produzidos pelas revoluções da informação” (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 673-674).

<sup>21</sup> Vincent Simoulin (2003, p. 313, tradução nossa) aponta, com base em uma pesquisa desenvolvida a partir da consulta da base de dados PAIS (Public Affairs Information Service), a evolução do emprego do termo “governança” nas últimas décadas do século XX.

<sup>22</sup> A respeito, ver também: Villas Bôas Filho (2018b e 2019).

<sup>23</sup> Nesse sentido, Orlando Villas Bôas Filho (2016a, p. 155) destaca que “a governança global teria sido concebida, em seu conjunto, como a gestão dos negócios mundiais no nível das organizações e das agências internacionais”. A “governança global” expõe a dimensão ideológica apontada anteriormente, pois “o funcionamento de tais instituições (egressas de *Bretton Woods*) consistiria essencialmente no enquadramento da atividade soberana dos Estados pelos regimes multilaterais de governança, a partir dos princípios componentes do que se convencionou designar ‘Consenso de Washington’: disciplina fiscal; abertura comercial; estímulo a investimentos estrangeiros; privatização de empresas públicas; desregulação e respeito ao direito de propriedade”. Ver também: Villas Bôas Filho (2016b, 2016c, 2018b e 2019).

<sup>24</sup> Orlando Villas Bôas Filho (2018b, p. 500), também destaca que essa passagem de uma “*corporate governance*” a uma “*global governance*” não é um fenômeno ocasional em razão da influência do ambiente empresarial americano na organização desses novos entes internacionais, egressas de *Bretton Woods*.

Em razão das dificuldades que as instâncias internacionais encontram para agir eficazmente na resolução desses problemas, uma vez que não podem agir através dos mecanismos de governo, elas veem na governança uma alternativa de ação. A governança global está fundada igualmente no princípio do equilíbrio e da eficiência no que se refere à gestão planetária, através de mecanismos que não se restringem ao bilateralismo típico do direito internacional. Da mesma forma, a governança global abre espaço para o envolvimento de agentes não-estatais e não detentores de soberania estatal que podem agir em cooperação com os Estados nacionais (ARNAUD, 2007, p. 278-279).

A prática de uma governança global em nada se aproxima à implementação de um governo supranacional que seria composto por membros designados pelos Estados, consiste, sim, em “coordenar, à escala do planeta, as ações do Estado, que compreendem as ações das organizações intergovernamentais, e fazendo participar as empresas transnacionais e as principais organizações não governamentais” (DELPANQUE, 2010, p. 272, tradução nossa). Assim, no nível global, a governança intenciona a produção de um “modelo de regulação global” que serviria para gerenciar as relações internacionais mediante a participação de diversos atores, até então pouco presentes na tradicional regulação jurídica internacional, tais como as ONGs, os movimentos da sociedade civil e o mercado de capitais global<sup>25</sup> (ARNAUD, 2014, p. 277-278).

Mas cabe advertir que essa coordenação entre diferentes agentes no cenário global não se dá sem assimetrias e imposição de interesses particulares. Os princípios de governança são usualmente mobilizados pelas entidades financeiras internacionais a fim de interferir na política de países que buscam os recursos daquelas. Sob a bandeira da “boa governança”, essas instituições legitimam essa interferência em políticas nacionais de países endividados (ARNAUD, 2014, p. 65).

Em todo caso, as ferramentas disponibilizadas pela governança global representam uma “transgressão selvagem – à luz da tradição legal – e brutal, de todos os espaços, não apenas econômicos e financeiros, mas também políticos, culturais e legais” (ARNAUD, 2014,

---

<sup>25</sup> Em sentido semelhante Jacques Chevallier (2003, p. 208-209, tradução nossa) destaca que “o conceito de ‘governança global’ possibilita dar conta desses complexos mecanismos de interação que ocorrem entre uma multiplicidade de atores, públicos e privados, para chegar às regras do jogo elaboradas coletivamente: a ordem internacional não é mais apenas o produto das iniciativas tomadas pelos Estados, mas o resultado de compromissos negociados entre atores de origem diversa; ao renunciar ao uso de uma soberania que se tornou amplamente ilusória, os Estados só aparecem como atores entre outros cujas estratégias são interdependentes com as de outros atores”.

p. 104, tradução nossa). Essa transgressão ocorre porque, muito frequentemente, as corporações transnacionais tomam o lugar dos atores jurídicos tradicionais – os Estados ou as organizações internacionais – no papel de produção do Direito. A isso acrescenta-se que esse novo direito produzido não possui o formato conhecido tradicionalmente – a essa nova forma costuma-se designar de *soft law*.

No contexto da globalização e da governança global o *soft law* ocupa cada vez um número maior de espaços de regulação nos diversos níveis: local, nacional, regional ou global (ARNAUD, 2014, p. 47-48). Nesses, o conceito de “Direito” está menos ligado à ideia de Estado e aparece, dentre outras, sob a forma de “normas privadas apresentadas como técnicas” como ocorre, por exemplo, no campo das certificações. Essas formas vêm, muitas vezes, a substituir o papel que pertencia à lei (ARNAUD, 2014, p. 106).

O fato de as práticas da governança pautarem-se pelas características do *soft law* também possui suas próprias implicações. Isso porque, como sublinha Arnaud (2014), as ferramentas jurídicas tradicionais – o “*hard law*” –, alicerçadas pelo Estado, retiram das competências desse seu caráter impositivo. Dessa forma, as práticas de governança, quando derivadas de organizações supraestatais – assim como ocorre em muitos casos com os standards e os indicadores –, ainda estariam dependentes da ação estatal e do direito positivo nacional para que se façam valer nos territórios nacionais<sup>26</sup>.

A despeito disso, existem casos em que as instâncias extraestatais responsáveis por essas práticas conseguem fazê-las impositivas à revelia ou mesmo por cima da vontade estatal (VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 686-687). Portanto, “a implementação dessa globalização”, feita por meio da governança, “poderá se efetuar não apenas segundo as formas jurídicas tradicionais, mas também de acordo com as políticas públicas ou outros modos de orientação política e de controle” (ARNAUD, 1999b, p. 20). Assim, no que se refere à governança e à ação direta, o Direito exerce um papel mínimo; a respeito das políticas públicas e da resolução de conflitos, o Direito pode vir a desempenhar um papel de maior importância, ainda que não tenha exclusividade (ARNAUD, 1999b, p. 186).

Com isso, verifica-se que o Estado e as formas tradicionais de produção jurídica não desaparecem no meio de ações que acompanham a governança. Entende-se, até mesmo, que o Estado e o direito estatal possuem um papel importante na implementação dessa globalização e na regulação social em âmbitos que escapam a uma regulação global

---

<sup>26</sup> Ver também: Villas Bôas Filho (2016a).

(ARNAUD, 1999b, p. 20). Não se pode negar, contudo, que a diversidade de ferramentas de regulação que caracterizam a sociedade globalizada impõe uma nova realidade ao Estado, que busca adaptar-se.

Em seu modelo tradicional, a atuação do Estado encontra-se fundada no modelo de “governo” que, em sua figura moderna designa “o complexo de órgãos que institucionalmente têm o exercício do poder” (SCABIN; SANT’ANNA; TROPER, 2010, p. 274, tradução nossa). Em sentido semelhante, André-Jean Arnaud afirma que “governar é exercer um poder, o ‘poder governamental’, ligado à soberania do Estado”. O mesmo autor entende “por ‘governo’, na linguagem corrente, esta parte da estrutura estatal que detém o poder de dirigir um Estado, de agir de forma adequada para tal, de executar as diretivas do ou dos detentores da soberania”<sup>27</sup> (ARNAUD, 1999b, p. 181-182).

Jacques Chevallier (2003, p. 206-207, tradução nossa), por sua vez define o “governo” – em um “sentido funcional” – como “a ação ou a maneira de dirigir ou governar (alguém ou alguma coisa)”, que pressupõe “uma certa concepção de poder, caracterizada por assimetria, desigualdade, unilateralidade, isto é, dando a capacidade, a quem a detém, de impor sua vontade ao destinatário”. O autor acrescenta que a ideia de “governo” enseja “a existência, ao mesmo tempo, de um foco, uma fonte (única) de poder e ‘recursos’ de todos os tipos (legais, físicos, simbólicos), permitindo ao titular fazer prevalecer suas visões”. Dessa forma, o governo está estreitamente associado ao Estado, que, por sua vez, pressupõe o princípio da soberania, pois

este princípio postula que o Estado tem um supremo poder de dominação, isto é, um poder irresistível e incondicionado que não apenas se impõe ao subjugado, sem que ele seja capaz de evitá-lo, mas ainda não conhece poder sobre ele, não está obrigado a uma regra pré-existente. (CHEVALLIER, 2003, p. 207, tradução nossa)

A ideia de “governo” variou de acordo com o tempo e em relação à sociedade a que é referido, comportando diferentes classificações. Diante da globalização, afirma-se que os governos estão passando por um processo de transnacionalização, levando a “uma radical transformação nas clássicas estruturas do Estado e, conseqüentemente, nas concepções de formas de governo” (SCABIN; SANT’ANNA; TROPER, 2010, p. 276, tradução nossa). A globalização levou a uma flutuação nos termos empregados para o debate que penderam, do tradicional “governo”, para “governabilidade” e “governança”.

---

<sup>27</sup> Ver também: Arnaud (1997).

No debate anglo-saxão, o qual se encontra mais bem desenvolvido, o termo “*government*” passa a dividir espaço com “*governability*” e “*governance*”, tendo este prevalecido a partir dos anos 1980. Assim, “*global governance*” passa a designar “uma espécie de conduta dos negócios que não seria mais absolutamente ligada a um todo-poder do gênero daquele que é ligado à soberania estatal” (ARNAUD, 2007, p. 273). Trata-se menos de algo ligado ao sentido de “governo” (“*government*”), propriamente, e mais de um sentido mais voltado às ideias de “pilotagem” ou de “orientação” (abrangidos pelo termo “*control*”).

Os dois conceitos referem-se a um comportamento visando a um objetivo, a atividades orientadas para metas, a sistemas de ordenação; no entanto, governo sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas enquanto governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências. (ROSENAU, 2000, p. 15)

Conforme aponta Jean Rosenau (2000, p. 18), a utilização desses termos pode sofrer uma série de dificuldades. Ele destaca que “em algumas línguas (o alemão, por exemplo) não há sequer uma palavra facilmente identificável que denote a governança” principalmente em razão da incompatibilidade que as práticas abarcadas por tal expressão encontram nos sistemas provenientes das culturas associadas a tais idiomas. Nos países cujos idiomas possuem uma expressão própria que se refira à “governança”, os problemas em seu uso podem não ser menores por conta das diversas ideias associadas ao termo.

Afirma o autor que a palavra “*governance*”, em inglês, possui uma série de matizes variadas em sua relação com a ideia de “governo” (“*government*”), as quais elenca nas descrições seguintes (ROSENAU, 2000, p. 18): a) a governança é, por vezes, concebida “em termos funcionais, ou seja, em termos das tarefas que precisam ser executadas para manter os entendimentos rotinizados da ordem prevalecente e que podem ou não caber aos governos”; b) em outros casos, a governança aparece “associada à capacidade de regulamentar esses entendimentos para que eles permaneçam como rotinas”; c) há autores que “associam a governança às circunstâncias em que o poder é exercido independentemente da autoridade do governo”; e, ainda, há aqueles que “interpretam a governança como uma forma de distribuir valores e consideram que são os governos que operam os mecanismos pelos quais essa distribuição é feita”.

Ademais, segundo Rosenau (2000, p. 15-16), a ideia de governança não se confunde com a de governo, pois ela é um fenômeno mais amplo do que o governo<sup>28</sup>. Pela governança, as instituições governamentais coexistem com mecanismos informais, de caráter não-governamental, “que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas”. Da governança derivam normas que não correspondem à lei substantiva em sentido estrito e que, apesar disso, possuem caráter imperativo e vinculante (ARNAUD, 2014, p. 103; VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 677).

Na linha de uma governança baseada na conduta empresarial, que segue mais práticas de direção ou condução, a governança voltada à administração pública foca-se em práticas de “regulação”, de “orientação da ação” (ARNAUD, 2014, p. 19). A partir de então, a atividade governamental passa a ser dificultada pela introdução de novas ferramentas que divergem das tradicionais. A “lei”, o “decreto” os “estatutos” e os “regulamentos” progressivamente perdem lugar para as “políticas públicas”, a “ação direta” e a “resolução alternativa de conflitos” (ARNAUD, 1997, p. 29; 1999b, p. 182; 2007, p. 133; 2014, p. 17-18; VILLAS BÔAS FILHO, 2016c, p. 256).

Acrescenta-se, ainda, que, por sua natureza, a governança é necessariamente um sistema que pressupõe a aprovação da maioria – ou, ao menos, dos mais poderosos –, “enquanto os governos podem funcionar mesmo em face de ampla oposição à sua política”. Além disso, a governança, para ser entendida como tal, é sempre eficaz “ou então não é concebida para existir efetivamente”; o governo, por seu turno, pode existir ainda que seja considerado ineficaz, ou, em outros termos, um governo “fraco” (ROSENAU, 2000, p. 16). Trata-se, então, como já foi apontado, de uma mudança de modelos de autoridade, “que implica que seja deixado, em graus variados, um certo espaço no entrelaçado fluxo de processos e mecanismos de governo, a partir do qual novas formas de gestão estão surgindo, mais abrangentes do que aquelas que tradicionalmente estão em vigor” (ARNAUD, 2014, p. 277, tradução nossa).

---

<sup>28</sup> Sobre o contraste entre “governo” e “governança”, Orlando Villas Bôas Filho (2016b, p. 677) aponta, referindo-se a Philippe Moreau Defarges, que esse “sustenta que se trata de conceitos conexos, pois seu domínio seria, em princípio, o mesmo: a organização e a gestão de estruturas coletivas (empresas, Estados, organizações internacionais etc.). Contudo, sublinha que, apesar disso, eles não se confundiriam, pois os universos em que se desenvolvem seriam distintos, uma vez que os problemas fundamentais enfrentados por um governo seriam a escassez e a unidade (ou seja, como distribuir recursos precários e limitados e como manter a coesão diante da tendência de desagregação), enquanto, no caso da governança, a abundância e a unidade são pressupostas”. Ver também: Villas Bôas Filho (2016a, 2016b, 2018b).

Diferentemente do modelo governamental, no qual o exercício do poder pelo Estado exclui qualquer possibilidade de ação que não seja a sua, na governança, encontra-se um modelo de “autoridade compartilhada”, através do “controle coletivo”, voltada à resolução de questões “globais”. O modelo da governança, contrasta fortemente com aquele que foi produzido pela filosofia jurídica moderna (ARNAUD, 1999b, p. 182-183; 2014, p. 25).

## 5 O PAPEL DA GOVERNANÇA GLOBAL NA RECONFIGURAÇÃO DO DIREITO

Pretende-se nesse tópico tecer algumas considerações acerca da relação entre o direito em sua forma tradicional e a governança. Sem esgotar as formas possíveis de se conduzir esse intento, objetiva-se apresentar algumas questões que surgem nesse contexto em que as práticas ligadas à governança coexistem com a presença do Direito desenvolvido ao longo de todo o período moderno. Em primeiro lugar, passa-se ao estudo da “regulação” no Direito a partir do qual pode-se “analisar algumas das transformações atuais do fenômeno jurídico nas sociedades contemporâneas, particularmente sob o efeito da globalização” (CHEVALLIER, 2001, p. 828, tradução nossa).

É interessante, contudo, nesse momento, colocar o que se entende por “regulação” para que se possa aprofundar a participação dessa na relação entre governança e Direito. Parte-se do entendimento de que o estudo da governança no campo do Direito é indissociável das considerações relativas ao paradigma da regulação e, por isso, merece algumas considerações. O conceito de regulação é introduzido nas ciências sociais notadamente pela via sistêmica<sup>29</sup>. Conforme aponta Jacques Chevallier (2001, p. 829, tradução nossa),

o modo de raciocínio sistêmico, que considera cada elemento da realidade social, não isoladamente, mas através das relações de interdependência e a interação que o une com os outros tem, de fato, gradualmente se estabelecido em todas as ciências sociais; a regulação tornou-se, assim, um conceito-chave tanto na sociologia quanto nos dois campos privilegiados da sociologia das relações industriais e da sociologia das organizações, na economia e na ciência política.

<sup>29</sup> André-Jean Arnaud (2007, p. 49) afirma que o conceito de “regulação” não é novo e teria sucedido ao de “regulador”. Segundo o autor, “no século XVIII, o termo ‘regulador’ era empregado em artesanato (relojaria), em mecânica celeste, em economia, em política, antes que Lavoisier o trouxesse para o campo da fisiologia animal. Depois, a biologia e as ciências sociais deram ao termo ‘regulação’ um uso privilegiado. Os economistas, em especial, associaram desde logo o conceito a modelos matemáticos”. Já os juristas não aderiram de imediato ao uso do termo, que só foi realmente incorporado no debate pautado pelas questões acerca da economia globalizada.

O conceito de “regulação jurídica”, tal qual o de “governança”, é “nebuloso e polissêmico”. Em ciências sociais, pode ser apreendido em três sentidos, que podem ser bastante variados e até mesmo contraditórios (CHEVALLIER, 2001, p. 827 e 830).

Em uma primeira concepção, a “regulação” é compreendida como “uma das funções essenciais do Direito”, que aparece como “um meio de regular a conduta” (ponto de vista externo) ou “um sistema com uma certa coesão específica, que pressupõe a existência de mecanismos reguladores destinados a eliminar quaisquer contradições” (ponto de vista interno). A figura do “terceiro regulador das relações sociais” está estreitamente ligada à figura do Estado, principalmente tendo em vista que as relações jurídicas supõem “triangulação” – Estado como “garante” ou como “árbitro” das relações<sup>30</sup>. Com isso, contudo, não se pretende negar que o Estado não é o único ente que atua na regulação social e que seu papel pode ser mais ou menos extenso (CHEVALLIER, 2001, p. 830-831).

A regulação remete, em um segundo sentido, à crise do Estado de Bem-Estar Social, na qual a regulação representa a passagem de um “Estado produtor” (Keynesiano) – que atua de forma ativa e direta na atividade econômica – para um “Estado regulador” – que se limita a estabelecer as “regras do jogo econômico”<sup>31</sup>. Aqui, o termo “regulação” adquire, também, um caráter ideológico associado ao pensamento liberal<sup>32</sup>. Assim, ao Estado Providência (intervencionista e redistributivo) teria sucedido um Estado Regulador, responsável pela “desregulamentação”<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> André-Jean Arnaud (2007, p. 52-53) aponta como para os “juristas continentais” a “regulação” aparece em um sentido oposto ao de “normatividade”, localizado, portanto, no lado oposto ao de sua atuação. Assim, na tradição romano-canônica, a expressão “regulação” – apoiada em um “substrato ideológico” passa a remeter a uma ideia de “harmonia dos interesses” e, dessa forma, à figura de um “terceiro regulador” identificado “como instância de regulação capaz ‘de transformar a diversidade em unidade, a heterogeneidade em homogeneidade, a desordem em ordem’”. Ver também: Arnaud (1997; 1999b).

<sup>31</sup> A ideia de um “Estado Regulador”, em uma primeira acepção, estaria identificada justamente ao Estado de Bem-Estar Social – o Estado que age intensivamente como intervencionista na atividade econômica. No mesmo sentido, pode-se falar em um “direito regulador” ou “direito de regulação” (CHEVALLIER, 2001, p. 832-833) associado a esse perfil de Estado que, igualmente, seria um direito voltado à determinação do comportamento social, e não meramente um “balizador” das relações. Entende-se, contudo, que nesse caso é impreciso falar em “regulação”, pois estar-se-ia mais adequadamente referindo-se ao que se entende por “regulamentação” – “direito regulamentador” ou, ainda, “direito jupiteriano” (CHEVALLIER, 2004, p. 480). A relação entre esses termos – “regulamentação” e “regulação” será abordada adiante.

<sup>32</sup> Curioso o fato de que, tendo sua origem na ideologia liberal, “o tema da regulação migrará gradualmente da direita para a esquerda, tornando-se para os herdeiros da socialdemocracia o caminho para contrabalançar os efeitos da internacionalização, concentrando-se no papel essencial do Estado como instrumento de manutenção da coesão econômica e social” (CHEVALLIER, 2001, p. 829, tradução nossa).

<sup>33</sup> A referida “desregulamentação”, conforme já se abordou, não implica o esvaziamento do Estado ou do Direito, pois ela é acompanhada de uma “re-regulação” voltada à imposição de regras destinadas a regular o jogo da competição econômica (CHEVALLIER, 2001, p. 829-830).

Em sua terceira concepção, o conceito de regulação aponta para uma nova relação com o Direito ou, mais especificamente, “com um uso diferente da técnica legal” (CHEVALLIER, 2004, p. 480, tradução nossa). A regulação jurídica, portanto, nessa acepção, dirige-se aos “novos aspectos que o direito toma nas sociedades contemporâneas confrontadas com problemas radicalmente novos” (CHEVALLIER, 2001, p. 833, tradução nossa). Relaciona-se a um direito “novo”, que não mais se identifica com o “direito jupiteriano”, o “direito regulamentador clássico” – caracterizado por ser “abstrato, geral e sem corpo” –, mas que remete ao pragmatismo, à flexibilidade, ao concreto (CHEVALLIER, 2004, p. 480).

Nesse contexto, fala-se da mudança de um Direito que atua por meio da “regulamentação” para um Direito que atua pela “regulação”<sup>34</sup> (ARNAUD, 2007, p. 27). Conforme Alain Supiot (2007, p. 159), “regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização”. Dessa forma, “regulamentar” remete ao estabelecimento de regras rígidas e impositivas, nas quais destaca-se o aspecto coercitivo do Direito; enquanto a “regulação” compreende as regras de “orientação”, que impõem limites ao comportamento, mas fornecem um espectro de ação para os atores se autodeterminarem<sup>35</sup>.

A palavra “regulação”, assim como a “governança”, deve ser compreendida tendo em vista sua origem na tradição anglófona; sua passagem para a tradição jurídica romano-canônica não se fez sem algumas divergências e confusões<sup>36</sup>. Sua apropriação está muito relacionada a um discurso político de re-legitimação de um Estado, resgatando seu papel como “princípio de ordem e de coesão”<sup>37</sup> (ARNAUD, 1999b, p. 184; 2007, p. 53). Assim, no

---

<sup>34</sup> Conforme ressaltado por André-Jean Arnaud (2007, p. 52), a expressão “*regulation*” foi antes largamente utilizada pelos economistas anglo-saxões. Inicialmente, a palavra foi traduzida para a língua francesa indistintamente como “regulação” (*régulation*) ou “regulamentação” (*regulamentation*).

<sup>35</sup> Essa oposição aparece de forma mais clara na tradição jurídica dita “continental”, onde a lei, o regulamento, aparecem como o elemento determinante pelo qual o Direito se expressa. “Nos sistemas anglo-saxões, o valor das regras postas no âmbito de regulações não estatais nunca levantou historicamente, problemas especiais. A organização comunitária básica, que caracteriza os Estados Unidos, sempre pressupôs uma participação e um controle por parte da comunidade. Daí, uma regulação que não passava necessariamente – na realidade, passava muito pouco – pela regulamentação” (ARNAUD, 2007, p. 50).

<sup>36</sup> Arnaud (2007, p. 53) afirma que essa apropriação distorcida se deveu a um “fenômeno que foi imposto aos governantes pelas transformações aceleradas já mencionadas no início, e que contribui para modelar a nova fisionomia da realidade de um mundo em vias de globalização”. Tratou-se de algo completamente novo na tradição continental e que se encontra naturalizado apesar das incompatibilidades ocultadas.

<sup>37</sup> Destaca-se que a “regulação” também é intensamente associada ao “mercado”, o qual, segundo a doutrina liberal, exerceria “uma função reguladora bem mais susceptível que o Estado de harmonizar racional e equitativamente os comportamentos” (ARNAUD, 1999b, p. 184). Ver também: Arnaud (1997).

que concerne ao exercício da função do Estado de terceiro garantidor das convenções vê-se a passagem de um Estado que atua por meio da “regulamentação” para um Estado que se serve de medidas de “regulação” (Estado Regulador).

Isso não implica dizer que o Estado abandonou a utilização de meios de “regulamentação” para exercer suas funções. É até mesmo questionável a afirmação segundo a qual esses meios estariam relegados a um segundo plano na atividade estatal, que agora também se serve de meios voltados à “regulação”. É preciso, ainda,

levar em conta o fato de que, ao lado da regulamentação – que, no sentido estrito remete à autoridade suprema do Estado no seu poder de dizer o direito – existem agora, de forma totalmente oficial, regulações feitas por organismos não pertencentes ao Estado mas investidos de poderes significativos de fiscalização e de controle. (ARNAUD, 2007, p. 53).

Pela via da governança, o Estado não aparece como protagonista, mas como “árbitro do jogo social”. Dessa forma, o Estado passa a negociar de forma permanente com os demais atores a fim de “construir os compromissos necessários”. Trata-se, ademais, de “um Estado que não procura mais conceber e impulsionar a mudança, mas antes de tudo intervir para amortecer as tensões, resolver conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio geral” (CHEVALLIER, 2001, p. 829-830, tradução nossa).

Essas considerações feitas acerca da “regulação” interessam ao presente trabalho por sua associação ao tema da “governança”. Conforme Jacques Chevallier (2005, p. 130), a “regulação” foi absorvida pelos juristas, sendo particularmente familiar aos sociólogos do Direito; em contrapartida, os juristas ainda apresentariam uma certa resistência no que concerne à governança. Esse fato é objeto de estranhamento justamente pela ligação que há entre ambas.

Para o autor, a regulação está ligada a uma “certa função a exercer”, “certos objetivos a atingir”, ligados à manutenção do equilíbrio e exercício das funções de determinado sistema; a governança, por sua vez, estaria consubstanciada na ideia de poder que subjaz a concretização desses objetivos (CHEVALLIER, 2005, p. 130).<sup>38</sup> Nesse sentido, entende-se que, se a regulação está voltada para as operações que atuam na manutenção da unidade e a reprodução do conjunto, a governança compreenderia os meios para tanto (regras, recursos, informações) e sua distribuição entre os atores envolvidos. Em razão da parceria que existe

---

<sup>38</sup> Para uma definição sucinta de poder, ver: Gonçalves, Fonseca, Villas Bôas Filho e Canaparo (2010).

entre ambas, que já pode ser evidenciada pelas semelhanças na caracterização das duas, pretende-se abordá-las de forma conjunta para tratar de sua relação com o Direito.

Assim, pode-se sintetizar os usos que se faz da “regulação” em duas orientações distintas. Por um lado, remete-se à “análise dos processos pelos quais qualquer grupo social consegue manter sua coesão e garantir sua sobrevivência, apesar da diversidade de interesses que existe em seu seio”; por outro, à “análise dos processos de mudança nas sociedades contemporâneas, em que a crescente complexidade dos problemas requer o uso de mecanismos mais flexíveis de coordenação e integração” (CHEVALLIER, 2001, p. 830, tradução nossa). A partir da primeira, pode-se perguntar se o Direito, atingido pelas práticas da “regulação” é capaz de exercer sua função e manter sua unidade. A partir da segunda, mais próxima da ideia de “governança”, indaga-se se o Direito em sua concepção moderna se encontra superado diante dos novos meios mais flexíveis e consensuais de regulação. Nos limites cabíveis a essa pesquisa, pretende-se fazer alguns apontamentos no que concerne a essas questões, partindo-se da primeira.

As noções de “complexidade” e de “complexificação” estão muito associadas à globalização (CAETANO; JACQUINET, 2010, p. 73). Os problemas característicos do mundo contemporâneo, que ultrapassam as fronteiras tradicionais, exigem reações que provêm de sistemas de tomada de decisão que também se complexificam, especialmente em função da multiplicidade de atores que pretendem participar desse processo. A instância tradicional de regulação jurídica – o Estado-nação – perde espaço para instâncias que se encontram aquém ou além dele, enfraquecendo o poder de suas decisões, que muitas vezes não são aptas a responder às novas demandas (CAETANO; JACQUINET, 2010, p. 74).

No que se refere especificamente ao Direito, esse processo remete à pressão que as estruturas jurídicas sofrem para responder a uma interação econômica e uma dinâmica da constituição social que não são mais as mesmas. As mudanças impostas pelo processo de globalização não podem “senão modificar totalmente os quadros tradicionais dentro dos quais funcionam tanto os direitos nacionais quanto o direito internacional” (ARNAUD, 2007, p. 67-68). A presença dessas diversas instâncias, bem como da inevitável interação entre as mesmas, põe em evidência, no entender de André-Jean Arnaud, uma pluralidade de ordens e racionalidades jurídicas distintas, não reconhecidas pelo monismo jurídico moderno.

Muito embora o contexto da globalização leve à fragilidade da soberania nacional e das ferramentas jurídicas tradicionais, esse fenômeno deve ser cuidadosamente avaliado para

que não se chegue a conclusões precipitadas. Conforme afirma Celso Fernandes Campilongo, em termos sistêmicos, a globalização representa o aumento da complexidade social e, enquanto tal é vista como algo positivo. “Se entendermos complexidade como crescimento de alternativas de escolha, a globalização representa um salto qualitativo em vários aspectos” (CAMPILONGO, 2011, p. 125). O que se questiona por vezes é se, no contexto globalizado, o Direito é capaz de manter sua identidade em relação aos demais subsistemas.

A resposta a essa questão depende em grande parte do que se entende por “sistema jurídico”. Se compreendido a partir de seus aspectos formais – tais como “unicidade, estatalidade das fontes, hierarquia de normas, completude do ordenamento, coerência” –, muito possivelmente chegar-se-á à conclusão de que o sistema jurídico se encontra desfigurado (CAMPILONGO, 2011, p. 140). Porém, uma vez afirmada a capacidade de o Direito transformar suas estruturas para corresponder à evolução necessária, é igualmente incerta a afirmação de que o Direito deixa de existir enquanto tal em razão da perda de suas características associadas ao seu desenvolvimento durante a modernidade.

Vale destacar, nesse ponto, que, para Jacques Chevallier (2001, p. 838-839, tradução nossa), a unidade do Direito encontra-se, comumente, associada à “unidade do ordenamento jurídico estatal”, garantida “pelos princípios que controlam a organização administrativa”. Essa unidade é, portanto, assegurada, ao menos formalmente, pelo estabelecimento de “laços de subordinação jurídica”, associado, principalmente, ao estabelecimento de ordens hierárquicas. Assim, a fragmentação da regulação estatal – resultada da “proliferação de organismos com capacidade de ação autônoma” – gera dificuldades para a manutenção da ordem, posto que essas outras formas de regulação não se encontram posicionadas na “ordem hierárquica”.

Apesar disso, segundo o autor, “a existência de múltiplos focos de regulação não significa o fim de qualquer princípio de ordem”, uma vez que essas regulações atuam sobre espaços sobrepostos, elas são levadas a ordenar-se de algum modo. Dessa forma, “se encontramos no arranjo desta ordem alguns aspectos que evocam o modelo vertical tradicional, essa construção não se inspira menos em uma lógica diferente, de tipo horizontal” (CHEVALLIER, 2001, p. 841). Nesse sentido,

a hierarquização, portanto, não mais constitui o princípio da integração de uma ordem que se tornou policêntrica; além disso, não é muito compatível com a nova lógica de um “direito de regulação” que enfoca a elasticidade e a flexibilidade, e não a restrição; também a articulação passará por mecanismos de ajuste mais difusos. (CHEVALLIER, 2001, p. 842, tradução nossa)

Os “dispositivos de controle”, portanto, não são compreendidos como “um todo coerente”, mas constituídos por “níveis hierárquicos sobrepostos”. Trata-se de regulações justapostas, dotadas de racionalidades específicas. Fala-se, então, em “hierarquias descontínuas”, “hierarquias emaranhadas”, “pirâmides inacabadas” ou, ainda, “loops estranhos”. Aliás, alguns autores concebem o tratamento dessa questão como uma tarefa de “ordenar o múltiplo”, servindo-se de “métodos destinados a obter coerência e assegurar a compatibilidade de normas de várias origens”. Nesses casos, “falaremos de ‘interlegalidade’ ou ‘internormatividade’<sup>39</sup> para caracterizar esses processos de comunicação e troca entre ‘espaços jurídicos’ diferentes, ‘ordens jurídicas’ distintas” (CHEVALLIER, 2001, p. 843, tradução nossa). Muitos autores, no tratamento desse tema, incursionam pela via do “pluralismo jurídico” (CAMPILONGO, 2011, p. 140-141).

Uma via possível de compreensão consiste em interpretar a existência de diversos sistemas jurídicos (polissistemia), de modo que nem todos seriam pautados pela mesma racionalidade ligada ao direito moderno. Contudo, entende-se que adotar a abordagem exposta por Arnaud no que se refere à “polissistemia simultânea” – que parece ser a mais pertinente ao caso – obrigaria reconsiderar a ideia de que o Direito é caracterizado por ser o “direito posto por uma decisão”. Tal perspectiva leva à observação dos “direitos alternativos” que não foram escolhidos para ser o direito oficial (os direitos “depostos” por uma decisão), mas que não deixam de existir e apresentar efeitos.<sup>40</sup>

A consideração acerca de se tais sistemas podem ser entendidos como jurídicos e se isso compromete a identidade de um sistema jurídico concebido para ser único, completo e coerente não possui uma formulação definitiva. Tal discussão passa por abordagens que consideram que acima do Direito em sua concepção formalista há uma categoria mais ampla que compreende “juridicidades” pautadas por qualidades distintas<sup>41</sup>. Assim, é possível que as práticas de governança representem um sistema jurídico menos focado como um “sistema

---

<sup>39</sup> É curioso notar como, a despeito de buscarem englobar ordens com racionalidades jurídicas distintas, ao fazer-se referência a “interlegalidade” ou “internormatividade” esses autores não deixam de se pautar pelas ideias de “lei” e de “norma”, as quais não podem ser compreendidas como parâmetros universais para a regulação. Na linha do que é apontado por Étienne Le Roy, o direito ocidental – compreendido tão somente como uma forma de expressão de um campo mais amplo – é marcado pela “nomologia”, uma “ciência da regra” e, também, um “culto à lei”. Esse referencial, contudo, é muito próprio da tradição jurídica ocidental, não aparecendo em primeiro plano nas demais, pautadas por racionalidades distintas (VILLAS BÔAS FILHO, 2014, p. 301).

<sup>40</sup> A respeito, ver: Villas Bôas Filho (2018c).

<sup>41</sup> Destaca-se, por exemplo, a abordagem acerca da “juridicidade” e do “tripé jurídico” apresentada por Étienne Le Roy. Ver: Villas Bôas Filho (2014, 2015 e 2020).

de normas” e mais voltado a considerar um “sistema de comportamentos” (ARNAUD; DULCE, 2000, p. 328-330).

Nesse sentido, a resposta para a pergunta sobre se o Direito permanece sendo um sistema autônomo dos demais subsistemas sociais passa pela avaliação de em que medida ele permanece capaz de cumprir sua função. Isso porque o Direito, confrontado com a complexidade crescente de seu ambiente, é “frequentemente acusado de não garantir expectativas de direitos e de não se ajustar ao aumento das possibilidades de ação e escolha geradas pela revolução tecnológica” (CAMPILONGO, 2011, p. 140). Não há como, nos limites desse trabalho, estender a busca por soluções a esse problema, mas pode-se dizer, com base no que já foi exposto, que o Direito em sua forma tradicional perde espaço no exercício de sua função para outras formas regulatórias que emergem de outros *locus* de autoridade.

A partir dessa consideração, chega-se à segunda questão proposta acima, sobre em que medida o surgimento dessas novas formas de regulação representa o esvaziamento do papel do Direito. Em outras palavras, trata-se de questionar até que ponto práticas identificadas com a governança representam uma “alternativa ao Direito” ou se essas tratam, antes, de uma “outra face do Direito”. Jacques Chevallier (2005, p. 130) procurou trabalhar as formas pelas quais o Direito e a governança coexistem separadamente, as formas pelas quais o Direito interfere nas práticas de governança e aquelas pelas quais a governança transforma o Direito, seu trabalho pode fornecer importantes contribuições.

A primeira hipótese apresentada pelo autor aponta para a existência de uma “governança à margem do direito”; nesse caso, a governança existe de forma “exterior ao direito”, aparecendo como uma alternativa a ele. Para o autor, essa compreensão entende que a governança aparece como um outro estilo de ação pública, pela qual adotar-se-ia formas mais flexíveis e coletivas de tomada de decisões. Nesse sentido, a governança funcionaria “fora dos procedimentos formais de edição do direito – cuja configuração continua a mesma”.

Admite, no entanto, o autor, que “esse novo estilo de ação pública traz consigo representações e valores diferentes daqueles sobre os quais repousa o modelo jurídico clássico” (CHEVALLIER, 2005, p. 130). É principalmente em razão da “lógica da eficiência” a qual a governança está necessariamente associada que ela se separa do Direito. A governança aparece como “alternativa ao direito” também em razão de diferenciar-se desse

ao não possuir o mesmo caráter imperativo; de maneira diversa, “a governança provém de uma *abordagem pluralista e interativa* da ação coletiva” (CHEVALLIER, 2005, p. 131).

A governança atua, portanto, quando o Direito, por seu caráter autoritário, não é capaz de dar soluções satisfatórias a problemas nos quais participam diversos atores sociais. No âmbito global, a “governança global” vem “para dar conta da emergência na vida internacional de novas categorias de atores, que vieram abalar o monopólio que os Estados detinham sobre as relações internacionais”. Ali, onde os mecanismos jurídicos interestatais tradicionais não cumprem as expectativas neles depositadas, as práticas de governança ocupam espaço, uma vez que essas são capazes de incluir nos processos de produção de regulação social outros atores interessados em intervir (CHEVALLIER, 2005, p. 131-132).

Muito embora possa-se dizer que a governança se desenvolve em espaços que o Direito apresenta dificuldades para ocupar, isso não implica falar que não haja pontos de contato, assim como que ambos não atuem conjuntamente em espaços comuns. Contudo, há que se frisar que a governança – essencialmente informal – distingue-se fortemente do formalismo característico da produção pela via do Direito. Assim, mesmo que se afirme a compatibilidade de ambos, a governança, ao esvaziar certas normas jurídicas de seu conteúdo, acaba por levar a “uma desvalorização da concepção tradicional do direito”<sup>42</sup> (CHEVALLIER, 2005, p. 133).

A prática jurídica tradicional, presa à ideia de “regulamentação” pode se tornar demasiadamente ineficiente por suas características: “por sua uniformidade, ela se adapta mal à diversidade das situações; por sua estabilidade, ela rapidamente se torna obsoleta; por seu aspecto coercitivo, ela suscita reações de passividade e de fuga” (CHEVALLIER, 2005, p. 133). Dessa forma, em um caso extremo, a partir do entendimento de que estaria mais apta a responder aos conflitos atuais, enxerga-se a governança não mais como uma alternativa – capaz de ocupar espaços “relegados” pelo direito –, mas como um substituto ao Direito nos espaços em que esse se consolidou como o instrumento primordial de tomada de decisões. Pode-se apontar, nesse sentido, a predominância que vem adquirindo a ação da Administração Pública por meio de “políticas públicas” – área na qual se prima pela eficiência

---

<sup>42</sup> Pode-se afirmar que tão somente o fato de as práticas de governança penetrarem nos interstícios do espaço antes ocupado pelo Direito, ou os “novos” espaços advindos da integração global, e apresentarem-se como formas mais adequadas para se chegar às respostas aos problemas complexos leva à desvalorização do Direito, que se torna inadequado, demasiadamente rígido e lento, em suma, ineficiente às demandas do contexto contemporâneo (CHEVALLIER, 2005, p. 134).

– que, conforme já foi abordado, pode não seguir os canais tradicionais do Direito (CHEVALLIER, 2005, p. 134).

Entretanto, é possível que seja demasiadamente radical a afirmação de que a governança substitui o Direito em muitos casos. Como se tratou, a “desregulamentação” não passa, no mais das vezes, por uma “desregulação” e o Direito, mesmo que impactado pela governança fornece a essa “um ambiente institucional para se desenvolver” que, com exceção de casos isolados, lhe é indispensável (CHEVALLIER, 2005, p. 135). Ao exercer essa função, passa a ser o Direito aquele que age sobre a governança, de modo a influenciar suas formas de expressão.

Essa “juridicização da governança” decorre do fato dessa, para desenvolver suas práticas de negociação e seu complexo procedimento de tomada de decisão, necessitar do estabelecimento de “um quadro claro de interação, em que sejam definidas certas regras do jogo”. Assim, nos moldes em que a governança é pressuposta a funcionar, em muitos casos, não se dispensa uma “exterioridade institucional”, ou seja, uma instância externa às partes em negociação que não somente forneça o espaço e a distribuição de recursos necessários, mas, também, que atribua, no final do processo, uma força obrigatória à decisão a que se chega – para o que, no mais das vezes, ainda se faz necessária a presença do Direito e, particularmente, do direito do Estado (CHEVALLIER, 2005, p. 135-136).

Fala-se, por vezes, na “procedimentalização da governança”, posto que em determinadas situações, a distribuição das “regras do jogo” far-se-á por meios propensos à oficialização e à formalização<sup>43</sup>. A procedimentalização, que se dá, por exemplo, em relação à participação de diversos atores, tende, de forma geral, à institucionalização dessa participação, que se faz nos moldes do direito tradicional. Mas, ao lado da “procedimentalização” – que aparece para construir o caminho e fornecer os meios para o desenvolvimento da governança –, essa é levada em direção à formalização também pela via da “contratualização” – a qual consistiria, ainda, na via privilegiada de atribuir segurança às decisões tomadas (CHEVALLIER, 2005, p. 138).

Conforme já foi dito, o contrato, a despeito das transformações pelas quais passou ao longo do tempo, é uma figura que está longe de ser nova e possui um papel de destaque ao

---

<sup>43</sup> Algumas dessas práticas se consubstanciaram em figuras como as “consultas públicas”. Se inicialmente essas aparecem para abrir à participação dos grupos de interesses, diante a complexificação dos sistemas de tomada de decisões esses procedimentos são ampliados para um número crescente de participantes. Esse processo pode ser identificado tanto no âmbito nacional como entre os entes internacionais (CHEVALLIER, 2005, p. 136).

fornecer segurança às relações jurídicas. Mesmo não se tratando de um fenômeno novo, a contratualização “passa por um desenvolvimento espetacular”, consubstanciando a “flexibilização” que vem sendo imposta ao Direito, que atua crescentemente pela via do contrato em suas diferentes formas. O contrato possui uma afinidade peculiar com a ideia de governança, por se tratar de um “acordo de vontades” que pressupõe a existência de atores autônomos em interação e cooperação e, ao mesmo tempo, pressupor um processo de negociação que visa a “definir os contornos de uma ação comum” (CHEVALLIER, 2005, p. 139).

Os “contratos” no âmbito interno e as “convenções” no âmbito internacional atuam como uma forma de articulação entre os diversos atores envolvidos na produção de regulação jurídica, bem como na definição de políticas públicas. Assim, “a técnica contratual aparece como o meio de fazer cooperar diversos atores, situados tanto no interior como fora do Estado e dotado de racionalidades divergentes” (CHEVALLIER, 2005, p. 140-141). O contrato, como estabilizador das relações jurídicas<sup>44</sup>, encontra diferentes formas de “sustentação” no contexto contemporâneo, no qual a figura do terceiro garante não é mais, tão somente, identificada com o Estado, mas revezado por diversos entes; a despeito disso, ele “constitui um instrumento privilegiado de formalização da governança” (CHEVALLIER, 2005, p. 138-139).

O terceiro cenário trabalhado por Chevallier (2005, p. 141) consiste no estudo dos modos pelos quais a governança atua sobre o Direito, de modo a alterar as formas jurídicas tradicionais. Conforme o autor, em um primeiro momento, pode-se levar a crer que a governança se desenvolve sem exercer qualquer impacto no Direito, de modo que ambos coexistiriam de forma compatível. Contudo, há que se considerar a qualidade radicalmente distinta da normatividade jurídica que se encontra na concepção de governança, a qual compreende uma “direção jurídica autônoma” e uma “direção jurídica não autoritária” das condutas.

Entende-se que as mudanças mais significativas pelas quais o Direito passa decorrem da mudança ocorrida nas “relações de autoridade” no mundo contemporâneo. “Profundamente marcado pela unilateralidade, o direito apresenta-se classicamente como um ‘ato de autoridade’, pelo qual um autor, investido de um poder de comando, impõe certas

---

<sup>44</sup> Em relação à função desempenhada pelo contrato na manutenção da “segurança jurídica”, Jacques Chevallier (2005, p. 139) fala em uma “uma moldura contratual [que] tem como efeito assegurar a estabilidade e a perenização do sistema de relações criado entre os diferentes atores envolvidos”

normas de conduta aos destinatários”. Contudo, uma extensa posição de “autoridade” é dificilmente alcançada por um único ente e sua manifestação não é mais condição suficiente para tornar o direito por ele produzido uma expressão impositiva. Portanto, “a participação à determinação da norma torna-se a garantia de seu fundamento; o direito torna-se assim um *direito negociado*, que aparece como o fruto de uma deliberação coletiva” (CHEVALLIER, 2005, p. 141-142).

Assim, o Direito que se faz impor é aquele que menos se faz sentir impositivo, mas que, isso sim, supõe a participação de seus destinatários em sua elaboração – participação essa que não mais se restringe à via representativa. As práticas de governança, sendo mais flexíveis e adaptáveis ao concerto dos atores em situação, permitem, quando inseridas no Direito, relegitimar o processo de tomada de decisão que, se fazendo por meio da consulta aos diversos atores envolvidos se vê enriquecido pelas trocas de informações. Uma vez impostas essas exigências à tomada de decisão jurídica, “a unilateralidade torna-se, portanto, apenas aparente e dissimula uma *divisão de fato* do poder de decisão” (CHEVALLIER, 2005, p. 142).

Dessa forma, seja visando à eficácia ou à legitimação por meio de uma concepção de democracia mais ampla, a produção jurídica obedece crescentemente às exigências de uma decisão negociada. Nesse sentido, a distinção entre ato unilateral e contratual se obscurece, gerando formas híbridas de tomada de decisão jurídica. Por essas vias, as práticas de governança mudam tanto o conteúdo quanto a forma das regras jurídicas.

Mesmo se a regra de direito se exprime formalmente no imperativo, esse imperativo torna-se a expressão de um dever ser construído coletivamente. Correlativamente, as fronteiras do direito perdem sua precisão: a especificidade da norma jurídica em relação outros dispositivos normativos tornam-se menos evidente. (CHEVALLIER, 2005, p. 143)

Resta, portanto, no dizer de Chevallier (2005, p. 144), duas linhas de compreensão desse “direito de governança”: uma na qual ele é “concebido como resposta a certos problemas específicos e situado à margem do direito clássico”, e outra na qual ele aparece “como ilustração de uma tendência forte de evolução do direito nas sociedades contemporâneas”. Para ele, é nesse ponto que abordagens acerca do “direito de regulação” se fazem elucidativas, notadamente, na vertente que enxerga o “direito de regulação” como

um “novo direito”<sup>45</sup>. Esse “novo direito”, conforme já foi exposto, aparece em oposição ao “direito regulamentar”, de caráter abstrato, impessoal e geral, identificando-se com um direito adaptado ao concreto e aos indivíduos sobre os quais pretende incidir.

Segundo o autor, “a problemática da governança engloba e ultrapassa a da regulação”, pois compreende – além do pressuposto de formas mais flexíveis de ação – “as formas de exercício do poder necessárias para atingir esses objetivos”. Assim, a eficácia do “direito de regulação” dependerá da forma pela qual ele incorpore a “filosofia pluralista e interativa que está no centro da lógica de governança” (CHEVALLIER, 2005, p. 144-145). Concebida nesses termos, fica evidente a capacidade que possui a governança para transpor suas práticas a diversos âmbitos sociais, além do Direito.

## 6 CONCLUSÃO

Diante da perda de capacidade da forma jurídica tradicional de estabilizar as relações nesse contexto de complexidade, indicou-se novas expressões que procuram dar conta dessa realidade. Nessa tentativa de abarcar as novas formas de regulação social desponta o instrumental fornecido pela ideia de governança. Essa procura, através de novos meios de organização, abranger a participação desses diversos atores que ganham destaque.

Nesse sentido, abordou-se o tema da governança a partir da sua distinção com relação a uma “regulamentação jurídica tradicional” e pela delimitação de suas características conceituais. Tratando-se de um conceito de difícil definição e que abrange uma série de fenômenos, expôs-se que se deve compreender a governança como uma manifestação plural, pois é capaz de assumir diversas formas a depender de seu propósito, dos atores que a praticam, do seu lugar de surgimento, do contexto e que opera, do nível em que se situa e do campo a que é chamada a administrar.

A governança global aparece na adoção de medidas originalmente desenvolvidas no âmbito empresarial por entidades internacionais, as quais pregavam pela transparência, pela

---

<sup>45</sup> Contudo, há que se relativizar a “novidade” contida nessas práticas, pois, como se viu, mecanismos de “acordo negociado” e “consultas públicas” já se encontram presentes na tradição jurídica (CHEVALLIER, 2005, p. 145). Nesse sentido, “se vemos uma nova concepção de direito emergir com a regulação, isso não significa que ela substitua as formas jurídicas clássicas, ou mesmo que estamos na presença de uma configuração jurídica radicalmente nova” (CHEVALLIER, 2004, p. 481, tradução nossa). Tem-se, como já foi dito, um direito híbrido, que combina formas de “*hard law*” com “*soft law*”. Porém, é precipitado dizer que se trata de uma mudança na racionalidade jurídica moderna pelo advento de um direito “pós-moderno”.

eficiência e pela ação coordenada. Ela compreende, como foi dito, um meio de solução de problemas advindos do novo contexto global e que escapam ao âmbito de ação exclusivo dos Estados nacionais. A governança a nível global, portanto, intenciona a produção de um “modelo de regulação global” que serviria para gerenciar as relações internacionais mediante a participação de diversos atores até então pouco presentes na tradicional regulamentação jurídica internacional, tais como as ONGs, os movimentos da sociedade civil e o mercado de capitais global

Como procurou-se demonstrar, a atuação tradicional do Estado fundava-se no modelo de “governo”, caracterizado pela presença da soberania, o monopólio da produção do Direito, pela assimetria, desigualdade, unilateralidade e hierarquia. A ideia de governança, por sua vez, não se confunde com a de governo, pois representa uma articulação horizontal e rizomática entre atores que vão além dos Estados nacionais. Trata-se, portanto, conforme foi abordado, de uma mudança nos modelos de exercício da autoridade, que passa a ser uma “autoridade compartilhada” voltada à gestão de questões globais.

Ao tratar da questão de como a governança global atua na reconfiguração do Direito, apresentou-se, segundo a abordagem desenvolvida por Jacques Chevallier, três formas de interrelação: a governança existindo à margem do Direito, o Direito influenciando nas práticas da governança e a governança transformando o Direito. Em relação à primeira possibilidade, viu-se que a governança, por suas características particulares, dividiria espaço com as formas jurídicas tradicionais onde essa não se fizesse presente. Tratar-se-ia de um outro estilo de ação pública, qualificado por formas mais flexíveis e coletivas de tomada de decisões.

Por outro lado, como procurou-se demonstrar, a falta de um ambiente institucional pode vir a inviabilizar as práticas de governança e, em razão da ausência desse amparo, ela pode exercer mal sua função. Assim, como foi dito, para atribuir maior segurança às decisões tomadas pela via da governança ela está sujeita à institucionalização pelos mecanismos do Direito, dá-se, então, a “juridicização da governança”. Os meios mais emblemáticos pelos quais ela ocorre consistem na “procedimentalização” e na “contratualização”.

A terceira hipótese apresentada, consistiu nas formas pelas quais a governança vem a influir no direito tradicional. Afirmou-se que há que se considerar a qualidade radicalmente distinta da normatividade jurídica que se encontra na concepção de governança, a qual compreende uma “direção jurídica autônoma” e uma “direção jurídica não autoritária” das condutas. O Direito, na contemporaneidade, demanda formas alternativas de legitimação

para se fazer eficaz e, conforme apontado, essas vias passam pela abertura à participação de atores interessados na produção normativa.

A governança, por sua vez, é vista como uma nova via de tomada de decisão que estaria mais apta a se adequar ao cenário da sociedade contemporânea. Difere em muitos aspectos do regime jurídico tradicional baseado nos ideais positivistas de regulamentação jurídica. Ela se inspira em um modo de gestão, fundado em uma conduta empresarial dissociada da soberania do Estado, mais associada ao conceito de “regulação” – expresso em mecanismos de “pilotagem” – do que “regulamentação” – fundada em documentos normativos que prescrevem normas gerais impessoais sancionadas.

Tomando o Direito como um *locus* privilegiado de exercício de poder e autoridade, diretamente ligado aos modelos clássicos de “governo”, não se pode descartar a ideia de governança como instrumental para a análise das novas formas de produção do Direito que se apresentam na contemporaneidade. Tomada essa como um instrumento de exercício da ação negociada, entre diversos atores com racionalidades distintas, a governança apresenta-se como um recurso à gestão da complexidade, na qual diversas instâncias de regulação pretendem coexistir. Diante da demanda por participação desses diversos atores, que por vezes usurpam as funções antes atribuídas ao aparelho estatal, impõem-se alternativas de condução da ação pública diferentes das tradicionais formas de regulação jurídica, marcadas pela hierarquia e a presença da soberania.

## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. De la régulation par le droit à 1’heure de la globalisation. Quelques observations critiques. *Droit et société*, Paris, n. 35, p. 11-35, 1997. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/dreso\\_0769-3362\\_1997\\_num\\_35\\_1\\_1395](https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1997_num_35_1_1395). Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas. In: ARNAUD, André-Jean et al. (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999a.

\_\_\_\_\_. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999b.

\_\_\_\_\_. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização*. Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007. v. 2.

\_\_\_\_\_. *La gouvernance: un outil de participation*. Paris: LGDJ – lextenso éditions, 2014.

- \_\_\_\_\_; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_; SIMOULIN, Vincent. Gouvernance. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 266-269.
- BARON, Catherine. La gouvernance: débats autour d'un concept polysémique. *Droit et Société*, Paris, v. 54, n. 2, p. 329-349, 2003. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2003-2-page-329.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- CAETANO, João Carlos Relvão; JACQUINET, Marc. Complexité. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 76-77.
- CAILLOSSE, Jacques. Action Publique. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 24-26.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPELLER, Wanda; SIMOULIN, Vincent. La gouvernance: du programme de recherche à la transdisciplinarité. Présentation. *Droit et société*, Paris, n. 54, p. 301-305, 2003/2. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2003-2-page-301.htm>. Acesso em: 24 nov. 2018.
- CHEVALLIER, Jacques. La régulation juridique en question. *Droit et société*, Paris, n. 49, p. 827-846, 2001/3. Disponível em: [https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2001-3-page-827.htm?try\\_download=1](https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2001-3-page-827.htm?try_download=1). Acesso em: 24 nov. 2018.
- \_\_\_\_\_. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 105-106, p. 203-217, 2003/1. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-203.htm?contenu=resume>. Acesso em: 24 nov. 2018.
- \_\_\_\_\_. L'état régulateur. *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 111, p. 473-482, 2004/3. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2004-3-page-473.htm?contenu=resume>. Acesso em: 24 nov. 2018.
- \_\_\_\_\_. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 3, n. 12, p. 129-131, 2005.
- DELPLANQUE, Marc. Gouvernance globale. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 272-275.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- \_\_\_\_\_. *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. A globalização econômica e sua arquitetura jurídica (dez tendências do direito contemporâneo). In: FARIA, José Eduardo. *Baú de ossos de um sociólogo do direito*. Curitiba: Juruá, 2018a. p. 237-258.
- \_\_\_\_\_. Policentrismo x soberania: as novas ordens normativas. In: FARIA, José Eduardo. *Baú de ossos de um sociólogo do direito*. Curitiba: Juruá, 2018b. p. 259-274.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; FONSECA, Márcio Alves; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; CANAPARO, Claudio. Pouvoir. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 415-419.
- KATAKOA, Eduardo Takami; ARNAUD, André-Jean. Droit. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.); *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 156-159.
- KOERNER, Andrei. Droit VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Norme. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.); *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 151-156.
- ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto (Orgs.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 11-46.
- SCABIN, Flávia; SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano; TROPER, Michel. Gouvernement. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 275-278.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Norme. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 376-379.
- SIMOULIN, Vincent. La gouvernance et l'action publique: le succès d'une forme simmélienne. *Droit et société*, Paris, n. 54, p. 307-326, 2003/2. Disponível em: [https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2003-2-page-307.htm?try\\_download=1](https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2003-2-page-307.htm?try_download=1). Acesso em: 24 nov. 2018.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Différentiation fonctionnelle. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation: droit, science politique, sciences sociales*. Paris: LGDJ, 2010. p. 144-148.

\_\_\_\_\_. Juridicidade uma abordagem crítica à monolatria jurídica como obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 281-325, jan./dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89235>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 159-195, 2015b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16050>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. O impacto da governança sobre a regulação jurídica contemporânea: uma abordagem a partir de André-Jean Arnaud. *Revista Eletrônica de Direito e Sociologia*, Canoas, v. 4, n. 1, p. 145-171, mai. 2016a. Disponível em : <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2318-8081.16.16>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 670-706, 2016b. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/64>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. As transformações da regulação jurídica na sociedade contemporânea: a governança como paradigma. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 251-259, jan./abr. 2016c. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59462/57853>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. André-Jean Arnaud: l'homme derrière l'œuvre. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 112, p. 323-343, jan./dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/149488>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. O desenvolvimento dos estudos sociojurídicos: da cacofonia à construção de um campo de pesquisa interdisciplinar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 113, p. 251-292, jan./dez. 2018a.

\_\_\_\_\_. Por um delineamento conceitual da complexidade social: as experiências do Mercosul e do orçamento participativo na análise de André-Jean Arnaud sobre a governança. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 23, n. 2, p. 491-520, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13379>. Acesso em: 24 nov. 2018b.

\_\_\_\_\_. Uma proposta alternativa de modelização sistêmica para a análise crítica da regulação jurídica: a perspectiva de André-Jean Arnaud. In: AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (Orgs.). *Teoria crítica dos sistemas?: crítica, teoria social e direito*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018c. p. 321-360

\_\_\_\_\_. Ce que la sociologie juridique de l'Amérique Latine doit à André-Jean Arnaud: l'exemple de l'analyse de l'expérience du Mercosur dans le cadre de son étude de la

gouvernance. In: CAPELLER, Wanda; COMMAILLE, Jacques; ORTIZ, Laure (Dirs.).  
*Repenser le droit: hommage à André-Jean Arnaud*. Paris: LGDJ, 2019. p. 101-110.

\_\_\_\_\_. Taking "European anomaly" seriously: the limits of the empirical adequacy of  
Niklas Luhmann's sociological description of law in the world society. In: BARROS, Marco  
Antonio Loschiavo Leme de; AMATO, Lucas Fucci; FONSECA, Gabriel Ferreira (Orgs.).  
*World Society's Law: rethinking systems theory and socio-legal studies*. Porto Alegre:  
Editora Fi, 2020. p. 35-70.

**APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DO  
PRECEDENTE JUDICIAL: A “RATIO DECIDENDI” DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11**

*IMPROVEMENT OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM FROM THE JUDICIAL  
PRECEDENT: THE “RATIO DECIDENDI” OF BINDING NUMBER 11*

Luís Henrique Barbante Franzé;<sup>1</sup>

Giovane Moraes Porto.<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente texto analisa técnicas adotadas nos sistemas da “common law” e da “civil law” para a garantia da uniformização do entendimento jurisprudencial. Após, examina o instituto das súmulas vinculantes e a utilização de mecanismos próprios do precedente judicial, em especial, a “ratio decidendi” para o aperfeiçoamento da construção e aplicação das súmulas. Assim, analisar-se-á a Súmula Vinculante nº 11, verificando sua redação e os casos que embasaram sua criação, a fim de compreender e delimitar os requisitos para sua aplicação, implicando em uma segurança jurídica aos jurisdicionados e previsibilidade em sua aplicação, não ficando à mercê da consciência de cada julgador de forma solipsista. O objetivo desta pesquisa é buscar, na cultura da “common law”, critérios da “ratio decidendi” que gerem maior confiabilidade na aplicação da referida Súmula, além de propor uma nova redação para ela. A metodologia utilizada é de caráter dedutivo a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, inclusive originária da cultura da “common law”. É esperado chamar atenção dos operadores do direito para a importância do debate sobre a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a aplicação da Súmula Vinculante nº 11.

**Palavras-chave:** “Ratio decidendi”. Súmula vinculante. Segurança jurídica. Uso de Algemas.

**Abstract:** The present text aims to analyze techniques adopted in the common law and civil law systems to guarantee the uniformity of the jurisprudential understanding. Afterward, it examines the mechanism of the binding precedents and the use of tools specific to the judicial precedent, in particular, the “ratio decidendi” for the improvement of the construction and

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Processo Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Professor no programa de mestrado da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha em Marília (UNIVEM) e no programa de graduação da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Vice-Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP). Advogado.

<sup>2</sup> Professor do curso de Direito da Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá-PR. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP, orientação do Professor Dr. Oswaldo Giacoia Junior. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, bolsista PIBIC/CNPq (2014/2016). Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos, vinculado ao CNPq – UNIVEM. Advogado.

application of precedents. Thus, the binding summary number 11 will be analyzed, verifying its wording and the cases that underlay its creation, in order to understand and delimit the requirements for its application, implying in a legal certainty to the jurisdictional ones and predictability in its application, not being at the mercy of the conscience of each judge in a solipsistic way. The objective of this research is to search in the common law culture criteria of the ratio decidendi that generate greater reliability in the application of said Binding precedent, besides proposing a new approach for its understanding. The methodology used is of a deductive nature based on doctrinal and jurisprudential research, even originating from the common law culture. It is hoped to draw the attention of legal practitioners to the importance of the debate on the need to establish objective criteria for the application of Binding Precedent 11.

**Keywords:** “Ratio decidendi”. Binding precedent. Legal assurance. Use of handcuffs.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema deste estudo foi escolhido porque um dos grandes obstáculos da ciência jurídica é a busca por mecanismos que viabilizam – o máximo possível – a uniformização das decisões judiciais sobre temas similares, isto para que os jurisdicionados tenham maior isonomia, segurança jurídica e justiça formal<sup>3</sup>. No entanto, conforme a cultura jurídica de cada povo, a uniformização tem sido buscada de modo diferente. Daí a importância do assunto, pois fomenta o debate sobre um dos mecanismos que o Brasil utiliza em busca desta uniformização, isto é, a Súmula Vinculante e, em especial, a número 11 que versa sobre a (i)licitude do uso de algemas.

Assim, em um primeiro momento, este estudo examinará o instituto dos precedentes judiciais e suas regras, principalmente relacionadas ao seu elemento vinculante, isto é, a “ratio decidendi”. Após, serão verificadas as diferenças e peculiaridades da realidade brasileira, já que o sistema jurídico brasileiro, gradativamente, tem aumentado a força normativa das decisões judiciais, de modo que a experiência jurídica de alguns pronunciamentos judiciais passa a ser considerada como uma fonte primária do Direito, tal como ocorre com a súmula vinculante. Podendo ser transportado e adaptado o instituto da “ratio decidendi” dos precedentes judiciais para aperfeiçoar a técnica de construção e aplicação das súmulas vinculantes.

---

<sup>3</sup> Casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante.

O instituto do precedente judicial é muito confundido, no Brasil, com o instituto das súmulas vinculantes. Os dois institutos decorrem do poder judiciário e vinculam as futuras decisões. Porém, para fazer uma diferenciação mais precisa, é necessário verificar qual elemento da súmula vinculante que vincula.

A doutrina não é pacífica quanto ao elemento vinculante das súmulas, uns entendem que é só o enunciado da súmula, outros entendem que é o enunciado juntamente com os casos que deram origem à súmula, pois todas precisam ser baseadas, derivadas, de casos concretos. A segunda hipótese é entendida como a mais acertada, pois permite uma melhor construção do entendimento jurisprudencial de forma racional, coerente e íntegra.

A teoria que entende que a parte vinculante da súmula vinculante é o enunciado (texto), juntamente com os casos que deram origem à súmula, entende não ser possível diferenciar os institutos afirmando que o precedente está ligado a um caso concreto em quanto às súmulas não, pois entendem que as súmulas não se desligam dos casos que lhe deram origem e que sua aplicação deve, necessariamente, passar pela fundamentação destes casos, não podendo se valer apenas do enunciado.

Sendo assim, apesar de a súmula ser diferente do precedente pelo fato de que aquela visa a solução de casos futuros e este visa a solução de um único caso passado, é possível a utilização de alguns elementos da teoria do precedente judicial no instituto das súmulas, principalmente, as técnicas da “ratio decidendi” e “obiter dictum”, do “overruling” e do “distinguish”. Sendo assim, podemos nos valer de mecanismo do precedente para aperfeiçoar o atual sistema judiciário brasileiro e melhorar a elaboração e aplicação das súmulas vinculantes.

A extração da “ratio decidendi” não estaria no enunciado da súmula, mas nos casos concretos que deram origem às súmulas, assim como a técnica do “distinguish” consistiria na diferenciação do caso a ser solucionado com os casos que deram origem à súmula. A técnica do “overruling” consiste no fato de superar o(s) argumento(s) utilizado(s) para a solução dos casos que deram origem à súmula.

A utilização desses elementos da teoria precedente judicial no instituto das súmulas vinculantes consiste em uma das mais importantes interações entre a “common law” e a “civil law”. Por isso, analisar-se-á o novo Código de Processo Civil, com o escopo de verificar a presença de elementos da “common law” nesta legislação.

Por fim, será proposto um critério mais próximo possível da realidade brasileira, para buscar pela “ratio decidendi” da Súmula Vinculante nº 11, que dispõe sobre regras relativas ao uso de algemas. Permitindo uma melhor redação e aplicação da Súmula devido à coerência e estabilidade em sua aplicação. No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a segurança jurídica trazida pela aplicação da súmula vinculante. A metodologia utilizada foi de caráter dedutivo, utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

## 2 CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NA “COMMON LAW”

A cultura jurídica da “common law” – de origem anglo-saxônica –, é consuetudinária (BOBBIO, 1995, p. 33), ou seja, não é necessariamente escrita, sendo pautada, principalmente, pelos usos e costumes que devem ser reconhecidos formalmente pelas autoridades judiciárias. A principal fonte do direito desta cultura é o precedente judicial, que se torna parâmetro para tutelar os futuros casos análogos (MANCUSO, 2007, p. 174), com o propósito de gerar igualdade<sup>4</sup> e segurança jurídica aos jurisdicionados, implicando maior coerência entre o passado e futuro do sistema, pois constrói o direito de forma racional a partir dos fundamentos determinantes de cada *decisum* e facilita que casos semelhantes sejam julgados de forma semelhante.

Por consequência, a cada novo problema jurídico decidido, o Direito passa a ser refinado – buscando a correção substancial e o esgotamento de todos os argumentos para se alcançar a melhor solução possível para aquele problema jurídico – pelo Poder Judiciário (*from case to case*), outorgando poder normativo para a construção racional do Direito, ou seja, a fundamentação da decisão passa a integrar a forma jurídica e adquire força normativa para a decisão de casos futuros, semelhantes.

Aliás, a “common law” (também conhecida como “comune ley”) foi estabelecida como meio para combater a grande variedade dos costumes, que variavam de local para local, de tribo para tribo, antes da invasão dos normandos no território inglês, com a função de propiciar um direito comum sobre toda a Inglaterra, uniformizando e homogeneizando a

---

<sup>4</sup> Com o propósito de realizar a justiça formal, ao tratar igualmente casos semelhantes.

aplicação e construção da forma jurídica. Inicialmente a “common law” passou a ser aplicada com exclusividade pelos Tribunais Reais de Justiça, que tinham o monarca no topo da hierarquia (DAVID, 2002, p. 359) e, apesar do formalismo inicial, gradativamente, as decisões passaram a ser normas substantivas, de modo que o *precedente* foi valorizado<sup>5</sup> (DAVID, 2002, p. 364).

Vale registrar que a “common law” sofreu forte influência do período relativo à conquista da Inglaterra (anglo), pelos normandos (saxões), que eram capitaneados por Guilherme, o Conquistador, no ano de 1066 (DAVID, 2002, p. 358). Daí porque é dito que a “common law” é anglo saxônica.

Logo, ao contrário da “civil law”, que chegou a proibir a interpretação das leis pelos magistrados, a “common law” vem aprimorando a interpretação judicial há séculos e, por isso, possui mecanismos que não podem ser desprezados pela “civil law” para gerar maior igualdade e segurança jurídica, construindo o direito de forma racional a cada novo caso jurídico, um processo contínuo e perpétuo de aperfeiçoamento do sistema jurídico. Os principais mecanismos estão ligados ao instituto do precedente e a respectiva teoria da “ratio decidendi”.

Ocorre que, o substantivo *precedente* não deve ser confundido com *jurisprudência*, já que – como lembrado por Michelle Taruffo (2007, p. 87-89) –, existem duas grandes diferenças, a saber: a) quantitativa, pois o precedente versa sobre um caso particular, enquanto a jurisprudência implica a pluralidade de decisões; b) qualitativa, pois o precedente é melhor elaborado, já que estabelece uma regra a ser universalizada para casos futuros similares, enquanto a jurisprudência se satisfaz em interpretar regras jurídicas<sup>6</sup>. A utilização destes institutos como sinônimos pode desvirtuar a finalidade de um, ou de ambos, os institutos, dificultando o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

---

<sup>5</sup> Importante salientar que o sistema do “stare decisis” - que passou a ser usado na “common law” para obrigar o cumprimento dos precedentes -, possui exceções, como ocorre quando se demonstra que o caso examinado é diverso (“distinguishing”), ou se demonstra que o entendimento do precedente está superado (“overruling”).

<sup>6</sup> José Rogério Cruz e Tucci adverte que o substantivo jurisprudência indica a atividade desenvolvida pelo tribunal para “dizer o direito”, além de que, no decorrer da história, já existiram outros inúmeros significados, ao expressar que: “Optamos deliberadamente pelo emprego da locução precedente judicial em substituição ao termo jurisprudência, de uso mais comum e nossa linguagem jurídica, por duas relevantes razões. Em primeiro lugar porque, enquanto hoje o substantivo jurisprudência indica genericamente a atividade dos tribunais no desempenho de seu mister ‘ius dicere’, no âmbito da história do direito, ‘iurisprudencia’ tem múltiplo significado, ora indicando ciência do direito, ora designando a própria atividade profissional (jurisprudência forense ou prática contraposta à teórica)”. (2004, p. 15).

Por outro lado, o conceito de precedente não é pacífico. Por exemplo, para Thomas da Rosa de Bustamante (2007, p. 300-301) consiste em qualquer decisão judicial prévia que um juiz se embasa para fundamentar o seu pronunciamento sobre um caso atual. Já, para Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 214), será a decisão judicial que elabora uma tese jurídica. Após trazer conceito parecido, Caio Márcio Gutterres Taranto (2010, p. 8) acrescenta que o precedente tem a função de atribuir racionalidade<sup>7</sup>.

Enfim, com apoio nestas definições, para o estudo, precedente será considerado como uma decisão prévia utilizada como paradigma à futuras decisões, que produz uma norma, por meio de uma tese jurídica, com a finalidade de atribuir racionalidade ao sistema. Vale ressaltar, ainda, a existência de duas teorias sobre a gênese dos precedentes. Uma é a teoria *declaratória*, que defende a existência de um direito (inclusive trazido pelos costumes) anterior ao precedente, de modo que o precedente apenas declara um direito que já existe. Um dos expoentes desta teoria é William Blackstone (1979). Outra é a teoria *constitutiva*, que defende a inexistência de um direito anterior ao precedente, de modo que o precedente cria o direito (“judge make law”). Esta corrente é defendida por Oliver Wendell Holmes (1982) e Roscoe Pound (1937). Esta teoria tem maior aceitação.

Os precedentes, apesar de configurarem fontes do direito, não estão acima da lei. Estão limitados ao quadro normativo imposto pelo legislativo, por isto é até mesmo uma forma de limitação à discricionariedade judicial. Porém, mesmo com a discricionariedade limitada, há a constituição, a criação do direito. Sempre haverá margem para a discricionariedade, se fosse possível extinguir toda a discricionariedade, poderiam substituir os julgadores por computadores de aplicação mecânica por simples subsunção.

Os precedentes não se situam acima da lei, mas são apenas interpretações dessa lei. É claro que existe a discussão entre as teorias declaratórias e constitutivas acerca da possibilidade do juiz criar o direito, mas de qualquer forma, ainda que ele possa, por decisão judicial, criar o direito, estará ele obviamente submetido à vontade do legislador se o “direito criado judicialmente” foi legislativo por quem de direito. (NOGUEIRA, p. 200, 2013)

---

<sup>7</sup> Esta racionalidade é lembrada por Caio Márcio Gutterres Taranto - com apoio na doutrina de Geoffrey Marshall -, que adverte sobre a possibilidade de a terminologia precedente ser usado para outras aplicações. Como: “Primeiro, é, às vezes, utilizada sem promover consideração ou análise de um corpo de alegações relevantes de decisões anteriores. Em segundo lugar, ‘precedente’ pode ser utilizada como uma descrição de um resultado de uma dada decisão que é considerada por sua relevância. Por fim, leciona o Professor de Oxford que a terminologia pode ser usada para estabelecer uma regra abstrata que, para a decisão em um caso particular, é arguida para exemplificar ou ilustrar.” (2010, p. 8).

O debate entre a teoria declaratória e a teoria constitutiva é de suma importância para a teoria jurídica, a fim de analisar a genealogia do direito, a gênese da regulamentação normativa das condutas humanas. A teoria declaratória entende que o direito preexiste à decisão judicial, esta apenas reconhece e atribui o dever de obediência, limitada às prescrições legislativas. Ao passo que, a teoria constitutiva, entende que a decisão judicial que determina a proveniência do direito, o direito não preexiste, só será considerado direito a partir da decisão judicial.

Nas duas teorias há a vinculação da decisão judicial, há a subordinação ao conhecimento produzido pela decisão, à atribuição de significado ao texto normativo e ao dever de observância.

Da teoria positivista [constitutiva] podemos extrair a afirmação – geralmente correta – de que os juízes têm determinado poder criativo ao interpretar e aplicar o Direito aos casos concretos; da teoria declaratória podemos derivar a tese de que, em um importante sentido, os juízes, quando aplicam o Direito a determinado caso concreto, estão vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem de modo geral ser derivadas do Direito e de sua sistematização racional. (BUSTAMANTE, 2012, p. 264-265)

A teoria que prevalece é a teoria constitutiva. Apesar de o precedente estar limitado ao quadro normativo do texto legislativo, este texto não possui significado por si, necessita de um discurso racional feito por meio de uma decisão judicial para atribuir significado ao texto normativo, ou seja, para “preencher” substancialmente o quadro. Portanto, o julgador não apenas declara algo que já existia, ele constitui, cria, o direito, mesmo tendo a discricionariedade limitada por esta moldura. O que preexiste é a moldura a ser preenchida, não o direito propriamente dito.

Uma vez definido no que consiste o precedente judicial e percorrido sobre sua relação com a criação do direito, verificar-se-á uma das principais regras sobre o instituto, isto é, a “ratio decidendi”. A “ratio decidendi” é um fragmento da decisão que irá servir de parâmetro para o julgador em casos futuros, a fim de analisar se os casos se assemelham, analisar os motivos determinantes para a decisão e, se for o caso, superar o argumento anterior, superar o produto da interpretação anterior para correção substancial da regulamentação jurídica.

Para que uma opinião tenha o peso de um precedente é necessário que ela tenha sido dada por um juiz e também que tenha sido necessária para a decisão de um caso particular, isto é, não pode ser *obiter dictum*. A *ratio decidendi* de uma decisão nos sistemas de *common law* é o que vai criar um precedente vinculante nas decisões seguintes e, portanto, se faz necessário descobri-la. (BARBOZA, 2014, p. 217)

Para localizar a “ratio decidendi” em uma decisão judicial, é necessário reconstruir subsuntivamente/silogisticamente a justificação racional, para verificar a relação entre as suas premissas e o resultado do julgamento a fim de verificar quais são os argumentos que sem eles não seria possível chegar naquele resultado do julgamento.

Tal reconstrução pressupõe, antes de tudo, uma ferramenta analítica para elucidar a estrutura das decisões judiciais e revelar todas as premissas normativas contidas em sua fundamentação. Tal ferramenta analítica pode ser a enunciação formal dessas premissas normativas sob a forma de silogismos práticos, isto é, silogismos “cuja premissa maior e cuja conclusão não são enunciados que se assume exprimirem proposições apofânticas, mas enunciados que se assume exprimirem proposições *prescritivas*” [Chiassoni 1999:152]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 278)

Desse modo, o elemento da decisão que não influenciou no resultado do julgamento é chamado de “*obiter dictum*” e não vinculará os demais julgamentos. Já a parte da decisão que foi decisiva para o resultado do julgamento será a “ratio decidendi”. Portanto, é possível a presença de mais de um argumento que interfira no resultado do julgamento, podendo conter “*rationes decidendi*”. “A dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso qualquer decorre, em minha opinião, da pressuposição de que há *apenas uma ratio* em cada caso julgado” (BUSTAMANTE, 2012, p. 270).

Entre as “*rationes decidendi*”, podem haver diferentes graus de vinculação, a chamada “força gravitacional”<sup>8</sup> pode variar entre as “*rationes*”.

Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação contituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*. (BUSTAMANTE, 2012, p. 259)

A “*obiter dictum*” – o elemento não vinculante de um precedente judicial – é verificada na justificação da decisão por exclusão, ou seja, aqueles argumentos que não são considerados “ratio decidendi”, não influenciam o resultado do julgamento<sup>9</sup>, são considerados “*obiter dictum*”, por isso “dito para morrer”.

De modo geral, o conceito de *dictum* é definido *per exclusionem*: todas as normas

<sup>8</sup> Sobre a “força gravitacional do precedente judicial” ver Bustamante (2012, p. 302).

<sup>9</sup> “o *obiter dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”. (STRECK, 2013-b, p. 44)

e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito estrito de *ratio decidendi* têm sua autoridade descartada e valem apenas pela força de convencimento que eventualmente possam vir a ter [Marshall 1997:515; Taruffo 1994:420]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 276)

Portanto, a análise da “ratio decidendi” é de extrema importância para a teoria jurídica, pois é o elemento que irá construir o direito de forma racional, bem como o entendimento jurisprudencial, e impor o conhecimento a ser seguido a fim de gerar coerência, previsibilidade, integridade, segurança e estabilidade de entendimento no sistema jurídico.

No entanto, conforme aponta Marcelo Alves Dias de Souza (2013, p. 125-133), existem algumas teorias para localizar a “ratio decidendi” da decisão, tais como: pela teoria de Eugene Wambaugh (conhecida como teoria clássica), a “ratio decidendi” será a proposição necessária para uma decisão; pela teoria de Herman Oliphant, a “ratio decidendi” serão os fatos existentes nos autos que estimularam a resposta do tribunal, devendo ser ignorado o trabalho mental usado, na decisão, pelo juiz e; pela teoria de Arthur Goodhart, a “ratio decidendi” consiste nos fatos que o juiz considerou como fundamentais (“material facts”) para a sua decisão. Assim, o primeiro passo seria a identificação dos fatos jurídicos relevantes e, a partir daí, se passa ao desenvolvimento das regras para esta busca<sup>10</sup>.

O problema da teoria de Herman Oliphant é que se mostra ilógica esta separação entre o trabalho mental do juiz e os fatos que estimularam a conclusão. Aliás, é difícil imaginar - para não dizer impossível -, que possa haver esta separação.

Já, para a teoria de Arthur Goodhart – que, grosso modo, procura aprimorar a teoria de Eugene Wambaugh –, a “ratio decidendi” pode ser conceituada como os fatos considerados pelo pronunciamento (antecedentes) que conduziram efetivamente ao resultado da decisão (consequente)<sup>11</sup>. Por exemplo, a Súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal expressa que: “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em Processo Penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.

---

<sup>10</sup> Sobre estas regras, Marcelo Alves Dias de Souza expressa que: “Ao final, Goodhart resume as regras para se determinar a ‘ratio decidendi’ de um caso da seguinte forma: (1) O princípio de um caso não é encontrado nas razões dadas na *opinion*. (2) O princípio não é encontrado na regra de Direito apresentada na *opinion*. (3) O princípio não é necessariamente encontrado através de uma consideração de todos os fatos averiguados do caso e da decisão do juiz. (4) O princípio do caso é encontrado ao se levarem em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como fundamentais, e (b) sua decisão como baseada neles. (5) Para encontrar o princípio, também, é necessário estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto da exclusão como da inclusão.” (2013, p. 133).

<sup>11</sup> Embora os limites desta pesquisa impeçam o aprofundamento sobre estas teorias, vale registrar que Arthur Goodhart chegou a argumentar que poderiam existir decisões em que a “ratio decidendi” não estaria nos fundamentos. (1930, p. 167).

Logo, para aplicar a teoria dos precedentes para casos futuros, deverão ser comparadas as semelhanças entre as situações de fato (“ratio decidendi”) que obrigarão ao resultado, ou seja, se o caso atual: a) versa sobre impetração de mandado de segurança; b) e, se o ato coator consiste em decisão judicial proferida em processo penal. Se ambos os fatos (antecedentes) ocorrerem, então deverá ser considerado o resultado (consequente), isto é, que haverá obrigação de citar o litisconsorte passivo<sup>12</sup>.

A “ratio decidendi” não é utilizada apenas para a aplicação do precedente, mas também para a sua justificação, fazendo com que o precedente se vincule mais pela “ratio” do que pela sua autoridade (“auctoritas”), diminuindo a discricionariedade judicial, evitando a arbitrariedade judicial e a decisão solipsista. Instituto este que deve ser transportado e adaptado à realidade brasileira para viabilizar o aperfeiçoamento das decisões e da construção racional da regulamentação jurídica.

### 3 CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

A cultura da “civil law” sofreu forte influência da revolução francesa, que buscou preservar a igualdade e segurança jurídica, por meio da proibição de que o juiz interpretasse a lei, sendo permitido, apenas, que declarasse a vontade do legislador.

Os franceses tinham receio de que os juízes, por serem originários da nobreza, poderiam decidir com parcialidade, uma vez que a revolução francesa consistiu em uma revolução da burguesia para substituir o poder da nobreza. Daí, porque Charles de Secondat Montesquieu defendia que os juízes eram apenas a boca da lei (“bouche de la loi”), de modo que, ao aplicarem a lei: “não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1979, p. 160). Portanto, a aplicação se dava de forma puramente mecânica. De modo que, se o juiz necessitasse interpretar a lei, deveria pedir para que o Legislativo fizesse previamente esta interpretação, portanto o poder do direito estava na mão dos burgueses e não dos juízes que pertenciam à nobreza, mas de qualquer forma o povo

---

<sup>12</sup> Guardadas as devidas proporções, Hans Kelsen bem salienta a recriação do direito por meio desta relação entre antecedente e consequente, ao expressar: “Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem ‘in concreto’ os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados ‘in abstracto’ por uma norma geral. Esta determinação do fato que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao fato (ou situação de fato) em apreço.” (2009, p. 263-264).

estava excluído da participação ativa da produção jurídica, sendo apenas os submissos às vontades impostas pela nobreza antes da revolução e da burguesia após a revolução em 1789.

Em outras palavras, a “civil law” partiu da premissa de que as situações tipificadas pelas leis – além de refletirem todos os ideais de justiça e moral (burgueses) – seriam suficientes para prever a solução de todos os conflitos que possam acontecer em nosso cotidiano (DAVID, 2002, p. 23), isto é, que o sistema teria coerência e completude, sem lacunas ou conflito entre as normas e que todos os casos seriam solucionados a partir dos ideais e da moral da burguesia. Dessa forma, a aplicação da lei pelo juiz, sem interpretá-la, implicaria a isonomia e segurança jurídica dos jurisdicionados<sup>13</sup>, não haveria a interferência da ideologia dos juízes-nobres na aplicação da lei.

No Brasil, embora a nossa Constituição Federal ainda mantenha a necessidade de obediência à lei<sup>14</sup>, é sabido que este critério da “civil law” tem sofrido grandes mitigações<sup>15</sup>, levando o juiz a interpretar a lei, a preencher de forma substantiva o quadro interpretativo. Mas aí é que surge o problema da falta de limites para esta interpretação, que tem levado às inúmeras decisões conflitantes para casos similares, deixando os jurisdicionados à mercê da vontade da consciência solipsista do julgador, e, por conseguinte, ofendendo a isonomia e segurança jurídica.

Logo, atualmente, o juiz brasileiro tem mais poder/liberdade do que o juiz da “common law”, já que pode interpretar a lei e não está limitado pelos precedentes, podendo a cada novo caso decidir sem qualquer parâmetro em decisões anteriores. Emerge daí a importância de que a decisão judicial demonstre claramente as premissas que levaram ao resultado, de modo semelhante à “ratio decidendi” na “common law”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Como ressalta Thomas da Rosa de Bustamante, na França, este método de aplicação do direito é conhecido como *phrase unique*, que é resultado de uma forte influência do positivismo formalista, da escola da Exegese, que pretendia “reduzir o direito à lei” (2012, pág 20).

<sup>14</sup> Nestes sistemas, os códigos representam uma evolução, pois têm o escopo de facilitar a aplicação da lei, ao separá-las geograficamente pelas matérias que regulamentam. Por exemplo, a Constituição Federal Brasileira adverte que a fonte primária de nosso direito seria a lei, conforme expresso, principalmente, no *art. 5º, inc. II, da CF*, ao expressar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”

<sup>15</sup> Este critério da “civil law” foi superado pela filosofia da linguagem, quando o paradigma da essência foi superado pelo paradigma da consciência, devido a concepção kantiana e, mais atualmente, com o giro linguístico formulado por Martin Heidegger.

<sup>16</sup> Para que a decisão judicial tenha limites e seja legitimada, o que deve ser feito de forma discursivo-argumentativo e, portanto, racional.

O ordenamento jurídico brasileiro, concebido a partir da “civil law”, vem demonstrando simpatia crescente pelas tentativas de uniformizações e consequente aperfeiçoamento racional do direito sobre determinados temas proferidos pelo judiciário.

Em interessante retrospecto histórico, Caio Márcio Guterres Taranto (2010, p. 23) aponta as quatro principais fases históricas que marcam este processo gradativo de aumento das uniformizações do entendimento jurisprudencial. A 1ª fase ocorreu entre os anos de 1500 e 1889, tendo sido norteadas pela influência do Direito Português, uma vez que, no período do Brasil-Colônia, a Lei 2.684/1875 validou os assentos da Casa de Suplicações de Portugal (ALMEIDA; LOBÃO, 1885, p. 97), para também serem aplicados no território brasileiro, inclusive quanto à sanção funcional imposta ao juiz que deixasse de aplicar os referidos assentos.

Um aspecto interessante era a possibilidade de o judiciário ser retaliado, pois o inciso VIII do art. 15 da Constituição de 1824<sup>17</sup> dava competência, em último grau, ao legislativo para interpretar as leis (e não ao judiciário), como é próprio da “civil law”, além de que – grosso modo –, as decisões do legislativo não poderiam ser impugnadas, porque inexistia controle de constitucionalidade para as mesmas.

Mas, não pode ser esquecido que este aparente poder do legislativo foi mitigado pelo poder moderador atribuído ao Imperador, que tinha meios para massacrar os demais poderes, inclusive podendo dissolver ou substituir a Câmara dos Deputados, bem como suspender magistrados (Constituição de 1824, art. 101<sup>18</sup>). A propósito, esta fase tem forte marca da “civil law” no tocante ao enfraquecimento do judiciário, por meio da impossibilidade de o juiz interpretar leis.

A 2ª fase se deu entre os anos de 1891 e 1963, tendo sido pautada pela pré-objetivação das decisões judiciais relativas ao controle de constitucionalidade pela via difusa, que passaram a ser normas no sentido de terem validade para todos os jurisdicionados (“erga

<sup>17</sup> Constituição de 1824, Art. 15: “É da atribuição da Assembléa Geral. (...) VIII. Fazer Leis, interpreta-las, suspende-las, e rovoa-las.”

<sup>18</sup> Constituição de 1824, Art. 101: “O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.”.

omnes”), indo além das partes que litigam no processo. Basicamente, esta fase foi iniciada pela Constituição da República de 1891 que – inspirada no modelo estadunidense –, trouxe o controle de constitucionalidade difuso (“judicial review”)<sup>19</sup>, mas deixou de atribuir às respectivas decisões judiciais o necessário efeito vinculante.

Em paralelo, este esboço de força normativa destas decisões inerentes ao controle de constitucionalidade sofreu um duro golpe, pois a lei passou a ter exclusividade como fonte do direito, bem como foi permitido que cada Estado legislasse sobre processo. Esta diversidade de legislações processuais civis, como não poderia deixar de ser, gerou grande gama de decisões judiciais contrárias sobre a mesma questão, ampliando a insegurança jurídica e a ofensa à isonomia dos jurisdicionados.

No intuito de restaurar a força de alguns pronunciamentos judiciais, a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 atribuiu a função uniformizadora ao Supremo Tribunal Federal, ao inserir o inc. II do art. 59 da Constituição Federal de 1891<sup>20</sup>. Entretanto, a Constituição de 1937 reduziu o alcance do controle de constitucionalidade difuso, ao permitir que a invalidade pudesse ser revista pelo parlamento, mediante remessa do Presidente<sup>21</sup>. Mas, esta mesma Constituição de 1937 também restaurou a competência da União para legislar sobre processo, acabando com a parafernália gerada pela diversidade de Códigos Processuais Estaduais e criando a figura do *prejulgado* (CPC/39, art. 861)<sup>22</sup>.

O mencionado *prejulgado* era um incidente para se buscar pela uniformização, porém sem caráter vinculante no processo civil. Esta fase terminou no dia 13 de dezembro de 1963, quando foi inovado o modo de uniformização da jurisprudência, por meio da criação das primeiras súmulas.

---

19 Originário dos Estados Unidos da América, o controle difuso (“judicial review”) restringe às partes, o alcance da decisão proferida no processo de modo que afeta apenas obrigação discutida nos autos. Ao contrário, pelo controle concentrado (modelo originário da Europa), a decisão proferida nos autos alcança a norma (e não apenas a obrigação), valendo para todos (e não apenas para as partes).

20 Constituição de 1891, Art. 59: “(...) II: “julgar, em grão de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais;”

21 Constituição de 1937, Art. 96: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

22 Código de Processo Civil de 1939, Art. 861: “A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.”

Por sua vez, a 3ª fase foi estabelecida entre os anos de 1963 a 1988, tendo sido pautada pela objetivação de decisões judiciais que – em algumas situações –, deixaram de ser aplicados apenas aos casos concretos, para abranger a todos. O início desta fase se deu pela introdução do controle de constitucionalidade concentrado em nosso país, por meio da Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, que passou a conviver ao lado do controle difuso, que já existia. Daí para frente, o modelo de controle de constitucionalidade concentrado passou a ser ampliado.

Em paralelo, o incidente de uniformização continua até os dias atuais, conforme previsto no art. 479 do CPC/73<sup>23</sup>. Atualmente a força vinculante das decisões judiciais vivencia a 4ª fase, iniciada em 1988, que passa a reconhecer a condição normativa dos princípios, inclusive, para superar dogmas tradicionais, como permitir que o judiciário atue no caso de omissões do legislador ou do executivo (ativismo judicial<sup>24</sup>).

Feito este breve retrospecto histórico, podem ser apontadas algumas situações atuais em que o legislador busca pela força normativa dos precedentes, tais como: a lei 8.038/90 (lei dos recursos), por meio do art. 38<sup>25</sup> – no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – outorgou poderes ao relator para negar seguimento a recurso manifestamente contrário à súmula. Aliás, posteriormente, esse entendimento foi ampliado para os demais recursos, por meio do art. 557 do CPC/73, com redação das leis 9.139/1995 e 9.756/1998; a Emenda Constitucional nº 03/1993, alterou a CF/1988, para instituir o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito, proferidas na ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º<sup>26</sup>), no âmbito do Supremo Tribunal Federal; a Emenda Constitucional nº 45/2004, instituiu a súmula vinculante (CF, art. 103-A); a Lei 11.276/2006 inseriu o § 1º no art. 518 do CPC/73, para que o juiz não receba o recurso de apelação quando a sentença estiver embasada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal

---

23 Código de Processo Civil de 1973, Art. 479: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

24 No Brasil, o ativismo é muito usado, por exemplo, para obrigar o poder público a cumprir a sua obrigação de entregar remédios vitais para o cidadão.

25 Lei 8.038/90, Art. 38: “O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

26 CF/88, Art. 102. (...) § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

de Justiça; a Lei 11.672/2008 inseriu os arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC/73, que permitem o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, quando versarem sobre questão de direito que exista multiplicidade de recursos, de modo que a decisão adotada nos recursos selecionados será aplicada aos demais que versarem sobre a mesma questão e; o novo CPC, Lei 13,105/2015, possui tipificação para algumas situações de respeito da observância da “ratio decidendi”, como a obrigatoriedade de a sentença, interlocutória ou acórdão que invocar “precedente” ou “súmula” venha a identificar a semelhança dos fundamentos determinantes do resultado, com o caso que está sendo apreciado (art. 489, § 1º, incs. V e VI).

Certamente a falta de efeito vinculante é a maior diferença entre a súmula *persuasiva* – também conhecida como súmula *simples* (NERY JUNIOR, 2006, p. 747) – e a súmula *vinculante*, como defendem Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 374) e José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12). Porém, gradativamente, o legislador tem ampliado (potencializado) os efeitos da súmula persuasiva, que pode ser usada como fundamento, inclusive, para o relator, isoladamente, negar provimento ao recurso (CPC, art. 932, IV, “a”) ou mesmo dar provimento (CPC, art. 932, V, “a”).

Outra diferença é que as súmulas persuasivas podem ser editadas por qualquer tribunal, enquanto as vinculantes competem apenas ao Supremo Tribunal Federal. O rito de criação da súmula vinculante está previsto no art. 103-A da CF, que foi regulamentado pela Lei 11.417/2006. Porém, o objeto da súmula vinculante é limitado, já que apenas poderá ser criada quando houver matéria de natureza constitucional, que tenha sido objeto de reiteradas decisões (CF, art. 103-A, “caput”)<sup>27</sup>.

De outro lado, a aprovação da súmula vinculante depende do voto da maioria qualificada<sup>28</sup> de 2/3 dos seus membros. Desta forma, existindo onze ministros no Supremo

---

<sup>27</sup> CF/88, Art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

<sup>28</sup> Relevante registrar que o legislador adotou o sistema mais rigoroso da maioria qualificada de 2/3 para a súmula vinculante e, por conseguinte, continuou a maioria absoluta para as demais súmulas (não vinculantes). A diferença entre as três formas de auferir o quorum, a saber: a) Maioria simples é auferida pelo primeiro número inteiro acima da metade dos presentes. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria simples será 4 votos; b) Maioria absoluta é auferida pelo primeiro número inteiro acima da metade dos membros (e não dos presentes) do respectivo órgão. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria absoluta será 6 votos; c) Maioria qualificada é auferida pelo primeiro número inteiro acima da fração indicada

Tribunal Federal, é necessário o mínimo de oito votos para a sua aprovação (CF, art. 103-A, “caput”). Em paralelo, a súmula vinculante também possui penalidades para o seu descumprimento, tais como: o interessado poderá interpor reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal para postular pelo descumprimento da súmula e, conseqüentemente, para cassar/anular o ato (Constituição Federal, art. 103-A, § 3º)<sup>29</sup> e; o infrator da súmula será responsabilizado nas esferas civil, administrativa e penal (Lei 9.784/99, art. 64-B)<sup>30</sup>.

De fato, de nada adiantaria o efeito vinculante se não houvesse uma forma de coerção à autoridade decisionista. No entanto – e até mesmo para que seja facilitada a sua interpretação e conseqüente função uniformizadora –, é imprescindível que a súmula vinculante traga, de modo claro e exaustivo, as situações (antecedentes) que devem estar presentes para incidir o resultado (conseqüente). Além do que, em todo ato de aplicação da súmula seja fundamentada de forma extensiva e minuciosa a fim de justificar sua aplicação ou não, observando o caso em análise e os casos que deram origem à súmula, sem falar que todo ato de solução dos conflitos deve se preocupar com a garantia de direitos ao povo e não a imposição de uma ideologia/moral de uma classe dominante como antes e depois da revolução francesa. Assim, analisar-se-á a súmula vinculante nº 11 para verificar como deve ser sua efetiva aplicação.

#### 4 SÚMULA VINCULANTE 11

Para uma melhor exposição serão trazidos, separadamente, os aspectos relacionados ao tema como: conceitos utilizados, aplicabilidade e “ratio decidendi” da súmula vinculante 11. Basicamente, os fundamentos jurídicos mencionados para justificar a súmula vinculante 11, trazidos ao debate para sua aprovação, podem ser catalogados, conforme segue:

---

(geralmente é de 2/3), dos membros do respectivo órgão. Logo se existem 11 ministros, a maioria qualificada de 2/3 será 8 votos.

<sup>29</sup> CF/88, Art. 103-A, § 3º: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

<sup>30</sup> Lei 9.784/99, Art. 64-B: “Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

- a) respeito a dignidade humana (CF/88, art. 1º)<sup>31</sup>;
- b) respeito a integridade física em moral do preso (CF/88, art. 5º, XLIX)<sup>32</sup>;
- c) abuso de autoridade<sup>33</sup>.

Verifica-se, desde logo, que são todos fundamentos genéricos, nítidos exemplos do que Hart denomina de “textura aberta da linguagem”. Podendo ser utilizados como “álibis argumentativos”, ou seja, fundamentos que abrangem inúmeras possibilidades de entendimento, legitimando diversas atribuições de significados. São fundamentos utilizados como álipsis para justificar institucionalmente a violência e com a roupagem de um Estado tido como Democrático e de Direito, o que não deve ocorrer, mas a sua utilização para assegurar a dignidade do sujeito de direito que sofre o peso do processo.

Utilizando-se dos “álipsis persuasivos”, o julgador pode decidir praticamente de forma livre, a fundamentação é secundária. Primeiro ele decide, depois busca um “princípio” para fundamentar, ou seja, é um caráter finalístico e esta prática implica em uma ampla discricionariedade e a consequente nulidade da decisão.

A atribuição de sentido dentro do quadro semântico não é mais um mero ato de escolha, conforme já sustentava Kelsen no famoso capítulo VIII de sua obra Teoria Pura do Direito. O julgador deve justificar racionalmente sua atribuição de sentido, e com a técnica dos precedentes judiciais o julgador além de justificar sua atribuição de sentido, se houver uma decisão anterior contrária em um caso semelhante, deve ainda superar de forma argumentativa o entendimento anterior (técnica do “*outruling*”).

---

<sup>31</sup> Consta na ata de debate de aprovação da Súmula Vinculante 11, que o ministro Marco Aurélio expressou: “Mencionei, Presidente, como referências, em primeiro lugar, o diploma primário, o diploma básico - a Constituição Federal -, aludindo ao artigo 1º, que versa os fundamentos da República e revela, entre esses, o respeito à dignidade humana.”

<sup>32</sup> Consta na ata de debate de aprovação da Súmula Vinculante 11, que o ministro Marco Aurélio expressou: “Também fiz alusão, sob o ângulo constitucional, a outra garantia: a garantia dos cidadãos em geral, dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil com respeito à integridade física e moral. Em última análise, mencionei o inciso XLIX do artigo 5º a revelar que há de se respeitar a integridade física e moral do preso. Lastimavelmente, no Brasil, considerados os danos, a responsabilidade civil, administrativa e até a penal ainda engatinham.”

<sup>33</sup> Consta na ata de debate de aprovação da Súmula Vinculante 11, que o ministro Marco Aurélio expressou: “Remeti, também, a preceito que torna claro que consubstancia tipo penal o abuso de autoridade. Mais do que isso: o Tribunal, tendo em conta o precedente a que me referi, assentou que o próprio Código de Processo Penal contém dispositivo que, interpretado, sob o ângulo teleológico, do objetivo da norma, conduz ao afastamento do uso abusivo das algemas. Também menciono como referência o Código de Processo Penal Militar, pedagógico a respeito da matéria. E, por último, há uma lei, que tem sido muito pouco acionada, coibindo, sob o ângulo da triplex responsabilidade - administrativa, cível e penal -, o abuso por parte da autoridade constituída.”

Nas decisões judiciais onde o julgador utiliza de álibis persuasivos é como se, ao formular a decisão, todos os códigos, livros doutrinários, peças processuais, precedentes, fossem revogados, desconsiderados, prevalecendo a consciência do julgador. O paradigma é o do livro *O Processo de Kafka*. Verificando a necessidade de uma adequada (coerente e íntegra) compreensão da súmula para sua aplicação legítima, que deve ser em casos excepcionais em nítido caso de institucionalização da jurisdição de exceção onde permite o uso da algema no sujeito de direito.

Trazidos estes fundamentos jurídicos, na sequência, serão expostos os julgados usados para preencher o pressuposto das prévias e “reiteradas decisões” sobre o tema, exigido para a confecção das súmulas vinculadas (CF/88, art. 103-A).

#### 4.1 HABEAS CORPUS 91.952

Esta foi a primeira decisão mencionada para embasar esta súmula vinculante e, este *habeas corpus*, foi julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 07/08/2008. Por sua vez, o ato julgado nesse *habeas corpus* consistiu na eventual nulidade de veredito condenatório gerada pelo fato de o réu permanecer algemado durante o transcorrer do julgamento pelo Tribunal do Júri<sup>34</sup>.

A consequência adotada no julgamento foi reconhecer a nulidade do veredito condenatório. Por seu turno, os fundamentos usados para chegar a esta conclusão, podem ser relacionados, conforme segue abaixo:

- a) princípio da não culpabilidade<sup>35</sup>;
- b) respeito a dignidade humana (CF/88, art. 1º)<sup>36</sup>;

<sup>34</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do voto expressando: “*Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredito dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito.*”

<sup>35</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do relatório do voto expressando: “*Este habeas está voltado a infirmar esse ato, no ponto em que pretendida a nulidade do veredito popular em razão de o réu ter permanecido algemado durante todo o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.*”

<sup>36</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do relatório do voto expressando: “*Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.*”

c) as garantias constitucionais se preocupam em resguardar o preso, por meio de tratamento humanitário (CF/88, art. 5º, XLVIII; XLIX; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXV; LXVI)<sup>37</sup>.

A partir das normas mencionadas, o voto interpretou que a manutenção das algemas, quando desnecessárias, conduziriam os jurados a falsa impressão de que o réu teria alta periculosidade, sugestionando o julgamento<sup>38</sup>.

#### 4.2 DECISÕES MENCIONADAS NO *HABEAS CORPUS* 91.952.

O *habeas corpus* mencionado no item anterior (HC 91.952) faz referência a outros *habeas corpus* que será examinado na sequência. O primeiro deles é o HC 71.195-2, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 25/10/1994. Por sua vez, o ato julgado nesse *habeas corpus* consistiu na eventual nulidade de veredicto condenatório gerada pelo fato de o réu permanecer algemado durante o transcorrer do julgamento pelo Tribunal do Júri<sup>39</sup>. A *consequência* adotada no julgamento foi rejeitar a nulidade, para admitir o uso das algemas, por dois motivos, a saber: a) a medida era excepcional para garantir a segurança dos presentes; b) a defesa não se manifestou quanto ao uso das algemas.

Vale ressaltar que o voto possui apenas três parágrafos, sem qualquer construção de atribuição de significado, sem qualquer zelo às construções teóricas da hermenêutica. Além disso, sequer menciona expressamente qualquer artigo de lei ou norma constitucional, sendo patente a decisão de exceção, solipsista, sem qualquer legitimidade discursiva, apenas mera

---

<sup>37</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do relatório do voto expressando: "*Ora, estes preceitos - a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade.*"

<sup>38</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do relatório do voto expressando: "*Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.*"

<sup>39</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 71.195-2, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 04.08.1995, com trecho do voto expressando: "*Quanto ao tema da utilização de algemas durante o julgamento, foi a medida justificada à vista da necessidade de garantir segurança ao juiz presidente e ao promotor de justiça. Destaco, ainda, que não houve protesto, no momento oportuno, do advogado de defesa.*"

aplicação de uma vontade autoritária sem qualquer respeito ao sujeito de direito e seus direitos conquistados historicamente.

O segundo é o HC 89.429-1, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 22/08/2006. O ato julgado nesse *habeas corpus* consistiu na concessão de salvo-conduto para não ser algemado<sup>40</sup>. A *consequência* adotada no julgamento foi expedir o salvo-conduto, para que não fosse colocado algemas no impetrante, salvo em caso de: “(...) *reação violenta que venha a ser por ele adotada e que coloque em risco a sua segurança ou a de terceiros, e que, em qualquer situação, deverá ser imediatamente e motivadamente comunicado a esse Tribunal.*”<sup>41</sup>

Após interessante estudo histórico sobre o uso de algemas, no Brasil, e respectivas normas, o acórdão se embasa nos fundamentos, a saber: a) direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (CF/88, art. 5º, inc. III e Pacto de San José da Costa Rica; art. 5º, 2); b) direito a intimidade, imagem e honra (CF/88, art. 5º, inc. X); c) abuso de autoridade (Lei 4898/65, art. 4ª, “b”).

O terceiro é o HC 5.663, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no dia 19/08/1996. Por sua vez, o ato julgado nesse *habeas corpus* consistiu na decisão judicial que manteve o uso de algemas, sem explicitar as normas que justificariam esta conclusão, apenas limitando-se a expressar que a autoridade coatora não justificou a sua conduta<sup>42</sup>. A *consequência* adotada no julgamento foi conceder a ordem para afastar o uso das algemas, mas ressaltou que: “(...) se outros elementos surgirem, a ensejar a providência, nada impede que venha a ser adotada.(...)”<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 89.429-1, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 02.02.2007, com trecho do relatório do voto expressando: “*Explica que “o paciente está encarcerado na superintendência da Polícia Federal em Brasília e será levado ao Superior Tribunal de Justiça amanhã (dia 08/08/2006) para ser ouvido pela em. Ministra Eliana Calmon, às 8 hrs. Faz-se, então, necessário seja expedido ordem à autoridade policial para que se abstenha de utilizar algemas no paciente por ocasião dessa sua transferência, bem como em qualquer outro procedimento.*”

<sup>41</sup> Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 89.429-1, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 02.02.2007, com trecho do relatório do voto expressando: “*Então, pelo que assim exponho, concedo o habeas corpus, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar às autoridades tidas como coatoras que se abstenham de fazer uso de algemas no Paciente, a não ser em caso de reação violenta que venha a ser por ele adotada e que coloque em risco a sua segurança ou a de terceiros, e que, em qualquer situação, deverá ser imediatamente e motivadamente comunicado a esse Tribunal.*”

<sup>42</sup> Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC 5.663, Rel. Min. William Patterson, DJ 23.09.1996, com trecho do voto expressando: “*17 – A autoridade, em momento algum, indicou fatos autorizadores de sua abusiva deliberação (...).*”

<sup>43</sup> Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 89.429-1, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 02.02.2007, com trecho do relatório do voto expressando: “*Então, pelo que assim exponho, concedo o habeas corpus, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar às autoridades tidas como coatoras que se abstenham de fazer*

Este acórdão, basicamente, endossa o parecer do Ministério Público que, por sua vez, se embasa nos fundamentos, a saber: a) nulidade advinda da falta de motivação (CF/88, art. 93, inc. IX); b) juízo natural, devido processo legal e presunção de inocência (CF/88, art. 5º, incs. LIII, LIV e LV).

#### 4.3 HABEAS CORPUS 56.465

Esta foi a segunda decisão mencionada para embasar esta súmula vinculante e, este *habeas corpus*, foi julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no dia 05/09/1978. O ato julgado nesse *habeas corpus* 56.465 – em pleno Estado de Exceção devido à ditadura militar – consistiu em admitir o uso de algemas quando necessário para a ordem do trabalho, segurança das pessoas e evitar a fuga do preso<sup>44</sup>.

A consequência adotada no julgamento foi afastar a inépcia da denúncia, quando o réu é algemado para: "(...) preservar a segurança das testemunhas e evitar a fuga dos presos."<sup>45</sup> Contudo, o voto possui apenas três parágrafos, sem mencionar expressamente qualquer artigo de lei ou norma constitucional. Assim, o fundamento é a possibilidade do uso das algemas, excepcionalmente, para preservar a segurança e evitar fugas. Sendo flagrante o abuso de autoridade e a utilização de argumentos vagos para legitimar um ato opressor ao cidadão, neste caso a fundamentação da decisão é mero *pro forma*, apenas para manter a aparência de decisão legítima.

#### 4.4 "RATIO DECIDENDI" DA SÚMULA VINCULANTE 11

Esclarecidos os julgamentos que lhe embassaram, passamos a contrastá-los com o texto da Súmula Vinculante nº 11, que expressa:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros,

---

*uso de algemas no Paciente, a não ser em caso de reação violenta que venha a ser por ele adotada e que coloque em risco a sua segurança ou a de terceiros, e que, em qualquer situação, deverá ser imediatamente e motivadamente comunicado a esse Tribunal."*

<sup>44</sup> Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RHC 56.465, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 06.10.1978, p. 7785, com ementa expressando: Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário a ordem dos trabalhos e a segurança testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido.

<sup>45</sup> Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 56.465, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJU 06.10.1978.

justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008)

A *consequência* estabelecida por esta Súmula é admitir o uso excepcional das algemas, sob pena de responsabilidade do servidor (disciplinar, civil ou penal) e nulidade da prisão ou ato processual, além da possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado. Contudo, segundo expresso no texto da própria Súmula, esta *consequência* apenas será aplicada (buscando uma analogia como a “ratio decidendi”), quando inexistirem os fundamentos determinantes (*antecedentes*), abaixo: “ (...) resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito (...)”.

A redação causa dúvida, pois devem estar presentes a resistência E o receio de fuga ou perigo a integridade; ou a resistência e o receio de fuga OU perigo à integridade. Em outras palavras, o perigo a integridade, isoladamente, é suficiente para satisfazer esse requisito?

Diante do contexto dos pronunciamentos que embasaram a súmula, seria mais lógico que a redação deixasse claro que qualquer destas três possibilidades (resistência OU receio de fuga OU perigo à integridade), aliada à justificção escrita, justificaria o uso das algemas.

Ressalvado o aspecto acima, de fato, os fundamentos relativos ao receio de fuga e integridade das pessoas são trazidos no *habeas corpus* 56.465, usado como paradigma (letra “b” acima). Todavia, há um fundamento que não foi trazido expressamente no texto da Súmula, que é *assegurar a ordem dos trabalhos*. Aliás, o *habeas corpus* 71.195-2 (usado como paradigma do *habeas corpus* 91.952), também usa o fundamento da segurança (referindo-se ao juiz e ao promotor), assim como o *habeas corpus* 89.429-1, assim como o *habeas corpus* 5.663, fundamentam-se na reação violenta que coloque em risco a segurança de alguém.

No entanto, este fundamento da segurança, de certa forma, equivale à manutenção da *integridade física*, já que assegurar a ordem dos trabalhos preserva a integridade física de todos os envolvidos. Paralelamente, o julgamento realizado no *habeas corpus* 91.952, trouxe outro fundamento não trazido expressamente no texto da Súmula, que é a demonstração da periculosidade do preso. Contudo, este fundamento se materializa pela *justificação por escrito da excepcionalidade*, uma vez que será perigoso o preso que resiste, gera receio de fuga ou coloca a integridade física em risco. Por fim, o *habeas corpus* 5.663, sob o

fundamento, para justificar o uso excepcional das algemas, seria a mera indicação dos fatos que justifiquem o uso das mesmas.

Enfim, estes são os fundamentos que devem ser identificados no caso concreto, para a aplicação da referida súmula vinculante 11, obviamente em caráter excepcional e com a devida justificação em cada ato de aplicação, demonstrando de forma discursiva-argumentativa a presença de todos os requisitos minuciosa e extensivamente e não a utilização de justificativas como “com base na súmula vinculante nº 11, permito a utilização das algemas no indivíduo”.

Logo, apesar da redação desta Súmula, entendemos que o uso das algemas só é permitido na presença de um dos três pressupostos referidos neste item, desde que, com a devida justificação escrita e respeitado o princípio da não culpabilidade, o respeito a dignidade humana (CF/88, art. 1º) e as garantias constitucionais se preocupam em resguardar o preso, por meio de tratamento humanitário (CF/88, art. 5º, XLVIII; XLIX; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXV; LXVI).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema lançado nesta pesquisa consiste na busca por um critério mais próximo possível da realidade brasileira, para alcançar a “ratio decidendi” da Súmula Vinculante nº 11, a fim de aperfeiçoar as hipóteses e justificativas de sua aplicação. O Brasil teve a sua cultura jurídica embasada na “civil law” e, por isso, poderia ser imaginado que a fonte originária do direito sempre tenha sido a lei. Entretanto, a história mostra que, há muito, têm sido usados mecanismos que são próprios da “common law”. Aliás, vale ressaltar que o apego aos precedentes, levaria maior isonomia aos jurisdicionados, bem como contribuiria com a segurança jurídica advinda da maior previsibilidade das decisões judiciais.

Daí a importância de se buscar na cultura da “common law”, uma de suas regras, que é a busca pela “ratio decidendi”, ou seja, os fatos considerados pelo julgamento, que conduziram efetivamente ao resultado. Aplicando esta regra – e guardadas as devidas peculiaridades –, facilitaria muito se a Súmula Vinculante nº 11 trouxesse, mais claramente em seu corpo, todas as situações que devem estar presentes (antecedentes), para produzir o respectivo resultado (consequente).

Com essa ordem de ideias, é possível propor uma nova redação para a referida súmula: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência OU de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Por fim, seria de boa técnica que a CF/88 fosse emendada para incluir um § 4º, no art. 103-B, contendo a obrigatoriedade de que a redação das súmulas vinculantes traga claramente todos os antecedentes (fundamentos determinantes) que devem estar presentes para produzir o resultado normatizado (consequente), para, desta forma, conter o caráter hipotético-condicional a fim de conferir maior objetividade ao Direito.

Toda construção do direito não pode se desvincular de sua aplicação, por melhor que seja a redação da súmula e o modo de elaboração de seu enunciado, deve-se se ater às condições necessárias para sua aplicação, devendo ter a cada decisão uma fundamentação coerente, íntegra, extensiva e minuciosa, resguardando os direitos dos cidadãos e preocupada com a construção racional do direito a fim de evitar arbitrariedades e opressão à sociedade por meio das decisões solipsistas, construindo, assim, um direito preocupado com a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Manuel; LOBÃO, Souza. *Segundas linhas sobre o processo civil*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional I*, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014-b.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Carlos Rodrigues, Márcio Pugliesi e Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1995.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. London: The University of Chicago Press, 1979. v. 1.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (Org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Direito Constitucional Sistematizado*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

\_\_\_\_\_, Luís Henrique Barbante; SILVA, Nelson Finotti. *Direito Constitucional Sistematizado*. Curitiba: Editora Juruá. 2014.

GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 40, n. 2, 1930.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia: o processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2.

HOLMES, Oliver Wendell. The common law – Lecture I. In: HOLMES, Oliver Wendell. *The common law & other writings*. Birmingham: The legal classics library, 1982.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1984. v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

POUND, Roscoe. What is the common law? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 4, n. 2, 1937.

TALAMINI, Eduardo. Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência: a suposta discricionariedade; efeito suspensivo e ativo; recorribilidade das decisões do relator; antecipação de tutela e a apelação contra sentença final. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4. p. 267-298.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista Precedente da Faculdade de Direitos e Ciências Sociais*, Colômbia, p. 87-89, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013-b.

## CONTRIBUIÇÕES TEÓRICO-METODOLÓGICAS PARA ESTUDOS DE FLUXOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

### *THEORETICAL-METHODOLOGICAL CONTRIBUTIONS TO FLOW STUDIES OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM*

Douglas da Silva Araújo;<sup>1</sup>

Larissa da Silva Ferreira Alves;<sup>2</sup>

Patrícia Borba Vilar Guimarães.<sup>3</sup>

**Resumo:** Os estudos de fluxos representam um mecanismo de aferição do acesso à justiça através do acompanhamento do trâmite processual de determinado crime durante sua passagem pelas instâncias que compõe o Sistema de Justiça Criminal (SJC), observando como estes órgãos cumprem seus papéis, seja na investigação, na denúncia ou no processamento de delitos. Sendo ferramenta essencial para visualização dos gargalos existentes durante o caminho percorrido por uma denúncia (notificação de crime), a partir da determinação de intervalos que podem considerar desde a instauração do procedimento pela

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (2013). É Especialista em Criminologia e Segurança Pública pela Faculdade Integrada de Patos (FIP) e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro da base de pesquisa Direito e Desenvolvimento (UFRN). Tem experiência na área de Direito Penal, com ênfase nos aspectos processuais da Lei Maria da Penha. Atualmente, desenvolve pesquisa sobre smart cities e sua interface com o Direito.

<sup>2</sup> Doutora em Geografia pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2013), Mestre em Geografia (2009), Especialista em Geoprocessamento e Cartografia Digital (2009) e Graduada em Geografia - Licenciatura (2006) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. É Professora Adjunta IV (D.E.) do Departamento de Geografia e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Dinâmicas Territoriais no Semiárido (PLANDITES) da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN, Campus de Pau dos Ferros. Tem experiência na área de Geografia e Planejamento Urbano e Regional, atuando principalmente nos seguintes temas: planejamento e ordenamento territorial, políticas públicas, turismo e análise regional, semiárido.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (1997). Tecnóloga em Processamento de Dados pela Universidade Federal da Paraíba (1989); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2008). Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Ciências da Sociedade, na área de Políticas Sociais, Conflito e Regulação Social, pela Universidade Estadual da Paraíba (2002). Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (2010). É Advogada e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, no Departamento de Direito Processual e Propedêutica (DEPRO). Líder da Base de pesquisa em Direito e Desenvolvimento (UFRN-CNPq) Docente vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito (UFRN-Mestrado Acadêmico) e ao Programa de Pós-graduação em Gestão de Processos Institucionais (UFRN-Mestrado Profissional). Membro do European Law Institute (ELI). Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Participa de atividades de cooperação internacional diversas, com projetos em desenvolvimento com: Universidade do Porto (UPORTO), no Centro de Investigação Jurídico-econômica (CIJE), Instituto Politécnico de Leiria (IPLEIRIA), Universidade de Coimbra, Departamento de Altos Estudos em Direito da Universidade de Coimbra (DaED), European Law Institute (ELI), Universidade do País Basco, Departamento de Direito Empresarial. Universidade de la Plata, Argentina (Governo Eletrônico). Universidade de Montréal, Canadá.

Artigo recebido em 03/07/2020 e aprovado para publicação em 22/09/2020.

autoridade policial até a fase de cumprimento de pena, além de propiciar uma análise da eficiência do próprio sistema, representando ainda um poderoso instrumento de avaliação de política pública. Para entender esse caminho percorrido por uma espécie delitiva, durante sua passagem pelas instâncias do Sistema de Justiça Criminal (Delegacia de Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, Sistema Penitenciário), estudiosos das ciências sociais desenvolveram métodos de abordagens a fim de estabelecer diretrizes metodológicas a serem utilizadas durante a coleta de dados feita pelo pesquisador. É nesse ponto que se concentra o objetivo central deste trabalho, o qual consiste em ponderar acerca dessas premissas metodológicas usadas em estudos de fluxo do sistema da justiça criminal, visando oferecer parâmetros que sirvam para subsidiar pesquisas na área.

**Palavras-chave:** Diretrizes metodológicas. Estudos de fluxos. Sistema de Justiça Criminal.

**Abstract:** Flow studies represent a mechanism for assessing access to justice through monitoring the procedural process of a particular crime during its passage through the bodies that make up the Criminal Justice System (SJC), observing how these bodies fulfill their roles, be it in the investigation, the denunciation or in the processing of crimes, being an essential tool for visualizing the existing bottlenecks during the path followed by a complaint (notification of crime), from the determination of intervals that can be considered since the initiation of the procedure by the police authority until the sentence is served, in addition to providing an analysis of the efficiency of the system itself, also representing a powerful public policy assessment tool. To understand this path taken by a criminal species, during their passage through the instances of the Criminal Justice System (Police Station, Public Ministry, Judiciary, Penitentiary System), social science scholars developed methods of approaches to in order to establish methodological guidelines to be used during data collection by the researcher. It is in this point that the central objective of this work is concentrated, which consists of pondering about these methodological premises used in flow studies of the criminal justice system, aiming to offer parameters that serve to subsidize research in the area.

**Keyword:** Methodological guidelines. Flow studies. Criminal Justice System.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo do fluxo da Justiça Criminal é um poderoso instrumento de reflexão sobre acesso diferencial à Justiça e é ainda pouco explorado no Brasil. Embora tenhamos um crescente número de estudos nos últimos anos, ainda são poucos os que procuram identificar e investigar os processos de filtragem dos envolvidos nos crimes (VARGAS; RIBEIRO, 2008 *apud* RIFIOTIS *et al*, 2010).

O acesso à justiça (criminal) no Brasil está intimamente relacionado à seletividade dos órgãos de segurança pública. Nessa linha, Camila Caldeira Nunes Dias (2013) aduz que:

Em função da histórica desigualdade social, da restrição de direitos e da impossibilidade de acesso à justiça para amplas camadas da população, e ainda contando com a ação seletiva da polícia, que se volta prioritariamente para as classes mais pobres, no Brasil esses processos mais amplos adquirem contornos ainda mais dramáticos, contribuindo para alimentar um círculo vicioso que aprofunda cada vez mais disparidades sociais, econômicas, políticas e de acesso à justiça entre os brasileiros mais pobres e os mais ricos. (DIAS, 2013, p. 135-136)

Nos últimos anos, o Brasil experimentou um aumento vertiginoso nos índices de criminalidade violenta que certamente está relacionado à crescente impunidade do sistema de justiça penal e a inefetividade de políticas de segurança pública.

É cada vez mais necessário repensar os papéis institucionais dos órgãos que compõem esse sistema e ponderar sobre os entraves e gargalos que dificultam e burocratizam as atividades de investigação, punição e prevenção de delitos, essenciais para suplantar crises e vicissitudes experimentadas pelos agentes públicos nas diversas fases da persecução penal. Nesse debate, os estudos de fluxos processuais se apresentam como mecanismo primordial no reconhecimento das causas do fenômeno da impunidade, podendo oferecer parâmetros para a tomada de decisão pelas instâncias competentes.

Nesse contexto, é imperioso entender que os estudos de fluxos buscam acompanhar o processamento de determinado crime durante sua passagem pelas instâncias que compõem o sistema de justiça criminal e como estes órgãos cumprem seus papéis, seja na investigação, na denúncia, no processamento de delitos, mostrando-se cruciais para visualização dos gargalos existentes durante o caminho percorrido por uma denúncia (notificação de crime), bem como para uma análise da eficiência do próprio sistema.

Importante também observar que o fluxo de justiça criminal obedece a sequências e ritos específicos de acordo com alguns fatores relacionados à infração penal cometida. Cada espécie de delito detém distinções próprias no que diz respeito, por exemplo, ao tipo de ação penal, se pública ou privada, a qual determinará os procedimentos a serem adotados pela autoridade policial, pelo Ministério Público, assim como os respectivos fluxos no âmbito do Poder Judiciário (FERREIRA; FONTOURA, 2008).

Porém, para entender esse caminho percorrido por uma espécie de delito durante sua passagem pelas instâncias do Sistema de Justiça Criminal (Delegacia de Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, Sistema Penitenciário), estudiosos das ciências sociais desenvolveram métodos de abordagens que deverão ser levados em conta para se estabelecer a forma pela qual se dará essa aferição. É nesse ponto que se concentra o objetivo central

deste trabalho, o qual consiste em ponderar acerca das diretrizes metodológicas usadas por estudos de fluxo do sistema da justiça criminal, visando oferecer parâmetros que sirvam para subsidiar pesquisas na área.

Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa da literatura já existente, utilizando-se da pesquisa bibliográfica documental, através da leitura de livros, periódicos científicos e bancos de dissertações e teses, como forma de coleta e compilação de informações sobre o tema em questão.

## 2 SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E ESTUDOS DE FLUXOS

Por sistema de justiça criminal entende-se a articulação entre as organizações policiais (em regra, Polícia Militar e Polícia Civil), o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Poder Judiciário e o Sistema penitenciário, com o objetivo de viabilizar o processamento dos conflitos classificados como delitos (crimes ou contravenções) nas leis penais brasileiras (RIBEIRO; SILVA, 2010).

Os índices resultantes da análise do processamento de crimes nas instâncias acima elencadas podem ser demonstrados por meio de fluxos. Os estudos sobre fluxo do âmbito da justiça criminal, em crescente ascensão no Brasil, preocupam-se, na sua generalidade, em analisar a eficiência do sistema criminal no que diz respeito ao processamento de delitos. Nesse contexto, a eficiência deve ser entendida como a capacidade do sistema de justiça criminal de processar e punir todos os crimes levados ao conhecimento da autoridade policial, através de uma relação entre o número de boletins de ocorrências de determinado crime e o número de sentenças condenatórias possivelmente prolatadas (COSTA, 2015).

A impunidade surge, nessa relação, como elemento resultante tanto da baixa eficiência do sistema criminal em processar e punir todas as demandas que chegam até ele, quanto da existência de gargalos (entraves) presentes em todas as instâncias desse sistema (Delegacia de Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário).

### 2.1 O EFEITO FUNIL NO FLUXO DO SISTEMA DA JUSTIÇA CRIMINAL

Dentre os vários estudos empreendidos sobre a análise de fluxos do sistema da justiça criminal, pode-se destacar o pioneirismo de Edmundo Campos Coelho (1986) com

sua pesquisa intitulada “Administração da Justiça Criminal no Rio de Janeiro”, que fez uso das estatísticas publicadas pelo Serviço de Estatística, Demografia, Moral e Política do Ministério da Justiça, com remissão contida no Código de Processo Penal (arts. 23 e 809, § 2º), constatando que apenas parte dos indiciados por crime ou contravenção chega ao último estágio de processamento do sistema de justiça criminal, ressaltando assim a baixa capacidade do sistema criminal brasileiro de identificar, processar e punir crimes e criminosos.

A partir dessa identificação feita pelo autor, o efeito funil pode ser entendido como uma espécie de “fuga” dos casos na medida em que avançam no sistema de justiça criminal, emergindo para uma ideia de impossibilidade prática do sistema em resolver as questões criminais. Ou seja, ao passar de uma etapa para outra, dentro das instâncias criminais (Delegacia, Ministério Público, Poder Judiciário), os casos vão se esvaindo por inúmeros motivos da punição do sistema criminal.

Outros estudos também constataram a difusão do efeito funil no sistema de justiça criminal. Vargas (2004), por exemplo, analisou longitudinalmente 444 Boletins de Ocorrência (BOs) de estupros registrados na Delegacia de Defesa da Mulher – DDM de Campinas no período entre 1988 e 1992. A partir do acompanhamento desses casos, desde seu registro na delegacia até o ponto de processamento no qual estes se encontravam no ano de 2001, a autora constatou que o fluxo do crime de estupro, em Campinas, inicia-se com uma grande base para, em seguida, assumir a forma de um funil, sendo que a maior filtragem é a operada na fase policial, quando 71% dos BOs iniciais são arquivados. Uma segunda seleção ocorre antes da fase judicial. Nesta, prosseguem 55% dos inquéritos instaurados. Dos casos denunciados, 58% resultam em condenação, mas essa percentagem representa apenas 9% dos registros iniciais (RIBEIRO; SILVA, 2010).

Nessa mesma linha, Tavares *et al* (2003 *apud* RIBEIRO; SILVA, 2010) acompanharam os casos de homicídios dolosos registrados na cidade de Marabá (Pará) durante os anos de 1999 e 2000. De acordo com as autoras, no ano de 1999, foram noticiadas 27 ocorrências (perfazendo 30 vítimas), enquanto no ano de 2000 foram registradas 33 ocorrências (perfazendo 34 vítimas). Até o ano de 2003, dessas 60 ocorrências de homicídio, 27 tiveram o inquérito policial aberto e apenas em um caso o inquérito policial foi encerrado. Ou seja, até o ano de 2003, dos 60 casos de homicídio doloso registrados entre 1999 e 2000 na cidade de Marabá, apenas um teve a fase de inquérito encerrada.

Ainda a exemplo do “fenômeno funil” remetido à ineficiência do sistema de justiça criminal, Michele Cunha Franco (2012), avaliando os crimes de homicídios dolosos praticados em Goiânia nos anos de 2007 e 2008, concluiu que nos anos pesquisados os índices de elucidação dos crimes giram em torno de 29% e 30,5%, bem inferior do que a metade dos crimes levados ao conhecimento das autoridades, o que reforça a ideia de baixa capacidade punitiva do sistema criminal brasileiro.

Numa relação entre o número de crimes cometidos, conhecidos através de pesquisas de vitimização, e o número de crimes cujos autores são condenados a uma alguma espécie de pena, as pesquisas empíricas acima explicitam como o efeito funil age na dinâmica do sistema de justiça criminal.

Apesar de Joana Domingues Vargas (2004) ressaltar que o efeito funil é uma característica inerente aos modernos sistemas de Justiça Criminal, e que se apresenta para todos os tipos de ocorrências criminais, considerando que o processo se inicia com um grande número de casos reportados à polícia e termina, depois de seleções sucessivas, com um pequeno número de casos sentenciados, deve-se observar que é a discrepância entre os números dos casos registrados na polícia e as sentenças condenatórias, porventura prolatadas, que resulta a conclusão acerca da ineficiência do sistema.

## 2.2 MATRIZES METODOLÓGICAS DO FLUXO DO SISTEMA DA JUSTIÇA CRIMINAL

Sob o enfoque metodológico, Vargas (2014) identifica dois tipos de bases de dados que os pesquisadores utilizam para o levantamento de informações para suas pesquisas. A primeira leva em consideração bases relativamente pequenas, de caráter localizado (geralmente referentes a um município ou comarca ou até mesmo um estado), construídas pela garimpagem do pesquisador, assentadas em informações produzidas pelos órgãos da justiça criminal desde que não considerada como fonte primária e sim como subsídio indutivo ou comparativo. Já a segunda é composta de grandes bases de dados pré-construídos pelas organizações, sejam elas governamentais ou não, compondo as estatísticas oficiais por elas disponibilizados, como por exemplo Secretaria Municipais e Estaduais, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Observatórios de Violência, etc.

Ainda segundo a autora, as bases de dados são organizadas segundo diferentes modelos (métodos) de ordenação, a saber: 1) abordagem longitudinal; 2) abordagem

transversal; e 3) abordagem longitudinal retrospectiva.

### 2.2.1 Abordagem longitudinal

Também denominado de abordagem longitudinal prospectiva ou longitudinal ortodoxo, o método em questão consiste no acompanhamento dos procedimentos desde o registro do crime pela polícia até o seu sentenciamento pelo sistema judicial. Por ser um acompanhamento do caso desde o seu registro até o seu encerramento, esse tipo de estudo reúne informações detalhadas sobre autor e vítima, contexto da ocorrência e características processuais do caso (RIBEIRO; SILVA, 2010).

O presente método de reconstituição do fluxo é considerado por muitos o mais recorrente nas pesquisas desta natureza, consistindo fundamentalmente no acompanhamento de um conjunto de ocorrências policiais de cada tipo de crime ao longo de um período (VARGAS; RIBEIRO, 2008).

Nesse método, o acompanhamento tem por objetivo verificar o percentual de casos que progridem para as fases subsequentes e ainda os que são arquivados antes do previsto. Trata-se de uma abordagem que permite analisar o tempo de processamento, a dinâmica das operações realizadas pelos operadores do direito, as características dos casos, das vítimas e acusados, redundando num rico material sobre as práticas judiciais e a produção de justiça. Assim, pode-se estudar a entrada e saída dos casos no sistema, bem como os resultados do processo e, por essa via, discutir o acesso diferencial à Justiça. A dimensão temporal no estudo do fluxo de justiça é, portanto, um elemento central (RIFIOTIS *et al* 2010).

Frise-se que, no método de abordagem longitudinal prospectiva, o levantamento de dados pode ocorrer desde o registro da ocorrência até a execução da pena determinada por ocasião da sentença, ou em outro intervalo a ser considerado. O estabelecimento de variáveis permitirá, a partir da comparação entre as fases decisórias do processo, tecer conclusões sobre o enunciado levado a teste.

### 2.2.2 Abordagem transversal

O método de abordagem transversal, por sua vez, pode ser caracterizado pelo

contraste dos números produzidos por cada organização do sistema de justiça criminal para um determinado crime. Por exemplo, nos casos dos homicídios dolosos, as pesquisas realizadas nos últimos anos coletaram para um mesmo ano, as informações sobre o número de homicídios registrados pela polícia, o número de inquéritos por homicídio abertos, o número de denúncias oferecidas por homicídio e o número de sentenças por homicídio em uma dada cidade ou estado. A partir destes dados, os pesquisadores puderam reconstituir a pirâmide da impunidade e, desta maneira, avaliar a produção decisória da localidade (RIBEIRO; SILVA, 2010).

O método transversal é, portanto, baseado no cálculo do número de casos de cada tipo penal que são processados em cada uma das agências do sistema criminal de justiça (RIFIOTIS *et al* 2010). Aqui poderão ser utilizadas estatísticas obtidas nas diferentes organizações do sistema criminal, sem o acompanhamento do percurso de pessoas e papéis pelas diferentes instâncias (CANO; DUARTE, 2010), diferentemente do que ocorre com o método de abordagem longitudinal ortodoxo.

Ludmila Ribeiro e Klarissa Silva (2010) explicam que a desvantagem do desenho transversal em relação à pesquisa longitudinal ortodoxa ou prospectiva é a impossibilidade de saber quais casos registrados originalmente na polícia correspondem a que outros casos em cada uma das instituições subsequentes. O desenho transversal permite conhecer, em média, o período a que esses inquéritos, denúncias, processos e sentenças correspondem, mas não permite concluir se todos se encaixam nesse período. As autoras registram que isso pode provocar uma perda de precisão, particularmente nos estágios intermediários do sistema. Contudo, afirmam que o desenho transversal é mais simples e permite que se trabalhe com o conjunto total dos casos, ao invés do uso de amostras, como em geral ocorre com os estudos que se utilizam da metodologia longitudinal ortodoxa.

### 2.2.3 Abordagem longitudinal retrospectiva

O método de abordagem longitudinal retrospectiva funda-se na análise de casos encerrados em um determinado período de tempo, realizando o monitoramento retrospectivo dos processos (RIFIOTIS *et al* 2010). Retrospectivo aqui indica a visualização do fluxo do final para o início.

Em alguns estudos, dada a dificuldade de acesso aos documentos produzidos pelas

polícias, algumas pesquisas têm se valido do desenho metodológico longitudinal retrospectivo. Neste caso, os dados são levantados de trás para frente. Ou seja, elege-se como base o ano do julgamento (ou arquivamento) dos processos relativos a um tipo específico de crime. Os dados são produzidos a partir da análise dos processos selecionados (COSTA, 2015).

Nesse ínterim, no método de abordagem longitudinal retrospectivo os pesquisadores a partir das sentenças penais, por exemplo, farão a análise reversa do caminho processual, com acesso aos documentos constantes nos autos, especialmente os contém cunho decisório (denúncias, inquéritos policiais, boletins de ocorrência), que marcam a passagens de etapas no sistema.

A principal dificuldade desta estratégia é que apenas os casos que chegam ao final do processamento, ou seja, no estágio de sentença penal, estão disponíveis. Estes casos, além de constituírem quase sempre uma minoria, são provavelmente diferentes, em muitas dimensões, daqueles que não conseguiram ultrapassar as fases iniciais, não podendo ser considerados uma amostra representativa do conjunto (CANO; DUARTE, 2010).

Joana Domingues Vargas (2014) salienta que tanto a abordagem transversal quanto a longitudinal retrospectiva não permitem recuperar as perdas ocorridas ao longo do processamento, já que estão excluídos os casos que foram arquivados.

### 2.3 A AFERIÇÃO DA IMPUNIDADE NO FLUXO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Antes de relacionar o tema da impunidade aos estudos de fluxos do sistema de justiça criminal, importante entender o seu significado. Sob um viés estritamente jurídico, a impunidade é a não aplicação de uma determinada pena criminal a um indivíduo que praticou um fato tipificado como um ilícito penal. Cada infração penal detém uma pena específica, e quando o infrator não é alcançado por ela, seja pela fuga, pela deficiência ou falha do sistema de justiça, a impunidade subsiste (CARVALHO FILHO, 2004).

Estudiosos buscam compreender a impunidade penal sob um viés mais sociológico. Sob essa perspectiva, interessante transcrever as lições de Adorno e Pasinato (2010) sobre o objetivo dos estudos sociológicos da impunidade:

Cuida-se de idêntica as razões que explicam a impunidade penal em sociedades, como a brasileira, sejam as de ordem estrutural, processual, ou relacionadas às motivações – inclusive o universo simbólico – que regem o comportamento não

apenas dos operadores técnicos ou não técnicos do direito penal, como também dos demais protagonistas implicados nos acontecimentos criminais. (ADORNO; PASINATO, 2010, p. 60)

Perceba-se que são várias os motivos que explicam a impunidade, que vão desde a burocratização e desarticulação institucional até a seletividade e a influência que os diversos atores (população, mídia, Estado, agentes penais, juízes, promotores, etc.) exercem no sistema de justiça. A impunidade, nos estudos de fluxos, pode ser perquirida a partir do acompanhamento dos casos nas quatro fases tradicionais do sistema de justiça criminal: os registros de ocorrência policiais; os inquéritos policiais; as denúncias oferecidas pelo Ministério Público; e as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário.

Para fins de mensuração da impunidade, um importante estudo foi desenvolvido por Ignácio Cano e Thaís Lemos Duarte (2010), os quais propuseram, sob o aspecto metodológico, um cálculo proporcional de crimes (de uma determinada natureza), registrados num certo ano, que acabaram resultando em inquéritos, processos e sentenças. A impunidade nessa perspectiva da aferição, conforme preleciona os autos, poderia resultar de diversas situações, como: a) o crime não ter se tornado inquérito; b) o inquérito não ter virado denúncia; c) a denúncia não ter chegado à fase de sentença; d) a sentença não ter resultado na impronúncia ou absolvição de todos os réus.

A aferição da impunidade, sob o aspecto de fluxo, pode até ser ponderada e relativizada, por exemplo, se levar em conta que o efeito funil é característica intrínseca ao sistema criminal de justiça, no entanto, se as porcentagens de casos iniciais que desembocaram em condenação fossem comparadas à produção decisória de outros países (VARGAS, 2004), como é o caso dos Estados Unidos, visualizar-se-ia com mais clareza a ineficiência do sistema criminal brasileiro.

Os dados da impunidade no Brasil chegam a ser comparados a uma pirâmide, cuja base maior representa os crimes que são noticiados à autoridade policial e o cume representa as condenações efetivamente proferidas pelo Poder Judiciário. Cano e Duarte (2010), sob essa ótica de funil do SJC, aduzem que a impunidade advém de um Sistema de Justiça que se mostra incapaz de condenar seus criminosos quanto maior for a base e menor o ápice desta pirâmide.

Paralelamente, os estudos de fluxos também podem servir como instrumentos de análise de políticas públicas, especialmente àquelas relacionadas às atividades dos órgãos que compõem o SJC. Para tanto, consoante alertam Ribeiro e Silva (2010), é necessário que

estes estudos não objetivem exclusivamente conhecer o número de casos que alcança um desfecho final, mas sim conhecer as razões qualitativas de somente um reduzido percentual de casos alcançarem a fase de sentença, compreendendo quais são os fatores de estrangulamento do sistema e possibilitando, assim, uma intervenção mais acertada sobre os estraves organizacionais e, conseqüentemente, a redução da perda progressiva de casos ao longo do processamento de crimes.

## 2.4 O EFEITO “PINGUE-PONGUE” NO SJC

O efeito “pingue-pongue”, dentro da temática abordada por este estudo, refere-se à tramitação burocratizada do inquérito policial entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público ou outra instância do SJC, na busca de elementos de convicção da materialidade delitiva e/ou indícios de autora (justa causa da ação penal), sem, contudo, chegar a uma conclusão rápida, representando verdadeiro entrave à eficiência da justiça punitiva estatal.

No processo penal, o inquérito policial constitui um procedimento de natureza administrativa, presidido pelo Delegado de Polícia, permeado pelo caráter inquisitivo (investigativa), visando a apuração de determinado ilícito penal, com a finalidade de subsidiar a futura proposição da ação penal pelos seus titulares. Bastante controverso, o inquérito policial remonta à Reforma do Código de Processo Criminal de 1871, inspirado no processo inquisitorial canônico português (MENDES, 2008), reveste-se em um procedimento pautado na centralização do poder estatal nas mãos do Delegado durante essa etapa da persecução criminal.

Característica dessa fase, e alvo de críticas doutrinárias, é a mitigação da ampla defesa e do contraditório. O inquérito policial constitui uma fase pré-processual, sem oportunidade do exercício da ampla defesa, considerando que a produção de provas, seja testemunhal, pericial, dentre outras, prescinde da participação do investigado. E a defesa técnica durante o inquérito não é obrigatória, nem mesmo gera alguma espécie de mácula a este procedimento, muito embora se enxergue uma tendência mais atual de fortalecimento dessas garantias constitucionais durante essa etapa de investigação de preliminar.

Sob um tom crítico, Michel Misse (2011, p. 26) alude que “o modelo do inquérito policial adotado no Brasil contribui para a baixa capacidade de resolução judicial dos conflitos e crimes da sociedade brasileira”. Dentre outros motivos, o autor baseia essa

afirmação no caráter estritamente burocrático e cartorial das peças que compõem o inquérito, além de sustentar o caráter político que o inquérito pode assumir, a partir da pessoa que está sendo investigada e das tensões presentes no momento da instauração e da condução, dando um grande poder aos delegados, que, ao controlá-lo, exercem uma grande influência nas demais fases conduzidas pelos outros atores do sistema de justiça penal.

Os altos índices de impunidade relacionados com o baixo nível de elucidação dos crimes, a burocratização procedimental e o distanciamento institucional reforçam a crise do inquérito policial, que é corroborada por Aury Lopes (2006):

[...] os juízes apontam para a demora e pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando novas diligências. (LOPES, 2006, p.01)

Sintetizando a ideia de morosidade presente nesse jargão policial “pingue-pongue”, Misse (2010) aduz que existem muitos inquéritos que vão e voltam do Ministério Público por muito tempo e que, apesar de não terem mais jeito, nem o delegado, nem o promotor, respectivamente, sugerem ou requerem o arquivamento dos procedimentos.

O que se percebe, na verdade, diante da inexistência de provas contundentes, seja da materialidade, seja da autoria delitiva, ou de ambas, é a “insistente vontade de processar” por parte dos responsáveis pelos procedimentos em trâmite no SJC (na delegacia, o Delegado de Polícia, no Ministério Público, o Promotor de Justiça). É como se o arquivamento fosse tratado como *ultima ratio* nos procedimentos criminais, mesmo que todas as circunstâncias convirjam favoravelmente a ele. A morosidade, consubstanciada nesse “vai e vem” sem fim dos inquéritos, acaba *descredibilizando a justiça criminal e acentuando os índices de impunidade*.

As *idas e vindas* do inquérito policial entre Polícia Judiciária e Ministério Público (“pingue-pongue”) acarretam um distanciamento significativo do momento do crime à denúncia do criminoso, causando, em não raras oportunidades, o arquivamento do inquérito. Dentre as causas desse fenômeno, podem-se destacar as investigações policiais mal conduzidas, caracterizadas por inúmeras prorrogações de prazo ou relatadas sem substância, o que implicaria a solicitação do promotor por novas diligências à autoridade policial (FARIAS; DINIZ, 2017). Outra causa seria a sobrecarga de procedimentos tanto na Polícia Judiciária como no Ministério Público, o que leva os operadores a atuarem

simultaneamente em vários casos, valendo-se muitas vezes das remessas aos órgãos diversos como forma de promover o “andamento procedimental”, o que na verdade acaba fomentando o então efeito “pingue-pongue”.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o estudo de fluxo do SJC demanda o levantamento de informações a fim de promover uma construção de dados que refletem o caminho que determinada modalidade de delito percorreu desde sua comunicação à autoridade policial até o efetivo julgamento pelo Poder Judiciário (ou outro intervalo a ser considerado) e, se for o caso, até o cumprimento de pena pelo condenado no âmbito do sistema penitenciário ou de outra pena alternativa que lhe tenha sido imposta.

Na ausência de um sistema nacional uniformizado de coleta de dados, pesquisadores das ciências sociais têm, a cada dia mais, feito uso dos estudos de fluxos para aferir os gargalos existentes no Sistema de Justiça Criminal brasileiro no que diz respeito ao processamento e punição de práticas delitivas e, com isso, auxiliar na resolutividade dos problemas encontrados durante a tramitação dos procedimentos nas várias fases que compõem essa estrutura.

Os estudos de fluxos representam também um mecanismo de análise das atividades desempenhadas pelos órgãos do SJC, bem como das políticas públicas relacionadas à atuação dessas entidades, seja na prevenção, repressão ou punição de condutas delituosas, especialmente quando esses estudos se preocupam com as razões qualitativas que geraram os entraves e perdas no processamento de delitos durante a passagem pelo sistema.

É importante ressaltar que, numa análise de fluxo de determinado delito, o pesquisador poderá propor variáveis, sejam independentes ou dependentes, a fim de constatar ou não o enunciado levado a teste. Igualmente, ressalta-se que os estudos de fluxos poderão se dar sob uma análise quantitativa ou qualitativa do material coletado. Anote-se também que a escolha inicial de um delito a ser estudado sob o aspecto de fluxo é crucial para estabelecer o caminho a ser percorrido durante a pesquisa, posto que cada delito possui rito e procedimento próprios.

Portanto, visando auxiliar nos estudos de fluxos do sistema da justiça criminal, este trabalho buscou discorrer sobre a metodologia usada por estudiosos das ciências sociais e

empregada para análise do caminho percorrido por determinada infração penal durante sua passagem pelas instâncias que compõem o referido sistema, ponderando a respeito das bases de dados a serem utilizadas e dos seus métodos de ordenação para, assim, oferecer subsídios a pesquisas futuras.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, p. 51-84, jan./fev./mar. 2010. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7200/5779>. Acesso em: 17 out. 2019.

CANO, I.; DUARTE, T. L. A Mensuração da impunidade no sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro. In: *Segurança, Justiça e Cidadania*, 2010. v. 4. p. 10-43. Disponível em: <http://www.encurtador.com.br/fzYZ8>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Impunidade no Brasil: Colônia e Império. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 181-194, ago. 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142004000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 nov. 2019.

COELHO, Edmundo Campos. 1986. A administração da Justiça Criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro: luperj, v. 29, n. 1, p. 61-81, 1986. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redesvirtual.bibliotecas:artigo.revista:1986;1000426988>. Acesso em: 27 set. 2019.

COSTA, Arthur Trindade M. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira: Uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p.11-26, 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/17088>. Acesso em: 05 abr. 2019.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Jean Ransley Oliveira; DINIZ, Ariosvaldo da Silva. Repercussões do inquérito policial na investigação criminal: desafios no combate à criminalidade no Brasil. *Segurança Pública em Revista*, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 96-114, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://silo.tips/download/repercussoes-do-inquerito-policial-na-investigacao-criminal-desafios-no-combate-a>. Acesso em: 18 jul. 2019.

FERREIRA, Helder; FONTOURA; Natália de Oliveira. *Sistema de Justiça Criminal no Brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação*. Brasília: IPEA, março de 2008. Disponível em:

[https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4884](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4884). Acesso em: 20 jun. 2019.

FRANCO, Michele Cunha. Determinantes do fluxo da justiça criminal: crimes de homicídio na cidade de Goiânia em 2007 e 2008. In: ENCONTRO DA ABCP, 8., 2012, Gramado. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/determinantes-fluxo-justica-criminal-crimes-homicidio-cidade.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

LOPES, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2006.

MENDES, Regina L. Teixeira. A Invenção do Inquérito Policial Brasileiro em uma Perspectiva Histórica Comparada. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 22, p. 147-169, 2008. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/12240>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MISSE, Michel. *O inquérito Policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: NEACVU/IFCS/UFRJ, 2010.

\_\_\_\_\_. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Soc. estado.*, Brasília, v. 26, n. 1, p. 15-27, abr. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922011000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 dez. 2029.

RIBEIRO, Ludimila; SILVA, Klarissa. Fluxo do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro: Um balanço da literatura. *Cadernos de Segurança Pública*, [s.l.], a. 2, n. 1, ago. 2010. Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/revista/download/rev20100102.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

RIFIOTIS, Theophilos; VENTURA, Andresa Burigo; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. Reflexões críticas sobre a metodologia do estudo do fluxo de justiça criminal em casos de homicídios dolosos. *Revista de Antropologia* (USP: Impresso), São Paulo, v. 53, p. 689-714, 2010.

VARGAS, Joana Domingues. *Estupro: Que Justiça? Fluxo do Funcionamento e Análise do Tempo da Justiça Criminal para o Crime de Estupro*. 2004. Tese (Doutorado) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

\_\_\_\_\_. Fluxo do sistema de justiça criminal. In: LIMA, Renato Sérgio; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. (Orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

\_\_\_\_\_; RIBEIRO, L.M.L. Estudos de Fluxo da Justiça Criminal: Balanço e Perspectivas. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 32., 2008, Caxambu. *Anais*. Disponível em: <http://www.encurtador.com.br/lxFXZ>. Acesso em: 05 abr. 2019.

**CRÍTICAS AO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO: ASSIMETRIA DE DIREITO,  
MUNICIPALISMO E ANTAGONISMO DO FEDERALISMO FISCAL**

*CRITICISMS TO THE BRAZILIAN FEDERATIVE PACT: DE JURE ASYMMETRY,  
MUNICIPALISM AND ANTAGONISM OF FISCAL FEDERALISM*

Leonam Liziero;<sup>1</sup>

Tiago Zilli.<sup>2</sup>

**Resumo:** Partindo da análise hipotético-dedutiva do problema acerca da centralismo no Estado federal brasileiro, a presente pesquisa busca expor três estudos críticos redigidos por especialistas, que versam sobre temas como: distinções entre federalismo e Estado Federal; princípio da senda federalista no Brasil; cunho centralizado e nominal do federalismo brasileiro; particularidade do Município como ente federal; problemáticas do federalismo fiscal; federalismo em crise; e, por fim, relação entre sociedade e federalismo. Com intuito de expor dentro das formulações metodológicas condizentes, serão apontados estes aspectos que reforçam o caráter renegado do Pacto por parte dos mandatários do Poder Central. Por fim, demonstra-se que problemas antigos das relações federativas no Brasil permanecem após a promulgação da Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** Constituição. Estado. Município. Pacto Federativo. União.

**Abstract:** Based on the hypothetical-deductive analysis of the problem of centralism in the Brazilian federal state, the present research seeks to expose three critical studies written by specialists, dealing with themes such as: distinctions between federalism and the Federal State; the centralized and nominal nature of Brazilian federalism; the particularity of the Municipality as a federal entity; the problems of fiscal federalism; federalism in crisis; and, finally, the relation between society and federalism. In order to present within the appropriate methodological formulations, these aspects will be pointed out, which reinforce the renegade character of the Pact by the representatives of the Central Power. Finally, it is shown that old problems of federal relations in Brazil remain after the promulgation of the Constitution of 1988.

**Keywords:** Constitution. Federal Pact. Federal Union. Municipality. State.

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ com Pós-Doutorado em Direito pela UFRJ.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela UPF, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, acadêmico de Ciências Sociais pela UFRGS, Membro do Grupo de Pesquisa: Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais (CNPq) do Programa De Pós-Graduação Em Direito UPF, Nova Prata, Rio Grande do Sul, Brasil, Pesquisador.

Artigo recebido em 01/03/2019 e aprovado para publicação em 06/01/2021.

## 1 INTRODUÇÃO

O pacto federativo rege as relações institucionais delega à União, aos Estados e aos Municípios a categoria de entes autônomos e harmônicos que, através das suas dinâmicas relacionais, devem trabalhar a fim de concretizar o projeto constitucional de 1988. No propósito de realização de um *Estado Democrático de Direito*, a atual Constituição da República Federativa prescreve mecanismos essenciais para uma caracterização a ideia de Estado de Direito, como a supremacia do Direito, a limitação do poder, o controle jurisdicional, além do núcleo que envolve a liberdade e autonomia individual, legitimadas e protegidas através do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais (NOVAIS, 2013).

A ideia de Estado federal surge a partir da organização jurídico-política dos Estados nacionais, fundada no embasamento empírico norte-americano enunciado na Constituição de 1787, como um resultado direto das correntes constitucionalistas modernas, sendo um ideal da sociedade política (LIZIERO, 2018, p. 17).

Em termos de organização política, os Estados Federais podem ser compreendidos como um Estado composto por dois ou mais entes políticos que detêm interesses em comum, alicerçados em uma realidade que abriga diversos núcleos de poder, não dotados de soberania, que se comunicam em forma de constante tensão. No aspecto do direito, demonstra-se a existência de diversas ordens jurídicas parciais, cada qual com uma Constituição, que por sua vez são validadas por uma Constituição total, expressa na Constituição Federal (total), que ao mesmo tempo é a Constituição da Federação (KELSEN, 2005, p. 452).

Partindo-se do método hipotético-dedutivo, inicia-se a pesquisa bibliográfica em obras literárias de cunho técnico-científico, vinculadas à temática da Federação brasileira, bem como ao adensamento dos conhecimentos promovidos em debates e videoconferências em sala de aula, a fim de investigar as construções fáticas e teóricas que eclodiram na elaboração do Pacto Federativo Brasileiro, vigente há pouco mais de trinta anos. Com base nos levantamentos encontrados, buscar-se-á apresentar pontos sensíveis que se revelam como entraves a efetividade fraterna e cooperativa da federação.

## 2 DISTINÇÃO ENTRE FEDERALISMO E FEDERAÇÃO

O federalismo tem, entre seus marcos teóricos clássicos, a obra *O Federalista*, que discorre sobre questões pertinentes a configuração material do federalismo norte-americano. Entre as propostas desta coletânea de artigos de Hamilton, Madison e Jay (2003), encontra-se a formatação de um governo federal, incumbido de promover a defesa e a proteção da comunidade que o forma, com instrução, qualificação e direcionamento às forças de proteção nacional.

A federação cingida pelos princípios do regime republicano outorga o poder de defesa sistemática de suas instituições ao tino da União (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 270). Acontece ainda que as leis promulgadas pela União, no regime federativo tem efeito de alcançar todos os indivíduos constantes naquele país.

Evidentemente, o federalismo não é um fenômeno exclusivo de origem estadunidense que gerou um modelo de Estado federal ideal que deva ser reproduzido, de modo a servir de métrica da qualidade do federalismo de outros Estados federais. A título de exemplo, o federalismo alemão tem origens e motivações bem diversas do norte-americano.

O fenômeno federativo no Brasil não tem início com a instituição do Estado federal, pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 (forma de Estado ratificada posteriormente pela Constituição republicana de 1891). Como se verifica em pesquisas como as de Miriam Dolhnikoff (2007, p. 82), o federalismo estava presente como movimento político no Império, de modo a provocar um pêndulo entre centralização e descentralização durante a vigência da Carta Política de 1824. De fato, pode-se inferir que o Brasil funcionava como um Estado unitário descentralizado, com relações equivalentes às de um Estado federal.

O movimento pendular entre centralização e descentralização é uma constante na história constitucional brasileira, com tendências maiores à centralização. De fato, durante a vigência da Constituição de 1937 e da Constituição de 1967 (considerando também a EC nº1, de 1969), as relações federativas ficaram solapadas pela superconcentração de poder na União (em especial na figura do Presidente da República). Mesmo durante as vigências das Constituições de 1891, 1934 e 1946, nota-se amplas competências da União ou forte intervencionismo da União nos Estados (como durante o governo de Arthur Bernardes). Por fim, durante os quase quatro anos de uma espécie de vácuo constitucional que separam a Revolução de 1930 e a Constituição de 1934, o Decreto nº 19.398/1930 estabeleceu um

sistema em que nada se assemelha ao que se observa comparativamente em pontos em comum em federações.

Tais breves fatos presentes na sucessão de Constituições brasileiras corroboram o questionamento epistemológico de Livingston, segundo o qual a natureza do federalismo está na sociedade, não no direito constitucional. Deste modo, para se compreender de modo menos refutável, faz-se importante a distinção entre federalismo e federação como objetos distintos, ainda que de certo modo possam ter alguma conexão substancial.

Livingston (1952) disserta que tradicionalmente se compreendia que a efetivação do Estado federal ocorre com a elaboração de uma Constituição escrita de caráter rígido a fim de coibir mudanças repentinas na estruturação da Federação, sendo tratados os assuntos pertinentes à matéria, na esfera do Direito Constitucional. O federalismo seria uma tentativa, por meio de instituições, de solucionar problemas de organização política.

Em uma ruptura com este paradigma formalista do Estado federal, Livingston propõe uma compreensão de cunho sociológico. Neste sentido, afirma-se que a heterogenia contida na sociedade, podendo ser de cunho econômico, religioso, racial, ou ainda, agregada às diferenças de nacionalidade ou de linguagem, é ocasionada por temáticas geográficas, referindo-se a variações de tamanho territorial, ou mensuradas por cisões de contexto histórico e cultural (LIVINGSTON, 1952, p. 89). Esta concentração de populações com certa identidade em locais geograficamente distintos será definida por Livingston como territorialidade.

Tais diversidades sociais serão refletidas nas instituições federais (estas formadas pelo direito constitucional do Estado, objeto de apreciação jurídica). Estas instituições de coordenação social são erigidas por meio da conjuntura contida nos arranjos políticos e constitucionais. A concepção e a continuidade pacífica de uma comunidade política são atividades intensamente complexas e nem sempre satisfatórias. Por isso, admite-se que os padrões constitucionais e de instituição estão longe de serem adequados ou efetivos, impactando na qualidade do federalismo (LIVINGSTON, 1952, p. 87).

Outro apontamento recorrente levantado por Livingston (1952, p. 93) refere-se à questão da passagem temporal abarcada na sociedade que modifica as relações sociais através de diferentes dinâmicas internas, levando ao soerguimento de diversas formas de instrumentalidade para atendimento a novas demandas. Um fator complicador desta

dinâmica refere-se à obsolescência institucional devido à rigidez dos instrumentos criados institucionalmente.

O federalismo, para Livingston (1952, p.88), pode ser encarado não como um fenômeno dependente da Constituição, mas sim como fenômeno social, buscando incorporar um nível de coerência social a respeito das diversidades presentes na complexidade gestada no sistema federal (LIVINGSTON, 1952, p.89). O plano federal contido na Constituição, embora tratado como um instrumento político, torna-se um conjunto complexo de valores psicológicos e sociológicos que adornam o padrão de diversidade humana constante na sociedade (LIVINGSTON, 1952, p. 95).

Na obra de Liziero é possível verificar como a distinção entre federalismo e federação se encontra no pensamento de autores brasileiros. Para tanto, como fonte de pesquisa, o autor utiliza os Diários da Constituinte de 1987/1988, nos quais se verifica o tema federalismo sendo debatido pelos próprios Constituintes e por convidados nas sessões. Entre os convidados, destacam-se autoridades acadêmicas que expuseram sua visão acerca do tema baseada em alguma cientificidade de seus estudos pretéritos.

Entre tais acadêmicos, destacam-se as referências aos escritos de Raul Machado Horta e Paulo Bonavides, bem como as exposições ou textos de Paulo Lopo Saraiva (na Subcomissão dos Municípios e Regiões), José Alfredo Baracho e Rosah Russomano (na Subcomissão dos Estados), nos quais se verificam a distinção entre federalismo e federação no desenvolvimento de suas ideias. Veja-se parcialmente esta análise de alguns autores trabalhados por Liziero.

O federalismo, na leitura de Raul Machado Horta, “é um modelo constitucional, uma força valorativa que inspira o Estado Federal” (LIZIERO, 2018, p.95). O federalismo, assim, possui características “recolhidas dos modelos diversificados da edificação constitucional do Estado federal, sem a homogeneidade de modelo único e exclusivo, considerando a pluralidade das manifestações concretas do federalismo” (HORTA, 1999, p. 14-15). Diferentemente da ideia de federalismo, o Estado federal, para Horta (1985, p.14), “é criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição federal, para instituí-lo”. Mostra-se bem evidente que, segundo os escritos de Horta, federalismo e federação não são conceitos idênticos, tampouco possuem a mesma origem.

Para Paulo Bonavides (2005, p. 182), o Estado Federal existe a partir da plenitude do exercício de um Poder Constituinte soberano, que trará expressará na Constituição Federal

“os lineamentos básicos da organização federal”, que enunciarão as competências para instituição dos órgãos políticos e jurídicos necessários para elaboração e aplicação das normas de direito que permearão a convivência de seus habitantes.

Por sua vez, dispõe Baracho (1982, p.53), no aspecto político, que “o federalismo é considerado como forma de distribuição de poder, tomado este em seu significado constitucional”, enquanto o Estado federal modo de organização do Estado que divide, sem ruptura, a soberania entre os Estados membros (BARACHO, 1982, p. 55).

Nos debates da constituinte, o federalismo foi retratado como um conceito utópico (LIZIERO, 2018, p. 98) que iria ter sua efetividade planejada nos assuntos referentes às fatias do orçamento da Federação, sendo muito debatida na Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas.

A pauta defendida pela Comissão de Organização do Estado, na Assembleia Nacional Constituinte, clamava de forma unívoca pela descentralização (de poder e de recursos) da Federação para os Estados Membros. Porém, o ambiente institucional, que compôs o texto, não alcançou a paridade pautada, resultando em um ordenamento que deu expansão ampla ao poder central, germinando um problema futuro e endêmico de dependência financeira dos Estados em relação à União. O estado federal, criado pela Constituição distancia-se do ideal federalista debatido na Assembleia Nacional Constituinte (LIZIERO, 2018, p. 105).

Para Liziero (2018, p.103), o federalismo pode ser encarado como “um princípio reitor” da forma de organização do Estado, transmutado em uma realidade política, econômica e social, que se mostra como uma pré-condição teórica para a materialização da federação. Esta, por sua vez, é a instrumentalização do Estado em si.

Sendo o federalismo um conceito de natureza sociopolítica, enquanto o Estado Federal é um conceito jurídico pertencente ao direito constitucional, resultado de um projeto político desencadeado em um processo temporal e histórico (conforme foi disposta na formação dos Estados Unidos da América), ou composto através de um ato único que modifica a forma de organização política (a exemplo do Brasil).

Assim, é possível inferir que, com base nas lições de Horta, a formação do Estado Federal seguirá (em um plano lógico) três estágios: i) a presença do federalismo (seja por experiência histórica ou por opção política do Poder Constituinte); ii) a formação de uma Constituição Federal por meio de um pacto federativo; iii) Estado federal constitucionalmente estabelecido (LIZIERO, 2018, p.112).

### 3 BREVES NOTAS SOBRE A GÊNESE E CRISE DO FEDERALISMO NO BRASIL

Perpassados quase cem anos da promulgação norte americana, no final dos anos 1860, o progresso embriagante daquele país, que doutrinava a liberdade e a emancipação econômica frente ao controle estatal, identificava na matriz federalista um caminho a ser traçado no solo tropical, através dos discursos radicais de figuras como Silveira Martins, Lafayette Pereira, Aristides Lobo e Flávio Farnese (FAORO, 2012).

A figura de Tavares Bastos, em 1870, traz um discurso portador da advertência de que a reforma federal não era simplesmente possuidora de melhorias a nível administrativo, devendo os partidos da época entenderem a figura da centralidade política e sua diferença perante a centralidade administrativa. O pacto federal era sim uma ferramenta de ampla abrangência política, com o intuito de promover os propósitos da democracia (FAORO, 2012, p.525).

A esta altura dos acontecimentos o embate entre o Partido Liberal e os defensores da Monarquia expunha uma cisão técnica a respeito da condução do Brasil: a conservação da Monarquia com o adensamento de ferramentas descentralizadoras do poder ou a instituição da federação com o sacrifício da Coroa, visando a renovação política, social e econômica do País, que a meio século encontrava-se inerte neste limbo institucional (FAORO, 2012, p. 526).

Rui Barbosa, ao defender a adoção da federação, dois meses antes da queda do trono, sustentava a tese federativa desenvolvida no modelo americano, no qual ocorria uma adaptação do centralismo político e do pacto federal, mediante a descentralização das competências administrativas relegadas às províncias e a centralização na União do comando financeiro e do controle econômico (FAORO, 2012, p. 529).

No Brasil, o estado federal foi instituído com o Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, na Proclamação da República, sendo constitucionalizado na Constituição de 1891, quando as antigas províncias, alcançaram o *status* de Estados federados. A federação sempre esteve presente, de forma nominal, nas constituições posteriores, dando amplitude fática à centralização dos poderes da União. Na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, o clamor técnico e popular rogava pela descentralização das ferramentas de poder (LIZIERO, 2018, p. 21).

De acordo com Bonavides (1996, p. 417), a sociedade brasileira se encontraria em uma profunda crise, maior que a grande depressão de 1929, ou até mesmo que a recessão provinda do término da economia cafeeira na década de trinta. Trata-se de uma crise de caráter triplo, envolvendo os aspectos econômicos, financeiros e sociais que se projeta por meio do ciclo de endividamento e dependência com efeitos sob o próprio caráter da soberania.

Uma das razões condizentes para este *status* encarado pela nação brasileira, refere-se às suas problemáticas políticas, analisadas sob o prisma da natureza e da organização da federação, que nunca teve uma análise sensível sobre sua importância, sendo indiferenciada através de medidas unitaristas contidas na sua gênese, que foram agravadas durante o Estado Novo e aprofundadas no Regime Militar (BONAVIDES, 1996, p. 417).

Da superação do paradigma do estado unitário, no qual o direito configurava-se como ficto, e a unicidade da União se justificava com a finalidade de manter a ordem e a soberania, adentra-se a partir das Revolução de 1930 em um cenário de dependência econômica vinculada ao federalismo pátrio (BONAVIDES, 1996, p. 422).

Este perfil predatório consistia numa prática nefasta em que os Estados membros buscavam “cortejar o poder central” a fim de obter benesses econômicas através de incentivos e subsídios, não tendo consciência do sacrifício que a contrapartida da União exigiria a seguir, com a subjugação econômico-financeira e o esfacelamento das autonomias subnacionais. O sistema nervoso do pacto federal estava vinculado às manobras latentes, aos recursos financeiros e à destinação das parcelas tributárias (BONAVIDES, 1996, p. 423).

Este comportamento por parte dos entes federativos coloca em choque seus interesses, desencadeando em um comportamento antropofágico a nível institucional: uma guerra civil de caráter econômico entre os Estados Membros e suas respectivas regiões, resultando numa melancólica estabilidade do pacto federal, no qual a União e seu mandatário no Poder Executivo regulam e administram “quase tudo”, enquanto os demais entes federados “quase nada” (BONAVIDES, 1996, p. 423).

#### **4 O PROBLEMA DA CENTRALIZAÇÃO NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA E A DESCENTRALIZAÇÃO PELA ASSIMETRIA, POR LEONAM LIZIERO**

O novo modelo federativo brasileiro, construído a partir de 1988, teve seu debate restrito aos constituintes, com a presença técnica de autoridades acadêmicas que dispunham de claras tendências à descentralização do poder da União, elucidando o assunto através da Comissão de Organização do Estado e suas três subcomissões (Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; Subcomissão dos Estados; Subcomissão dos Municípios), além do sistema tributário e do funcionamento do Senado como casa de representação dos Estados federados (LIZIERO, 2018).

Para a descentralização do poder, de acordo com o Constituinte Vilson Souza, era necessário haver a descentralização de recursos, pois poder sem recursos não representa nada (LIZIERO, 2018, p 80). Porém, após os amplos debates constantes na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, nos anos 1990, ocorreram profundas reformas fiscais e administrativas (retenção de receita em fundos, Lei Kandir, Lei do ISS, Lei de concessões, Lei de Licitações, Lei de Diretrizes e Bases, Lei de Responsabilidade Fiscal, entre outras) que de fato devolveram a União o *status* de superpotência, a partir da arrecadação e administração de recursos, nos moldes das constituições anteriores.

O Brasil é uma República Federativa de federalismo nominal, diversa da americana (cópia de modelo que gera os atuais problemas federativos) ou alemão, sendo de caráter histórico profundamente centralizador; mesmo com o clamor pela descentralização, o federalismo brasileiro nunca atingiu uma situação que possa ser classificada como mediana entre o poder federal e os poderes estaduais (LIZIERO, 2018, p. 146). Antes, pelo contrário, nos períodos autoritários como a República Velha, o Estado Novo e o Regime Militar, houve uma completa anulação do pacto federal. Assim, o Brasil sempre pendeu mais perto da prática interventora da União do que de fato a descentralização e distribuição de seus recursos (LIZIERO, 2018, p. 81).

A Constituição dispõe a forma federativa como uma essencialidade do Estado brasileiro, limitando a atuação do Poder Constituinte Derivado em reformar a configuração federativa, ou obter por meios judiciais a interferência na autonomia dos Estados. Os debates sorvidos na Constituinte resultaram em um texto embrenhado em uma complexa teia de competências dispostas entre três entes federados distintos (União, Estados e Municípios), com predomínio evidente da União (LIZIERO, 2018, p. 82).

O capítulo central da questão federativa no Brasil de 1988 se perfaz na gestão das competências, na qual a União possui um núcleo de competências enumeradas (art. 21 e 22),

os poderes remanescentes dos Estados no art. 25, § 1º, e dos Municípios no art. 30. Para a delegação de competências, usou-se o modelo alemão do arts. 22 § único e as concorrências de competências constantes nos arts. 23 e 24. Da tomada do texto constitucional, com alto grau de detalhamento técnico, decifra-se que os poderes da União são vastos e se sobrepõem aos demais entes federados, imprimindo um caráter centralizador (LIZIERO, 2018, p. 83-84).

Com a detenção do alto grau de competências, o Estado brasileiro, inaugurado em 1988, reafirmou o poder da União sobre os Estados evocando para si a competência material e legislativa, dando ao poder federal a condescendência primária e preponderante, em caso de conflito de interesses, em criar e executar o direito. Uma forma de materialização desta pujança centralizadora galgada na União está disposta nas competências tributárias que relegam ao Poder Federal uma parcela maior do quinhão arrecadatório, seja através das formas de instituição de tributos, seja na distribuição dos seus recursos. Por exemplo, dos treze impostos previstos constitucionalmente, sete estão ligados à União, restando à parcela menor ser dividida entre os Estados e Municípios (LIZIERO, 2018, p. 86).

Como possível solução a este impasse federativo, a tese de Liziero demonstra duas possibilidades que podem descaracterizar a simetria de direito na federação brasileira: o estabelecimento de um Senado assimétrico (com número diferentes de Senadores por Estado) e a assimetria da repartição de competências.

Sobre esta última, a descentralização do poder (e dos recursos) por meio da assimetria de direito, composta a partir da delegação de competências privativas da União aos Estados, conforme previsão do parágrafo único do art. 22 da Constituição (LIZIERO, 2018, p. 175); ou a delegação das competências federais aos Estados e Municípios, de forma que possibilite a descentralização, por meio de proposição de Emenda Constitucional que verse sobre a repartição de determinadas competências, de acordo com indicadores ou pré-condições contidas em cada caso do âmbito federativo (LIZIERO, 2018, p. 177-178).

## **5 MUNICÍPIO COMO ENTE FEDERADO, POR GIOVANI CORRALO**

A partir de uma vinculação inédita em nível mundial, o Município passa a figurar como ente federado por ordem dos arts. 1º e 18 da CF/88, que iguala as cidades ao patamar de autonomia da União e dos Estados, denotando uma tentativa de descentralização de um nível de poder.

Na forte opinião crítica de parte dos constitucionalistas, a elevação do Município a ente federal se torna uma tarefa problemática frente à desigualdade demonstrada entre os 5.570 municípios distribuídos nos 26 Estados da federação (LIZIERO, 2018, p. 126). De outra banda, encontram-se importantes autores que corroboram com o texto constitucional, dando aval às prerrogativas federativas elevadas aos Municípios (CORRALO, 2006, p. 153-156), uma vez que o federalismo segue um rumo particular em cada Estado que se desenvolve, sendo resultado de diversos “processos de adequação e desenvolvimento” pertinente a cada sociedade (CORRALO, 2018, p. 157).

Devido às suas características sociais, históricas, políticas e culturais, a Federação brasileira é donatária de singularidades ímpares, frente aos demais estados federados, possuindo variáveis incontáveis que ocasionam a confluência de tais elementos para a possibilidade de configuração do Município como ente federado (CORRALO, 2006, p. 156).

Partindo da análise dos princípios decorrentes do federalismo, como: “Estado de Direito, República, democracia, não centralização, liberdade, pluralismo e subsidiariedade” tem-se o leque mandamental principiológico que autoriza a autonomia constitucional derogada aos Municípios, como uma ferramenta de fortalecimento do poder local e, conseqüentemente, de fortalecimento da federação como um todo, contrapondo-se a formas de Estados unitários (CORRALO, 2006, p. 156-158).

Observa-se, na figura do Município, como ente federado, a presença de uma ordem jurídica local, composta por ordenamento elaborado a partir do Poder Legislativo Municipal, tendo por limitação os princípios determinados pela Constituição Federal e pelas Constituições estaduais, evidenciando a presença da pluralidade através da autonomia governamental, consubstanciada pela prerrogativa da não centralização. Sendo vedada a criação de uma esfera judicial local, e a discricionariedade na criação de tributos, além daqueles previstos no texto constitucional (CORRALO, 1996, p. 159-161).

Ao analisar o conceito de autonomia, Corralo (2006 p. 167) dispõe que, além da tríplice repartição autônoma tradicional, pertinente aos Municípios (administrativa, política e financeira), avança-se para o caráter quádruplo desta generalidade, alcançando os vieses autônomos de auto-organização, materializados a partir da Lei Orgânica municipal, e de autolegislação, vinculada à criação de ordenamento jurídico próprio, coexistente aos ordenamentos estaduais e nacionais.

Contudo, o pleno exercício desta ampla série de autonomias encontra-se vinculado especificamente à condição salutar do caráter financeiro dos Municípios, devendo estes disporem de total acessibilidade aos seus recursos para o pleno vigor das prerrogativas institucionais. O descaminho desta sentença pode acarretar na abertura de margem para dependências econômicas de cunho político junto aos demais membros da federação (CORRALO, 2006, p. 2018).

Para tal efetividade, urge-se uma participação dos Municípios nas competências constitucionais, a fim de garantir uma maior repartição das receitas públicas nacionais que supere as margens historicamente documentadas (quatorze a quinze por cento) (CORRALO, 2006, p. 205-206). Devendo ser revistas as competências tributárias com um apreço majorado pelas entidades que administram o poder local, tendo por objetivo maior de manter a sanidade natural do pacto federativo (CORRALO, 2006, p. 2018).

Desta feita, seja pelas generalidades “históricas, sociais, culturais e políticas” de Federação Brasileira, ou pela aderência aos princípios e características do federalismo, o Município está plenamente condicionado ao patamar de “ente integrante do pacto federativo” (CORRALO, 2006, p. 161), sendo “essencial para a efetivação do Estado Democrático de direito e para a efetivação dos direitos fundamentais” (CORRALO, 2006, p. 2018).

## **6 ANTAGONISMOS DO FEDERALISMO FISCAL, POR FERNANDO REZENDE**

A temática do federalismo fiscal versa sobre a repartição dos recursos fiscais recolhidos dos contribuintes em benefício dos entes federados, a fim de que estes disponham dos meios materiais para pôr em prática prerrogativas ordenadas nas responsabilidades constitucionais. O equilíbrio e a dinâmica para repartição destes recursos exigirão um eficiente modelo de transferências intergovernamentais, a fim de equalizar o degrau existente entre regiões desenvolvidas e aquelas carentes de oportunidades sociais. No Brasil, este embate temático sempre foi suscitado a partir de dinâmicas de centralização e descentralização dos recursos. Conforme já relatado, a promulgação da Constituição Federal de 1988 não aproveitou a oportunidade de galgar um novo modelo federativo, referente às distribuições fiscais (REZENDE, 2010, p. 70).

O Brasil traz consigo uma carga de elementos que acabam por endossar a complexidade nos programas de descentralização fiscal em relação ao equilíbrio federativo e à eficácia dos meios de gestão pública, dentre os quais é possível apontar: i) desigualdade na repartição das receitas do “*bolo tributário*” entre os entes; ii) ausência de um sistema de transferências que corrija estes desequilíbrios; iii) a mobilidade das bases tributárias, ocasionadas pelas novas tecnologias globalizantes (por exemplo: o comércio eletrônico), em detrimento aos limites de descentralização do poder tributador; iv) a crescente mobilidade dos meios de produção que ocasiona uma disparidade financeira/arrecadatória entre Estados e Municípios; v) as limitações legais ao poder de tributação dos governos subnacionais (em especial os Municípios) e a sua crescente responsabilização sobre a gerencia de serviços públicos e sociais; vi) a competição interna por atração de atividades econômicas/ produtivas (guerra fiscal); vii) e, por fim, as disparidades socioeconômicas dispostas através das desigualdades materiais constantes nas diferentes regiões do País (REZENDE, 2010, p. 72-73).

Para que estas complexidades sejam contornadas a fim de estabelecer um modelo ideal e harmônico de federalismo fiscal, necessita-se da presença das seguintes possibilidades: elementos de correção dos desequilíbrios fiscais; criação de condições que disponham a todos os cidadãos oportunidades iguais de ascensão social; e um sistema de transferências que promova a cooperação intergovernamental (REZENDE, 2010, p. 74-75).

Infelizmente, estes elementos constitutivos nunca estiveram presentes na história pregressa do federalismo fiscal nacional, e, em 1988, também se mantiveram inertes, acarretando, em longo prazo, em uma discrepância ainda maior na eficácia da gestão pública, à custa de largos prejuízos financeiros, materiais e sociais, além da falta de coesão do equilíbrio federativo. A seguir, serão expostas as principais fontes de antagonismos apontados pelo autor (REZENDE, 2010, p. 75).

Após a promulgação da Carta Constitucional, houve um acarretamento das desigualdades fiscais tanto em escala vertical, como a perda de posição nas divisões de receitas por parte dos governos estaduais; a manutenção destas receitas no patamar municipal; e a crescente valorativa agregada aos ganhos do governo federal. Na escala horizontal, com o congelamento dos índices de rateio dos fundos constitucionais (FPE e FPM) e o surgimento de outras fontes de transferências (REZENDE, 2010, p. 76).

As discrepâncias produzidas pela distribuição incoerente de recursos acarretam numa “*fragmentação de interesses*”, tanto em escala Estadual quanto na esfera dos Municípios, que impede um diálogo aberto e coerente visando à iniciativa de um extenso e efetivo processo de reforma dos padrões fiscais de federalismo (REZENDE, 2010, p. 80).

Reflexo prático é denunciado na incapacidade do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), da CMN (Confederação Nacional dos Municípios) e da FNP (Frente Nacional dos Prefeitos) em buscar novas diretrizes que enunciem um federalismo cooperativo, o qual vise diminuir as disparidades sociais e regionais, de encontro com os direitos constitucionais previstos para a concretização da cidadania brasileira. O que impera nas pautas de discussão de tais organizações são as meras negociações com pleitos que busquem divisões pecuniárias dos recursos do governo federal (REZENDE, 2010, p. 80).

No âmbito dos direitos sociais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, conforme dispõe o art. 6º da Constituição), de acordo com suas garantias e compromissos, houve uma expansão do regime de proteção constitucional, sob a forma de regimes exclusivos de financiamento, a fim de universalizar a cobertura destes serviços (REZENDE, 2010, p. 81).

Porém, o descompasso relacional entre o regime pretendido para o atendimento das garantias sociais e o federalismo fiscal ocasionaram desequilíbrios orçamentários, enormes desperdícios, desencontro entre recursos e destinação, ausência de metas concretas e arroxio fiscal. A fim de atenuar estes problemas, na área da educação, por exemplo, criou-se o fundo de gestão, o Fundeb e o do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE). Tais iniciativas auxiliam na prestação de melhores índices educacionais, porém ainda se mostram distantes da eficácia esperada pela população (REZENDE, 2010, p. 81-84).

A título de sugestão para superação destas dificuldades, o autor entende que a adoção de um regime cooperativo de financiamento que busque a eficácia do ordenamento constitucional, a partir da remodelação do federalismo fiscal com a implementação de três componentes pontuais: i) repartição das competências tributárias; ii) a repartição do “*bolo tributário*” entre o governo federal, Estados e Municípios; iii) a implementação de um regime de equalização fiscal a fim de suplantar os desníveis entre Estados e Municípios (REZENDE, 2006, p. 84-85).

O federalismo fiscal possui um papel de suma importância no tocante à elaboração e à execução de políticas públicas, tendo o Brasil uma ausência total desta configuração. A falta de preocupação em uma planificação que corresponda às necessidades da população é resultado de uma sequência de reformas independentes e distintas, promovidas ao longo dos últimos quarenta anos, que afastam a eficácia dos direitos sociais promulgados na Constituição.

## 7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou estabelecer a comparação de algumas críticas ao atual pacto federativo brasileiro. Partindo de um problema que caracteriza o Estado federal brasileiro, a excessiva centralização de poder na União, buscou-se demonstrar que pesquisas atuais identificam, ainda que em aspectos diferentes, desditas nas relações federativas no Brasil que já eram criticadas por autores com escritos anteriores à Constituição de 1988, como Raul Machado Horta, Paulo Bonavides e Raymundo Faoro.

Ao analisar com profundidade o histórico federativo nacional e sua configuração presente, Liziero conclui que o Brasil detém um federalismo nominalista, com caráter histórico de centralização do poder, baseado nos enlances institucionais pertencentes à União. No atual regime federativo, vigente após a promulgação da Constituição de 1988, predomina uma complexa teia de competências legais que avaliza a preponderância da União sobre os Estados e Municípios. Como uma sugestão de alteração destes paradigmas, o autor sugere a implementação de duas medidas: a criação de um Senado assimétrico (com número proporcional a população de cada Estado) e a adoção de um novo modelo assimétrico de repartição de competências constitucionais, por meio de emendas constitucionais ou da delegação de competências particularizada a cada Estado, em conformidade com o que estabelece o art. 22, parágrafo único, da Constituição.

Ao demonstrar a elevação do Município como ente federado, fruto das singularidades ímpares e das variáveis incontáveis que adornam a gestação do Brasil, Corralo afirma que tal fato é de exclusividade brasileira, sendo inédito em escala mundial. A autonomia alcançada pelos entes municipais no pacto federativo vigente derroga uma importante ferramenta de fortalecimento do poder local, contrapondo-se aos mandamentos dos Estados unitários, uma

vez que cada cidade detém a possibilidade de constituir sua ordem jurídica local, desde que suas normas respeitem as hierarquias legais superiores.

Conforme foi exposto ao longo do texto, a distribuição de poder não se dá em efetividade fática se não houver a repartição dos recursos econômicos, advindos dos quinhões arrecadatários dispostos pelo Estado. Para demonstrar este entrave, Rezende descreveu uma série de antagonismos institucionais (como a perda das receitas por partes dos governos estaduais; ou a incapacidade do Confaz, CMN e FNP de elaborar uma pauta de federalismo cooperativo, que busque a diminuição do degrau entre regiões) proliferando-se na realidade política nacional e afastando o federalismo brasileiro de um avanço no sentido de realização dos direitos assegurados na norma constitucional vigente.

Pesquisar uma temática tão antiga quanto à própria gênese da nação brasileira, e denotar que a partir da instituição do Estado federal com o Decreto nº1, de 15 de novembro de 1889, nunca houve uma delimitação precisa, descentralizada e democrática da distribuição igualitária das competências, poderes e recursos entre os entes federados, revela-se como uma verdade dificilmente refutável. Encarar que a possibilidade de mudança do pacto federativo foi negada na elaboração da Constituição de 1988 surge como uma lástima quanto às perspectivas de progresso, evolução e concretização dos direitos e garantias fundamentais dispostas na mesma Constituição. O Brasil está longe de sorver os frutos necessários e merecidos para a construção de uma Nação próspera, responsável e idealmente federativa.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Belo Horizonte: Fumarc/UFMG, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: temas políticos de constitucionais da atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORRALO, Giovani da Silva. *Município: autonomia na Federação Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2006.

DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil*. São Paulo: Globo, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2003.

HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. *Revista do Legislativo*, Belo Horizonte: ALMG, n. 25, p.14-25, 1999.

\_\_\_\_\_. Organização constitucional do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 22, n. 87, p. 5-22, 1985.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIVINGSTON, William S. A Note on the Nature of Federalism. *Political Science Quarterly*, Nova Iorque, v. 67, n. 1, p. 81-85, 1952.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. *Estado Federal no Brasil: o federalismo na constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria*. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

REZENDE, Fernando. Federalismo fiscal: em busca de um novo modelo. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; SANTANA, Wagner (Orgs.). *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010.

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A LEI  
MARIA DA PENHA**

*DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: VIOLENCE AGAINST WOMEN AND THE MARIA  
DA PENHA LAW*

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza.<sup>1</sup>

**Resumo:** A violência doméstica vem sendo um tema muito debatido atualmente que atinge milhares de pessoas, em especial, as mulheres. No Brasil, este tema ganhou maior relevância com a edição da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, também conhecida como “Lei Maria da Penha”, elaborada em homenagem à mulher que se tornou símbolo de resistência a sucessivas agressões de seu ex-esposo. Diante disso, este artigo tem como objetivo promover um debate teórico sobre a Lei Maria da Penha; os aspectos atinentes à dignidade da pessoa humana; e as políticas públicas voltadas às mulheres no Brasil. Para alcançar o desejado, o estudo apresenta uma abordagem de natureza qualitativa e método descritivo e bibliográfico. Foi possível captar situações de opressão feminina e de lutas nas quais a mulher se sobressai em busca dos seus direitos e da garantia da sua liberdade e de sua vida. Foram registradas situações que expõem a opressão/violência contra a mulher no mundo e, especificamente, no Brasil.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa humana. Lei Maria da Penha. Políticas Públicas. Realidade Feminina. Violência.

**Abstract:** Domestic violence has been a very debated topic that affects thousands of people, especially women. In Brazil, this theme gained more relevance with the edition of Law nº 11.340, of August 7, 2006, also known as “Lei Maria da Penha”, designed in honor of the woman who became a symbol of resistance to successive aggressions by her ex - husband. Therefore, this article aims to promote a theoretical debate on the Maria da Penha Law; aspects related to the dignity of the human person; and public policies aimed at women in Brazil. To achieve what is desired, it presents a qualitative approach and a descriptive and bibliographic method. It was possible to capture situations of female oppression and struggles

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Educação e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na Contemporaneidade. Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Autora de Livros e Artigos Jurídicos. Professora Titular dos Cursos de graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes - UNIT. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Especialista em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes - UNIT. Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Membro das Academias Sergipana de Letras, de Ciências Contábeis, Itabaianense de Letras, do Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe e da Associação Sergipana de Imprensa. Palestrante em diversos eventos jurídicos realizados no Brasil.

Artigo recebido em 15/05/2019 e aprovado para publicação em 04/09/2020.

in which the woman stands out in search of her rights and the guarantee of her freedom and her life. Situations have been recorded that expose oppression / violence against women in the world and, specifically, in Brazil.

**Keywords:** Dignity of the human person. Maria da Penha Law. Public policy. Feminine Reality. Violence.

## 1 INTRODUÇÃO

Voltando o olhar para o passado mais distante, surgem na mente evocações de narrativas e cenas de mulheres sob o domínio dos homens, desde o pai, passando para o irmão primogênito, o padrinho, o noivo, o marido, e até o filho. Há cenas de mulheres sendo queimadas vivas nas fogueiras do medievalismo, Joana d’Arc, na França, Maria Quitéria sendo empurrada e pisoteada pelos soldados, na Bahia, Brasil. Retorna-se ao presente e novas cenas cotidianas contra as mulheres se postam, divulgadas pelos modernos recursos midiáticos, incluindo a veiculação em redes sociais. Agora são usadas as assim chamadas armas brancas, os revólveres de todos os tipos, pedras, pedaços de madeira e o que mais servir para cometer violência contra a mulher, ou para com outro ser humano que com ela se assemelhe, como se dá nos diversos casos de assassinatos de transexuais e travestis.

Não há de se levar em conta a idade, a beleza, a classe social, a fama. A mulher está no foco das mais diversas formas de constrangimento, de agressões, de mortes sumárias, registradas nas delegacias policiais, isto sem que as estatísticas revelem números que habitam na sombra da maldade humana e de uma cultura perversa. Os motivos são tantos, ou, ainda: nem é preciso um só motivo, basta ser mulher.

A mulher violentada, seviciada, maltratada, assediada, humilhada, conta com o recurso mais moderno de uma lei, nascida no Brasil e reconhecida em outros países, a Lei Maria da Penha. Assim, a lei por si mesma, não pode prever atos de violência, inclusive eles acontecem a partir de onde até menos se espera. Para complementar a lei, foram pensadas as políticas públicas direcionadas às mulheres brasileiras e fortalecidas desde a ocorrência do movimento feminista no Brasil, na década de 70, do século XX, e que se irradiou para a área acadêmica, nos anos seguintes onde foram lançados seus reflexos, comparecendo imediatamente ao momento da incorporação da proteção de gênero no bojo das políticas públicas e programas governamentais, com a intenção de se estabelecer em pautas políticas centradas na figura feminina, cada dia mais privada dos seus direitos e perdendo, como numa

sangria, a sua dignidade como pessoa humana. Esta violência não é marcada apenas pela agressão física, mas também pela violência psicológica, sexual, patrimonial, moral, entre outras, que no Brasil atinge grande número de mulheres.

O presente estudo se justifica pela atualidade e inesgotabilidade da temática, tendo em vista o cenário que envolve a mulher na sociedade, minando-lhe a dignidade humana, cerceando-lhe a liberdade, inutilizando-a no sentido de ser considerada mais objeto que pessoa, desde tempos imemoriais e alcançando a dita civilização da tecnologia e da comunicação, da globalização e dos avanços científicos em todas as áreas do conhecimento humano. Trata-se de uma contribuição ao debate que apresenta claramente o seu valor acadêmico-científico e social, sob quaisquer prismas que sejam focados.

Este é um artigo de natureza qualitativa, método descritivo e bibliográfico, de reflexão sobre a literatura consultada a respeito da temática definida. Tem como objetivo percorrer o histórico da violência contra a mulher; a Lei 11.340, de agosto de 2006, ou Lei Maria da Penha; e a importância das políticas públicas nesse espaço conflituoso. O texto se divide em quatro tópicos amplos assim denominados: Um registro histórico da violência contra a mulher no mundo; um registro histórico da violência contra a mulher no Brasil; Lei Maria da Penha; Dignidade da pessoa humana; políticas públicas voltadas às mulheres no Brasil.

## **2 HISTÓRICO SOBRE A REALIDADE FEMININA E A LEI MARIA DA PENHA**

É possível que não houvesse diferenças e contendas acentuadas no período Pré-histórico, quando o macho e a fêmea enfrentavam as adversidades naturais e precisavam se unir para superá-las. Entretanto, as diferenças físicas são uma marca da natureza, na qual um dinossauro tem maior porte, força e poder que a sua fêmea. O mesmo ocorreu com os mamutes e ocorre com todos os animais mamíferos, aves e outros, onde o macho é, geralmente, o fator determinante de força, de comando. E a fêmea é aquela a quem foi reservado um espaço que se considera à sombra e água fresca.

A presença das mulheres na história reflete um passado bem distante que as levou à condição relegada e marginal na própria história. Neste sentido, a pré-história é caracterizada justamente pela inexistência de documentos escritos, o que dificulta conhecer ao certo o papel da mulher no período pré-histórico. O que se sabe, é que a figura feminina tinha um enorme peso nas sociedades de todo o mundo. Não eram sociedades matriarcais, e sim matricêntricas, pois a mulher não dominava, mas as sociedades eram centradas nela por causa da fertilidade. (AZEVEDO, 2014, p. 139)

Desde os tempos narrados na Bíblia, a mulher já estava marcada pela dominação masculina, pela cultura do homem que orienta, ordena, impõe sobre aquela figura frágil, doce e delicada, colocada ao seu dispor e para as suas delícias<sup>2</sup>. Depois do período das delícias, o conselho dado às mulheres idosas seria o de que

[...] sejam sérias em seu proceder, não caluniadoras, não escravizadas a muito vinho; sejam mestras do bem, a fim de instruírem as jovens recém-casadas a amarem ao marido e a seus filhos, a serem sensatas, honestas, boas donas de casa, bondosas, sujeitas ao marido, para que a palavra de Deus não seja difamada. (EPÍSTOLA A TITO, 2000, p.3-5)

A simbologia da mulher medieval, por sua vez, exerce ainda bastante fascínio sobre a humanidade. Aquelas donzelas apertadas em seus vestidos de cintura fina e espartilhada, aquelas saias misteriosas e difíceis de serem invadidas, eram como lonas sobre circos desconhecidos, nas sombras de seus segredos. Aquela mulher era cortejada, como nas histórias de cavalaria, era motivo de versos dos cantores que por elas se digladiavam. Eram as nobres:

As heroínas das novelas medievais, a rainha Genebra, Isolda, ou mesmo a mais ibérica Oriana, a Sem Par, transportam-nos para um mundo imaginário onde, embora a violência espreite a cada esquina (ou em cada ponte, ou atrás de cada árvore da floresta), as regras cavaleirescas da cortesia são o modelo seguido ou demandado pelos mais nobres, entendendo aqui o termo no sentido social etimológico – os da nobreza – e no sentido moral que o primitivo sentido etimológico fez posteriormente nascer. (LOPES, 2011, p. 1)

Mas, é preciso frisar que não era sempre assim, pois, “bem mais longe do universo da cortesia estão as histórias em que as mulheres aparecem como vítimas de violências várias, desde simples humilhações públicas a assassinatos” (idem, p. 8), marcadas, como até no século XXI, pela impunidade, mas, especialmente, quando não se trata de mulher de

---

<sup>2</sup> A citação a seguir, de T, Yacine-Titouh, "Anth.opologie de la peur" se encontra reproduzida por Bourdieu (2012, p. 28): "Foi na fonte (tala) que o primeiro homem encontrou a primeira mulher. Ela estava apanhando água quando o homem, arrogante, aproximou-se dela e pediu de beber. Mas ela havia chegado primeiro e ela também estava com sede. Descontente, o homem a empurrou. Ela deu um passo em falso e caiu por terra. Então o homem viu as coxas da mulher, que eram diferentes das suas. E ficou paralisado de espanto. A mulher, mais astuciosa, ensinou-lhe muitas coisas: 'Deita-te, disse ela, e eu te direi para que servem teus órgãos'. Ele se estendeu por terra. Ela acariciou seu pênis, que se tornou duas vezes maior, e deitou-se sobre ele. O homem experimentou um prazer enorme. Ele passou a seguir a mulher por toda parte, para voltar a fazer o mesmo, pois ela sabia mais coisas que ele, como acender o fogo etc. Um dia, o homem disse à mulher: 'Eu quero te mostrar que eu também sei fazer coisas. Estende-te, e eu me deitarei sobre ti'. A mulher se deitou por terra, e o homem se pôs sobre ela. E ele sentiu o mesmo prazer. E disse então à mulher: 'Na fonte, és tu (quem dominas); na casa, sou eu'. No espírito do homem são sempre estes últimos propósitos que contam, e desde então os homens gostam sempre de montar sobre as mulheres. Foi assim que eles se tornaram os primeiros e são eles que devem governar.

linhagem, que era destinada a ocupar melhores posições sociais e a desenvolverem papéis destacados na sociedade, outra característica também presente na sociedade pós-moderna.

Nos séculos XV e XVI, muitas mulheres foram ditas como bruxas, provavelmente com a intenção de vitimá-las, como aconteceu na Europa, durante a formação e consolidação dos estados modernos, a Reforma e a Contrarreforma e com o advento da Revolução Científica.

Uma verdadeira obsessão pela bruxaria e pelas forças demoníacas toma posse da imaginação de uma grande parte dos homens desse período. Essa obsessão foi fomentada pelos papas esclarecidos da Renascença, pelos grandes reformadores protestantes, pelos santos da Contrarreforma, pelos eruditos, humanistas, legisladores, monges e padres. (TOSI, 1998, p. 4)

O debate sobre a mulher e a diferença sexual vai ter lugar a partir do século XVI com a era moderna, com o Iluminismo e o renascimento das artes, da cultura e das ciências; contando-se também a reviravolta imposta pela Revolução Francesa e seus ideais libertários, fraternos e igualitários, especialmente quanto ao respeito aos sujeitos sociais. O período foi influenciado e modificado pelo pensamento de filósofos como Locke, Diderot, Rousseau, Montesquieu, Voltaire. Enfim, a mulher encontra um respiradouro e ocupa algum lugar na trama social. Inicia-se uma fase de atenção à questão da igualdade entre os gêneros, trazendo como consequência a definição de algum espaço para a figura feminina como mãe e organizadora da família. Contudo,

Mais difícil que a iluminação sobre a questão das mulheres foi a iluminação das próprias mulheres. Enclausuradas em arquétipos repressores do século XVII que repetiam estereótipos cristalizados especialmente na religião na estrutura social, as mulheres dessa nova “Era das Luzes” eram ainda vistas pelo viés ultraconservador do final da Idade Média. (GOMES, 2011, p. 2)

A tênue mudança de passagem para um contexto mais ou menos harmonioso não quer dizer que a violência contra a mulher teve seus números reduzidos, mas que se inicia um processo que vai avançar na direção dos séculos XIX e XX para se encontrar com uma mulher que participa, escolhe seus governantes públicos e, bem ou mal, escolhe seu destino, suas roupas, seus companheiros e até seus filhos ou a opção de tê-los. Floresce o feminismo, acompanhado do clamor das mulheres pelo respeito, dignidade, oportunidades, direitos, deveres e a assunção de trabalhos antes considerados apenas para homens. O incômodo gerado por tal mudança, especialmente aos homens, ganhou mais evidência, gerando atos preconceituosos e assediadores.

O mundo da política, da Filosofia, da ciência, foi desafiado pelas mulheres. No final do século XIX e princípio do XX, surgiu uma produção teórica que procurou discutir as origens da opressão feminina através da ótica das próprias oprimidas. No entanto, as mulheres das camadas médias também encontravam resistências na luta por sua emancipação, já que, de acordo com a moral burguesa, o ideal de família passava a ser afetado pela presença feminina no mundo do trabalho, pois significava uma ruptura com a antiga divisão entre as esferas do público (reservada aos homens) e do privado. Igualmente, algumas de suas propostas, como o direito ao voto e o acesso à educação, soavam distantes para a grande maioria das mulheres das camadas populares. Contudo essas novas experiências — das mulheres proletárias e das camadas médias — no mundo do trabalho contribuíram, ainda que por trajetórias distintas, para a rediscussão dos papéis femininos na sociedade. (MÉNDEZ, 2005, p. 55)

A mulher ingressou na modernidade por vias de difícil acesso para, então, se dividir em mãe e trabalhadora. Percebia um mundo de descobertas e afirmações, mas que, em contrapartida, nem sempre conseguia dele participar, tendo que escolher entre cuidar da casa, marido e filhos e definir seu papel profissional na sociedade. Quando a mulher quis estudar, seguir carreira, novas nuances de censura e cerceamento aos seus direitos se manifestaram. Outras violências foram também se definindo, a maioria de forma opressora e negadora dos espaços públicos às mulheres. Com o filho debaixo de um braço, assim mesmo, as mais pobres partiam em direção ao trabalho que não as aceitava com a criança. Ajudadas por mães, avós, tias e irmãs ou vizinhas e comadres, as trabalhadoras enfrentavam o chão das fábricas. Aquelas outras que as auxiliavam na lida doméstica viam aquilo e também se conscientizavam de que deveriam seguir a mesma rota. Vem o período da criação das creches particulares e, depois, as públicas. Junto com isto vieram outras dificuldades de escassez da oferta de vagas nas creches e a falta de empenho e de políticas públicas voltadas para o atendimento à mulher. Desta feita, a violência era cometida pela sociedade, pelos lares, majoritariamente representados por indivíduos machistas e agressores; e também pela instituição Estado, diga-se, por atuação de forma conivente ou omissa.

Atualmente as relações de trabalho têm sofrido um processo de precarização, comprometendo significativamente a participação e inserção das mulheres nos espaços de produção social e econômica. Apesar dos avanços conquistados no Brasil a mulher ainda continua em situação de desvantagem em relação ao homem. No mercado formal, as mulheres costumam inserir-se nos chamados redutos femininos, menos valorizados, com salários mais baixos e condições precárias. (MOURA; LOBO, 2016, p. 2)

De mudança com este texto para o cenário do Brasil, chama-se a atenção do leitor para o fato de que a mulher nada podia, nada precisaria saber, a não ser de servir ao seu

homem e cuidar dos frutos dessa servidão. A mulher não tinha voz, não tinha vez, não tinha direitos, porém, sim, tinha muitos deveres, muita exigência e cobranças sob todos os aspectos. Não ocupava espaços sociais representativos e nem era considerada apta ou merecedora de maiores atenções. Sempre prevaleceu a metáfora da mulher malfeitora, que se insinuou para o homem, no cenário do Paraíso, oferecendo a ele a oportunidade de pecar para que a Humanidade jamais tivesse sossego, sendo ela, a mulher, a eterna culpada e privada, por consequência, de sua dignidade humana.

Antes eram as índias. Escolheu-se este ponto de partida, do momento em que o colonizador europeu chegou às terras que passaram a se chamar Brasil. Nesse novo paraíso, o colonizador foi mais ativo que o do primeiro, passando ao assédio e, em outros casos, à violência do tipo sexual pela posse forçada daquelas mulheres inocentes, que viviam em contato com a natureza, com os seus homens e filhos, dentro de um contexto cultural que foi sendo minado, destruído.

A violência sexual, cuja compreensão remonta a uma trama de raízes profundas, produz consequências traumáticas e indelévels para quem a sofre. Por atravessar períodos históricos, nações e fronteiras territoriais, e permear as mais diversas culturas, independente de classe social, raça-etnia ou religião, guarda proporções pandêmicas e características universais. (BRASIL, 2012, p. 12)

Assim, não foi diferente da Europa e em outras partes do mundo, como se teve a perseguição a Eva, uma assediadora do inocente Adão; a bruxa-mulher, e etc. Até boa parte do século XIX, a mulher brasileira foi também usada, violada, violentada, como foi o caso das escravas pelos senhores de engenho, o mesmo acontecendo com mulheres de classe mais alta, seja pelos maridos, companheiros ou patrões.

No ambiente laboral, as condições de trabalho nas fábricas e, em especial, principalmente relativas à mulher proletária, eram precárias, tanto no Rio de Janeiro novecentista, como em todo o Brasil. Por exemplo,

Em 1901, as operárias, juntamente com as crianças, constituíam 72,74 % da mão-de-obra têxtil, sendo comum o trabalho de mulheres e crianças por 18 horas seguidas, mesmo aos domingos. Elas ganhavam menos do que os homens, embora fizessem as mesmas tarefas, e eram consideradas incapazes física e intelectualmente. Além disso, muitas vezes por medo de serem despedidas, submetiam-se à exploração sexual. (SCHUMACHER, 2003, p. 44)

No mês de abril de 2017, da era da globalização, da economia competitiva e

massacrante, das lutas de classes e também das mulheres por seus direitos, dignidade e respeitabilidade, por todo o Brasil, um escândalo se sobressai: o do ator José Mayer, acusado de assédio acompanhado de violência verbal contra uma figurinista da Rede Globo, onde ambos eram funcionários. Isto parece ser a ponta do iceberg que faz emergir uma situação em que outros homens se manifestam em particular ou na mídia, posicionando-se favoravelmente ao assediador e, lamentavelmente, até algumas mulheres relevam o acontecimento, o que remete à citação feita na página seis deste estudo, quando se reporta ao cenário medieval: “Mais difícil que a iluminação sobre a questão das mulheres foi a iluminação das próprias mulheres” (GOMES, 2011, p. 2).

Para enfeixar estas considerações, a recomendação vem do Conselho Nacional do Ministério Público, que aponta como forma mais praticada do assédio moral, aquela existente no âmago das relações hierárquicas marcadas pelo autoritarismo assimétrico, predominando os comportamentos negativos e as “[...] relações desumanas e antiéticas de longa duração”, uma tipologia de assédio que “[...] pode partir de um ou mais superiores e se dirigir a um ou mais subordinados, desestabilizando a relação da(s) vítima(s) em seu ambiente de trabalho” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016, p. 9).

As lutas por direitos e dignidade humana culminaram em algumas providências para a proteção da mulher brasileira, quando a situação das estatísticas de desrespeito e violência dirigida à figura feminina, além de chamar a atenção do país e do mundo, tornou-se incontrolável e cruel. Uma destas providências foi a promulgação da Lei 11.340, de agosto de 2006, ou Lei Maria da Penha, sobre a qual o texto se deterá a seguir.

#### A Lei 11.340, de agosto de 2006, ou Lei Maria da Penha

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. (BRASIL, 2006)

Em verdade, a lei Maria da Penha, como ficou popularmente conhecida, tornou-se o principal instrumento legal para coibir e punir a violência praticada contra mulheres no Brasil. Em seu Título I, das Disposições Preliminares, aduz que:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006)

A Lei foi instituída com base na CF/88. A mesma coíbe, previne a violência contra a mulher e se propõe, inclusive, a punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, além do que estabelece medidas de assistência e protetoras das mulheres em situação de violência familiar. Todavia, o texto da Lei amplia o seu raio de ação já no Art. 3º, no momento em que promete serem

Asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2006)

O termo dignidade aparece duas vezes no texto da Lei Maria da Penha, a primeira antecede este parágrafo e a segunda está no TÍTULO III DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CAPÍTULO I DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO, Artigo 8º, VIII – “[...] *a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia*” (BRASIL, 2006). Por sua vez, a palavra educação aparece cinco vezes no texto da Lei, incluindo nisto a reeducação do agressor.

Apesar das violências realizadas, o agressor convence a mulher de que não repetirá as agressões para que ela deposite crédito na sua mudança de comportamento, na reeducação. Assim, as mulheres ludibriadas pelos agressores, e em prol da união da família, acabam reconsiderando a convivência com o mau companheiro. Contudo, o que se tem visto é a reincidência do agressor, ou mesmo o seu retorno para as vias de fato, comumente sobrando um corpo sem vida e que não é o dele. Por outro lado, depoimentos sobre agressões divulgados largamente na mídia

revelam o descaso de autoridades e a facilitação, deixando livre e impune o agressor.

Sobre as medidas punitivas, estas servem como complemento à Lei e se somam

[...] às medidas de prevenção, proteção e assistência. A Lei Maria da Penha alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal para aperfeiçoá-los e estabelecer medidas punitivas compatíveis com as violações à integridade física, psicológica, sexual, moral e patrimonial das mulheres. (BRASIL, 2006)

Nos artigos 42 a 45 estão as modificações referentes a:

1. Prisão preventiva do agressor (artigo 42): Quando houver um crime doloso, isto é, com intenção de ver o resultado, que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz pode decretar a prisão provisória do agressor para garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência. Esta foi a alteração feita no art. 313 do Código de Processo Penal, que trata da prisão preventiva. 2. Agravamento da pena O artigo. 61 do Código Penal estabelece as circunstâncias que agravam a pena. A Lei Maria da Penha, pelo artigo 43, incluiu a violência contra a mulher como mais uma forma de agravamento da pena, ficando a seguinte redação para este artigo no inciso II, alínea f: “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”. 3. Aumento da pena o artigo 44 altera o § 9º do artigo 129 do Código Penal, que trata da lesão corporal na modalidade de violência doméstica, para aumentar a pena. Uma lesão corporal é considerada violência doméstica quando “for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. A pena é de detenção e agora foi alterada de seis meses a um ano para três meses a três anos. (BRASIL, 2006)

Há de se considerar que a gradação imprimiu um avanço na legislação, mas, a levar em apreço ao cotidiano dos crimes contra a mulher, ainda que agressores estejam cientes da Lei Maria da Penha, amplamente divulgada e conhecida, há igualmente de se observar se eles desrespeitam uma lei protegida pela Carta Magna e por todo um aparato policial e judicial, menos ainda respeitarão as mulheres.

Deve-se também promover a reflexão por quais motivos muitos homens têm alimentado ódio pela figura feminina, pela mulher, o que inclui travestis e outras identidades de gênero similares, cuja maneira de ser ou de agir remete à mulher, biologicamente falando.

Entre as conclusões da Tese de Doutorado de Couto (2016), destaque-se que:

As discriminações institucionais que as mulheres vítimas de violência doméstica sofrem também são um componente que obstaculiza o avanço que iniciativas de proteção que a via penal poderia representar, bem como o não reconhecimento dessa espécie de violência por parte das agências responsáveis por combatê-las. (COUTO. 2016, p. 138)

O obstáculo ao avanço e o não reconhecimento pelas vias legais ainda é comum nos dias atuais. Sobre isto não faltam matérias jornalísticas, estudos e depoimentos de queixas de mulheres que comparecem às delegacias e são constrangidas, ou demovidas da intenção em denunciar o agressor, ou outros motivos, o que, muitas vezes, faz a agredida eximir-se de prestar queixa. No que tange aos empecilhos de acesso à Justiça estão alinhados: problemas físico-estruturais, problemas histórico-culturais e problemas político-legais.

Quanto aos problemas físico-estruturais encontra-se a falta de defensores para atuar em benefício dos interesses da vítima; a ausência de espaço físico para atendimento humanizado; o não-comparecimento Magistrado e/ou Ministério Público nas audiências; a inexistência, por vezes, de uma equipe técnica para acompanhamento dos casos; instalações inadequadas para a condução de audiências com atrasos e cancelamentos não informados às partes, horários de atendimento conflitantes com o horário médio de trabalho das mulheres; além da dificuldade de cumprimento de medidas protetivas, por conta do despreparo, muitas vezes, da Polícia para lidar com a situação; escassez de Oficiais de Justiça para a devida instrução, etc.

Em relação aos problemas histórico-culturais, estes correspondem à falta de informação das mulheres quanto aos seus direitos, ao funcionamento do Juizado e ao andamento do processo, à culpabilização da vítima, atribuindo a ela a responsabilidade pela violência; tendência ao discurso de proteção da “família”, ainda que a custo de imposição de mais sofrimento pela constância do ciclo de agressão, entre outros.

Não menos relevantes, os problemas político-legais correspondem geralmente à escassez do trabalho em Rede, entre eles a inexistência de banco de dados integrado; à carência de visão da atividade judicante e da Defensoria como inseridas em um projeto maior de Política Pública; à ausência de capacitação profissional; à falta de implementação de condições para o cumprimento da Lei Maria da Penha em sua integralidade, por meio de ações de prevenção, etc.

Ao observarmos o funcionamento das instituições que atuam nos procedimentos jurídicos dos casos de violência doméstica, percebemos alguns problemas estruturais e outros pontuais. Os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFMs) são os órgãos jurisdicionais responsáveis pela resolução dos casos de violência doméstica e, por consequência, pela aplicação da Lei Maria da Penha. Tais órgãos, entretanto, mostram-se de maneira hermética: fechados e confusos para a população em geral. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 52)

O acesso à justiça para essas mulheres é essencial, compreendendo o estudo do aprimoramento de políticas públicas preventivas de conflitos, com base no conhecimento dos direitos conferidos a elas, bem como o direito de participar das decisões do Estado em relação à implementação de tais direitos, por via direta ou por representantes e, também, o reconhecimento do direito de buscar solução para os conflitos existentes por meios não estatais.

Uma das ações na busca da mudança dessa situação de violência é a criação da Casa da Mulher Brasileira “[...] em todos os municípios do país, pois só assim ela poderá denunciar e manter a denúncia, começando a seguir a sua vida. É de extrema importância que a vítima se sinta segura da sua decisão e amparada pelo Estado”, a instituição responsável pela dignidade da pessoa humana (SILVA et al, 2016, p. 6).

As formas ou os formatos da cultura de violência contra as mulheres se dão, por exemplo, pelos atos praticados pelo seu par/parceiro (a mais praticada), o que inclui maltrato físico, sexual e emocional; pela violência sexual associada a conflitos; pelos matrimônios forçados e precoces; pelo tráfico de mulheres; pela mutilação genital feminina (como ocorre em cerca de 30 países)<sup>3</sup> e assassinatos do tipo que se convencionou, popularmente, denominar “em lavagem da honra” masculina traída. A segunda edição especial do Mapa da Violência, 2015, sobre homicídios de mulheres, revela um quantitativo no período 1980-2013, de 106 mil mortes violentas de mulheres no Brasil, sendo que, em “[...] números absolutos, os registros passaram de 1.353 mortes no ano de 1980 para 4.762 em 2013, com um crescimento de 252% [...]” (SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2016, p. 15).

Os maus-tratos acontecem pelo mundo inteiro: estudos realizados em diversos países registram uma porcentagem situada entre 15% e 71%, de mulheres na faixa de 15 a 49 anos de idade, que sofrem violência física e sexual por parte do parceiro, ao longo da vida. Mas é possível prevenir a situação relatada. A violência contra a mulher fere os princípios dos

---

<sup>3</sup>As consequências duram a vida toda e podem ser fatais. O assessor sênior do Fundo de População da ONU, Unfpa, Elizeu Chaves, explica o que é exatamente a mutilação genital feminina. “É uma prática realizada hoje em cerca de 30 países do mundo e consiste na remoção de parte da genitália feminina parcial ou integral, da genitália externa. É uma prática que segue valores e tradições de algumas comunidades. Trata-se na verdade de uma violação de direitos humanos, sem nenhum tipo de benefício no campo da saúde.” Elizeu Chaves foi entrevistado pela ONU News em Nova Iorque. Segundo ele, existem 200 milhões de garotas e de mulheres no mundo que sofreram a violação. A maioria são meninas com menos de cinco anos de idade. Disponível em: <http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/2017/02/a-mutilacao-genital-feminina-e-uma-violacao-dos-direitos-humanos/#.WOY-sojyu70>. Acesso em: 6 abr. 2017.

direitos humanos e repercute sobre sua saúde, de várias formas: morte, lesões físicas, problemas como o aborto induzido, infecções por transmissão sexual, incluindo-se o HIV, depressão, transtorno de estresse pós-traumático, uso nocivo de tabaco, drogas diversas e álcool, como relata a Organização Mundial de Saúde (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2013).

Cabe, neste contexto, destacar que o assassino não se satisfaz apenas em matar, mas em destruir o corpo da vítima, especialmente o rosto, pois, a desfiguração da mulher, seja a ferro, seja por queimaduras ou esfaqueamento, incidem com muita frequência: “Destruir o rosto de uma modelo é um modo de acabar com a profissão dela. Mais que isso é tornar a mulher indesejada para eventuais novos companheiros. E, sobretudo, destruir sua autoestima” (BLAY, 2009, p.47).

Ainda sobre números, os relativos ao feminicídio, o cálculo das taxas (Estados e Municípios), de acordo com os Censos Demográficos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e as estimativas intercensitárias, disponibilizadas pelo Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DATASUS), este se utiliza das seguintes fontes: 1980, 1991, 2000 e 2010: IBGE – Censos Demográficos; 1996: IBGE – Contagem Populacional; 1981-1990, 1992-1999, 2001-2009, 2011-2012: IBGE – Estimativas preliminares dos totais populacionais para os anos intercensitários, estratificadas por idade e sexo, pelo MS/SE/DATASUS; 2007-2010: IBGE – Estimativas elaboradas no âmbito do Projeto UNFPA/IBGE (BRA/4/P31A) – População e Desenvolvimento. Coordenação de População e Indicadores Sociais.

No traçado de um mapeamento histórico de 1980 a 2013, demonstra-se que:

Entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, incremento de 21,0% na década. Essas 4.762 mortes em 2013 representam 13 homicídios femininos diários. Levando em consideração o crescimento da população feminina, que nesse período passou de 89,8 para 99,8 milhões (crescimento de 11,1%), vemos que a taxa nacional de homicídio, que em 2003 era de 4,4 por 100 mil mulheres, passa para 4,8 em 2013, crescimento de 8,8% na década. Limitando a análise ao período de vigência da Lei Maria da Penha, que entra em vigor em 2006, observamos que a maior parte desse aumento decenal aconteceu sob égide da nova lei: 18,4% nos números e 12,5% nas taxas, entre 2006 e 2013. Se num primeiro momento, em 2007, registrou-se uma queda expressiva nas taxas, de 4,2 para 3,9 por 100 mil mulheres, rapidamente a violência homicida recuperou sua escalada, ultrapassando a taxa de 2006. Mas, apesar das taxas continuarem aumentando, observamos que a partir de 2010 arrefece o ímpeto desse crescimento. (WAISELFISZ, 2015, p. 15)

Estatísticas são incontroláveis, como incontroláveis e imprevisíveis são os atos cometidos ou que ainda serão cometidos por este, esse ou aquele sujeito. Os números e percentuais exibidos são documentos de uma situação que alerta o planeta e põe cada mulher, mãe, filha, neta, de prontidão, quase como num cenário de horror e de paranoia. Complicam-se os relacionamentos entre pais e filhas, irmãos e irmãs, namorados e namoradas, num contexto de desconfiança e medo.

### 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A violência acompanha o ser humano desde os primórdios da humanidade e constitui expressão de distintas formas de desigualdade, inclusive a de gênero, sendo, assim, atentatória aos direitos humanos. Diante disso, a análise sobre a violência contra a mulher não pode deixar de permear as nuances da grave violação a dignidade da pessoa humana.

Na explicação dicionarizada de Cândido de Figueiredo (1913), dignidade é um substantivo feminino que significa

Título ou cargo de graduação elevada. Honraria. Qualidade daquele ou daquilo que é nobre e grande. Modo de proceder, que se impõe ao respeito público. Respeitabilidade. Pundonor. Seriedade; autoridade. Nobreza. Ant. Dignitário. (Lat. *dignitas*) (FIGUEIREDO, 1913, p. 655)

Indiferente ao que dela pensem, a língua é o próprio ser humano em suas reflexões, debates, dúvidas e constantes mutações. O dicionário de Cândido é do início do século XX, mas, em um dicionário atual, como o de Caldas Aulete, o significado apresentado diz que dignidade é

1 Qualidade moral que infunde respeito; HONRA; AUTORIDADE; 2. Modo de proceder ou de se apresentar, que infunde respeito; BRIO; MAJESTADE; 3. Decência, decoro; 4. Função, cargo ou título de alta graduação (dignidade de reitor); 5. Ecles. Eclesiástico que exerce funções elevadas ou tem título proeminente em um cabido. (DIGNIDADE, [2017])

Está evidente que são apenas formas diferentes de dizer, mas o fato é que a palavra não sofreu alterações de sentido. Outrossim, observe-se que são citadas posições na nobreza monárquica, respeito, pessoa nobre. Em nenhum dos dois autores se menciona a dignidade como atributo de pessoas simples, comuns, pobres, menos ainda miseráveis. Frise-se que hoje a Justiça, a Lei, o Estado moderno e democrático dão amplitude de conotação e de

conceituação maior ao termo dignidade. Diga-se, por exemplo, que a dignidade não é apenas apanágio desses aí citados, mas de todos os cidadãos.

Para o Direito, serve de exemplo a conceituação a seguir:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está encartado enquanto princípio fundamental na Constituição Federal Brasileira. Trata-se de norma-princípio, que irradia e imanta os sistemas de normas jurídicas, norteando o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a norma-princípio apresenta-se enquanto mola mestra do ordenamento jurídico, garantindo unidade e sentido às demais normas que integram o sistema. (CAVALCANTE; CAVALCANTE JÚNIOR, 2016, p. 91)

Posto está que é um princípio do Direito à luz constitucional de preceito fundamental. A perspectiva dessa norma-princípio emana seus fluxos para todo o conjunto de sistemas de normas jurídicas e é, inclusive, norteadora da manutenção do Estado Democrático de Direito brasileiro, o que quer significar que a mencionada norma, tanto está sobre as outras quanto as orienta. Funciona, pois, como uma guardiã da cidadania e do cidadão em um sistema que se quer democrático e pacífico.

A Organização das Nações Unidas (ONU), com o propósito de declarar a paz entre os países, promulgou o Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, que se expressa como a seguir:

[...] CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS. A preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres<sup>4</sup>, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. (BRASIL, 1945).

A propósito, a inclusão da igualdade de gênero na carta da ONU foi fruto da insistência da cientista brasileira (paulistana) Berta Lutz, que participou da Conferência realizada em San Francisco/Califórnia (EUA), em 1941 e sua atuação foi fundamental para a causa do feminismo, cujas propostas estavam além do seu tempo, razão de ter sido criticada

---

<sup>4</sup> Grifo nosso.

pelas representantes norte-americanas e britânicas, conforme relatam estudos de duas pesquisadoras da Universidade de Londres.<sup>5</sup>

O Estado está juridicamente obrigado a proteger a família e a cumprir sua função preventiva no que corresponde à prática da violência doméstica, em especial contra a mulher. Por conta disso, deve ser chamado a redimensionar o problema sob a visão dos direitos humanos e fundamentais. Posto isto, a dignidade humana é valor imperativo e fundamento da República Federativa do Brasil e representa, juntamente com os direitos fundamentais, a própria razão de ser da Constituição Brasileira, na medida em que o Estado é apenas um meio de promoção e defesa do ser humano. Portanto, os direitos humanos resultam do reconhecimento da dignidade do ser humano, e, assim, combater a violência doméstica é uma das formas de garantir a dignidade da mulher.

A dignidade da pessoa humana é evocada para a prevenção, defesa e garantia do mesmo valor para a mulher que, ao longo dos séculos, como foi demonstrado aqui, vem sendo constrangida e vítima de toda espécie de violência, mesmo por outras mulheres adeptas e manietadas *em* perpetuar a cultura machista. Mesmo sob a proteção das Leis, os empecilhos são os mais variados para que a mulher consiga ser vista, tratada e remunerada com igualdade e dignidade. A força da tradição de tantos séculos espalhou raízes muito sólidas no seio da sociedade, que como um câncer terminal, não recua, não cede. Na tentativa de reverter a situação em que nem sempre as normas e a própria Constituição são respeitadas, mas foram exigidas e, dessa forma, surgem às políticas públicas voltadas à salvaguarda da dignidade da mulher.

#### **4 POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS ÀS MULHERES NO BRASIL**

As questões de pontos de vista e de interpretação têm o condão de dividir pensamentos e ações, criando dúvidas e gerando impasses para os cidadãos e para as ciências e a Lei. Até onde se deve perceber o fato? Desde o viés político ou desde o viés jurídico, ou ainda, quando a sociedade pensará em uníssono, produzindo esforços e não criando valas que separam os cidadãos, quer da política, quer da justiça? Ora, a mulher agredida não encontrará tempo disponível e raciocínio para reagir em uma hora de dor, naquele instante em que precisa de garantias, de cuidados protetivos, quando já lhe faltou o cuidado

---

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UfJhUisAQJo>. Acesso em: 09 abr. 2017.

preventivo. As políticas públicas voltadas às mulheres surgiram para tentar corrigir o desamparo perceptível e sentido por aquelas atingidas pela brutalidade, seja sexual ou não, no ambiente laboral ou onde for.

A visão de atuação política no meio jurídico é, em geral, pouco reconhecida. O próprio ensino jurídico positivista nos condiciona a ver a atividade política distante da atividade jurídica. No entanto, quando se julga, quando se acusa, quando se defende, evidentemente, concretizam-se ideais e posturas que possuem natureza política. A Lei Maria da Penha encarna uma proposta de Política Pública em Direitos Humanos que objetiva traçar um caminho a ser seguido pelos poderes públicos em todas as esferas de governo. Por isso, a sua aplicabilidade e a sua eficácia dependem também do Judiciário e de seus atores. Nesse sentido, é de se questionar se algumas práticas institucionais estão integradas à proposta política maior ou se a mera convicção isolada de um (a) Juiz (a), muitas vezes ignorante dessa complexidade, deve preponderar. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 90)

É preciso repetir o trecho da citação acima: *mera convicção isolada de um (a) Juiz (a), muitas vezes ignorante dessa complexidade, [...]*. E por que seria preciso? Porque todos estão tradicionalmente subjugados perante a palavra juiz? O juiz terreno é entendido como um ser especial, quase divino e cuja palavra tem de ser cumprida à risca. E se assim o é, que força teria a política? Que efeito pode gerar um conjunto de políticas públicas?

As políticas públicas, como um conjunto de programas, ações e decisões tomadas pelos governos (nacionais, estaduais, distritais ou municipais) com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados, buscam garantir determinado direito de cidadania para vários grupos da sociedade ou para certo segmento social, cultural, étnico ou econômico. Isto é, correspondem a direitos assegurados na Constituição.

As políticas públicas estão representadas no documento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/ PR), criada em 1º de janeiro de 2003, com *status* de ministério e inaugurando “[...] um novo momento da história do Brasil no que se refere à formulação, coordenação e articulação de políticas que promovam a igualdade entre mulheres e homens”. E isto é bom? Sim, é bom, porém, o melhor seria que não fosse imperioso mostrar ou ter que provar aos homens que são iguais as mulheres perante a lei, pois, são humanos, ainda que, em alguns detalhes, a Biologia os faça diferenciados. A diferenciação biológica não serve de parâmetro para que a mulher não tenha preservados os direitos políticos ou legais e a sua dignidade. A diferenciação biológica também não serve para justificar a prevalência da “lei do mais forte”, daquele que tem mais força física. As

estatísticas comprovam que cada vez mais as mulheres exercem os mais variados cargos, anteriormente só ocupados por homens: delegadas, policiais civis, militares, e etc.

A Política Nacional para as Mulheres tem sua ideologia pontuada pelos postulados: igualdade e respeito à diversidade; sentido da equidade de oportunidades, observando-se os direitos universais e as questões específicas das mulheres; autonomia das mulheres e de seu poder de decisão sobre suas vidas e corpos, assim como as condições de influenciar os acontecimentos em sua comunidade e seu país; noção de laicidade do Estado, de forma a assegurar os direitos consagrados na Constituição Federal e nos instrumentos e acordos internacionais assinados pelo Brasil; universalidade das políticas públicas como garantidoras do acesso aos direitos sociais, políticos, econômicos, culturais e ambientais para todas as mulheres; justiça social na redistribuição dos recursos e riquezas produzidas pela sociedade e a busca de superação da desigualdade social entre homens e mulheres, estas as mais atingidas; transparência dos atos públicos traduzida no respeito aos princípios da administração pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência; participação e controle social no debate e a participação das mulheres na formulação, implementação, avaliação e controle social das políticas públicas, que devem ser “[...] garantidos e ratificados pelo Estado brasileiro, como medida de proteção aos direitos humanos das mulheres e meninas” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2005, p. 7-8).

Tanto o texto da Constituição, quanto o da Lei Maria da Penha, o da Carta dos Direitos Humanos e mais este das Políticas Públicas parecem criar um novo paraíso, o da igualdade e do respeito à dignidade, da convivência harmoniosa, especialmente entre homens e mulheres. Por outro lado, a realidade nem sempre é paradisíaca.

A 4ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres foi realizada entre 15 e 18 de março de 2016. O decreto de convocação assinado pela presidente Dilma Rousseff foi publicado na terça-feira (31/03), no Diário Oficial da União (DOU). O Plano das Políticas Públicas de João Pessoa/PB enquadra o período de 2013-2016 e, em seu Capítulo I, refere-se à autonomia econômica e igualdade no mundo do trabalho com inclusão social. Assim, considera que:

As transformações ocorridas na economia brasileira nas últimas décadas, dentre as quais a introdução de novas tecnologias, a globalização e os efeitos da crise econômica em escala mundial afetaram o mundo do trabalho de forma significativa. As oportunidades de emprego no setor formal da economia foram diminuídas, dando lugar ao aumento de vagas com empregos terceirizados, em regime

temporário e sem carteira assinada. O desemprego e a precarização das condições de trabalho passam a ser a tônica. (BRASIL, 2013, p. 13)

Os outros capítulos versam sobre saúde das mulheres; direitos sexuais e reprodutivos, educação inclusiva não sexista, não lesbofóbica, não racista e não homofóbica; enfrentamento de todas as formas de violência contra a mulher; desenvolvimento sustentável no meio rural, na cidade e no campo, com garantia de justiça; participação das mulheres nos espaços de poder ambiental, soberania e segurança alimentar; comunicação e cultura democráticas; monitoramento e acompanhamento do Plano Municipal de Políticas Públicas para as Mulheres no sentido de conscientizar a sociedade, como um todo, da necessidade de se terem cada vez mais políticas públicas eficazes e protetivas à mulher.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão sobre o debate teórico acerca da violência contra a mulher aprofunda um sentimento de impotência perante a continuidade de uma situação cruel que atravessa milênios, indiferente ao avanço da civilização com suas descobertas científicas e entrada para o mundo da tecnologia avançada e da comunicação.

A violência contra a mulher é considerada toda ação ou omissão, que resulte em morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, dano moral ou material, independente de idade à mulher, que pode ocorrer no âmbito familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, mesmo que essa relação não exista mais.

A situação do Brasil não é a mais grave do mundo, mas é preocupante e suas estatísticas amedrontam no sentido de que os casos de violência aumentam. Prova disso é que foi preciso promulgar uma lei específica protetora da figura feminina, a Lei Maria da Penha. A legislação, no entanto, não consegue vencer as barreiras culturais e as manifestações de machismo presentes de norte a sul e de leste a oeste do país, não fazendo diferença da posição intelectual e da classe social, quer do agressor ou da vítima.

A Lei Maria da Penha foi criada para proteger, dar assistência em casos de diversos tipos de violência contra a mulher. Assegura que toda mulher em situação de violência doméstica e familiar tenha acesso aos serviços de Defensoria Pública, mediante atendimento específico e humanizado.

Apesar de não ser a raiz de todas as formas de violência, a intervenção estatal nas relações domésticas e familiares de violência é fundamental, inclusive para a superação de boa parte das ocorrências exteriores no ambiente familiar e doméstico.

O esforço de legislações e de políticas públicas parece caminhar na direção contrária das atitudes masculinas, desrespeitando mulheres, ainda que seja a própria mãe, filha, irmã, esposa ou companheira. Sem dúvida, a Lei Maria da Penha é um grande avanço na promoção de medidas públicas de enfrentamento à violência, em especial contra a mulher, sendo um importante mecanismo no combate as agressões que a mulher possa vir a sofrer no ambiente doméstico e familiar.

Os relatos de casos de assédio moral se sucedem sem que os sujeitos se sensibilizem e compreendam que tal atitude fere profundamente a liberdade e a dignidade da pessoa humana da mulher. Em que pese os avanços científicos de todas as áreas do conhecimento, edição de leis, ensinamentos conscientizadores e políticas públicas voltadas às mulheres no Brasil, verifica-se que tais ações se encontram em andamento e constante revitalização. Contudo, não se deve esquecer a questão cultural e familiar que deve ser cuidada desde a infância, como estímulo transformador de uma nova geração, mais digna e mais igualitária.

Em síntese, se a violência à mulher é uma realidade ainda presente, com fortes componentes culturais, o papel dos profissionais das diferentes áreas pode ser no sentido de promover políticas públicas com ações educativas e de mobilização dos distintos setores sociais. Diante disso, pode-se criar um caminho que indique possibilidades de construção de um contexto, contornando a viabilidade de a mulher se libertar das espessas cortinas do medo, da insegurança e da vergonha, para usufruir seu direito à liberdade de modo a recuperar sua dignidade.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Gilson Xavier. Estudo Sobre a Mulher sob as Abordagens Histórica, Social e Religiosa. In: *Web-Revista Sociodialeto*, Campo Grande, v. 5. n. 14, p. 139-155, nov. 2014. Disponível em: <http://sociodialeto.com.br/edicoes/19/23122014012945.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

BLAY, Eva Alterman. O Tardio reconhecimento de que a mulher tem direitos humanos. In: TORNQUIST, C. S. et al. *Leituras de resistência: corpo, violência e poder*. Florianópolis: Mulheres, 2009.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica*. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3\\_ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3_ed.pdf). Acesso em: 20 maio 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 20 maio 2017.

\_\_\_\_\_. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013. Disponível em: [http://www.compromissoatidade.org.br/wpcontent/uploads/2012/08/SPM\\_PNPM\\_2013.pdf](http://www.compromissoatidade.org.br/wpcontent/uploads/2012/08/SPM_PNPM_2013.pdf). Acesso em: 21 maio 2017.

\_\_\_\_\_. *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: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 22 jun. 2017

CAVALCANTE, Vinícius Rodrigues; CAVALCANTE JÚNIOR, José César Nóbrega. *Hermenêutica Constitucional, Dignidade da Pessoa Humana e Acesso à Justiça: meios alternativos para solução de conflitos como máxima efetividade dos direitos fundamentais*. In: MACHADO, Edinilson Donisete. (Org.). *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/zz7u910g/Daz74GseuFjWI204.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Assédio Moral e Sexual: previna-se*. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/assedio-moral-e-sexual.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

COUTO, Maria Claudia Girotto do. *Lei Maria da Penha e Princípio da Subsidiariedade: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em:

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-18112016-163414/pt-br.php>. Acesso em: 20 maio 2017.

DIGNIDADE. In: *Dicionário Caldas Aulete*. [S.l.]: Lexikon, [2017]. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/dignidade>. Acesso em: 20 maio 2017.

EPÍSTOLA A TITO. In: *Bíblia Sagrada: nova versão internacional*. Trad. Comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Vida, 2000.

FIGUEIREDO, Cândido de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. [S. l.: s. n.], 1913. Disponível em: <http://dicionario-aberto.net/dict.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

GOMES, Anderson Soares. Mulheres, Sociedade e Iluminismo: o surgimento de uma filosofia profeminista na Inglaterra do Século XVIII. *Matraga*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 19, 2011. Disponível em: <http://www.pgletras.uerj.br/matraga/matraga29/arqs/matraga29a02.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

LOPES, Graça Videira. Mulheres Medievais: histórias de proveito e exemplo. In: *Intervenção em Da Letra ao Imaginário: colóquio internacional de homenagem à Profª Irene Freire Antunes*. [S.l.]: FCSH-UNL, 2011. Disponível em: [http://www.fcsh.unl.pt/docentes/gvideiralopes/index\\_ficheiros/MULHERES%20MEDIEVAIS.pdf](http://www.fcsh.unl.pt/docentes/gvideiralopes/index_ficheiros/MULHERES%20MEDIEVAIS.pdf). Acesso em: 18 mai. 2017.

MÉNDEZ, Natalia Pietra. Do ar para as ruas: capitalismo, trabalho e feminismo. *Revistas FEE: mulher e trabalho*, [s.l.], v. 5, 2005. Disponível em: <http://revistas.fee.tche.br/index.php/mulheretrabalho/article/view/2712/3035>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

MOURA, Analice Schaefer de; LOBO, Tatiani de Azeredo. *A Gestão das Políticas Públicas Transversais no Enfrentamento da Desigualdade de Gênero no Mercado de Trabalho*. Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, [s.l.], 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15873>. Acesso em: 22 jun. 2017.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Volencia Contra la Mujer: respuesta del sector de la salud*. [S.l.]: OMS, 2013. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/87060/1/WHO\\_NMH\\_VIP\\_PVL\\_13.1\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/87060/1/WHO_NMH_VIP_PVL_13.1_spa.pdf). Acesso em 21 de maio de 2017.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm\\_compacta.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm_compacta.pdf). Acesso em 20 de maio de 2017.

SCHUMAHER, Schuma. *Um Rio de Mulheres: a participação das fluminenses na história do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: REDEH, 2003. Disponível em: [http://www.mulher500.org.br/publicacoes/pdfs/publicacao\\_rio\\_de\\_mulheres.pdf](http://www.mulher500.org.br/publicacoes/pdfs/publicacao_rio_de_mulheres.pdf). Acesso em 20 de maio de 2017.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. *Diretrizes Nacionais Femicídio: investigar, processar e julgar: com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femicidios-versao-web.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

SILVA, Jardel Pereira da; FURTADO, Karen Beserra; PINHEIRO, Maria Josyane Gonçalves; FREITAS, Ramiro Ferreira de; BRITO, Tamyres Madeira de. Violência Doméstica no Brasil. *Revista do Curso de Direito da UNIABEU*, Nova Iguaçu, v. 6, n. 1, p. 67-78, jan./jun. 2016.

TOSI, Lucía. Mulher e Ciência: a revolução científica, a caça às bruxas e a ciência moderna. *Cadernos Pagu*, [s.l.], v. 10, p. 369-397, 1998. Disponível em: [http://www.cei.santacruz.g12.br/~fisica/3UP\\_2015/Mulher-e-Ciencia\\_cadpagu\\_1998\\_10\\_14\\_TOSI.pdf](http://www.cei.santacruz.g12.br/~fisica/3UP_2015/Mulher-e-Ciencia_cadpagu_1998_10_14_TOSI.pdf). Acesso em 21 de maio de 2017.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em 19 de maio de 2017.

**O DIREITO DE RETORNO PERIÓDICO DO TRABALHADOR MIGRANTE AO SEU LOCAL DE RESIDÊNCIA COMO PREVENÇÃO DO DESENRAIZAMENTO AFETIVO: UM EXEMPLO DE APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS**

*THE PERIODIC RETURN OF THE RIGHTS OF MIGRANT WORKERS TO THEIR RESIDENCE AS A PREVENTION OF AFFECTIVE DEVELOPMENT: AN EXAMPLE OF DIRECT APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO PRIVATE RELATIONS*

Alexander Perazo Nunes de Carvalho;<sup>1</sup>

Márlea Nobre da Costa Maciel.<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo teve o propósito de verificar se os fluxos migratórios internos em busca de trabalho são aptos a causar sofrimento psicossocial ao trabalhador, seja devido às condições de trabalho, seja devido ao sentimento de desterritorialização e desenraizamento afetivo. Teve também a pretensão de apontar, como efetiva aplicação direta dos direitos fundamentais sobre as relações laborais privadas, o direito de retorno periódico do trabalhador ao seu local de residência, a cargo do empregador, como obrigação decorrente do pacto laboral. Para analisar o fenômeno, utilizou-se como base a pesquisa bibliográfica, por meio da análise de livros, artigos publicados em coletâneas e periódicos, normas nacionais e internacionais, entre outras fontes, que ilustrassem a presença do tema no contexto brasileiro, portanto, descritiva. A originalidade do artigo é atribuída à imposição ao empregador, negociada ou jurisprudencial, de custear o direito de visita do trabalhador ao seu local de residência, sob o viés dos direitos fundamentais e em harmonia com a saúde psicossocial deste, mesmo diante da real flexibilização das normas laborais. O ponto de reflexão surgido na conclusão mostrou a importância do direito de retorno periódico do trabalhador ao seu local de residência como meio de materializar o respeito a sua dignidade, a redução do sofrimento psíquico e do rompimento dos laços de sua origem, além de, principalmente, apontar que a imposição deste encargo ao empregador é um exemplo de

---

<sup>1</sup> Doutor (2013) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, com área de concentração em Direito Privado. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professor do Mestrado Acadêmico da Unichristus. Professor de Graduação do Centro Universitário Christus (Unichristus), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade Luciano Feijão (Sobral/Ce). Professor Visitante da Universidade Potiguar, em Natal/RN. Assessor Jurídico-Chefe da Procuradoria de Justiça Militar da União, em Fortaleza/Ce. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito do Consumidor, atuando principalmente nos seguintes temas: Civil - parte geral; obrigações; contratos; posse, propriedade privada, função socioambiental da propriedade, ecopropriedade e constitucionalização do direito privado.

<sup>2</sup> Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus. Especialista em Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Christus. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

Artigo recebido em 29/11/2017 e aprovado para publicação em 03/04/2019.

aplicação horizontal dos direitos fundamentais de forma direta às relações privadas de trabalho.

**Palavras-chave:** Trabalhador Migrante. Retorno ao Local de Residência. Desterritorialização. Desenraizamento Afetivo. Aplicação Direta e horizontal dos Direitos Fundamentais.

**Abstract:** This article aimed to verify if the internal migratory flows in search of work are apt to cause psychosocial suffering to the worker, due to the working conditions, or due to the feeling of deterritorialization and affective uprooting. It also had the intention of pointing out, as an effective direct application of the fundamental rights over private labor relations, the worker's right to return to his place of residence periodically, as an obligation under the labor agreement. In order to analyze the phenomenon, bibliographic research was used as a basis, through the analysis of books, articles published in collections and periodicals, national and international norms, among other sources, to illustrate the presence of the theme in the Brazilian context, therefore, descriptive. The originality of the article is attributed to the employer's negotiated or jurisprudential imposition of the worker's right to visit his place of residence under the bias of fundamental rights and in harmony with his psychosocial health, even in the face of the real flexibility of the norms labor markets. The point of reflection that emerged in the conclusion showed the importance of the worker's right of return to his place of residence as a means of materializing respect for his dignity, reducing psychic suffering and breaking ties with his origin, to point out that the imposition of this burden on the employer is an example of horizontal application of fundamental rights directly to private employment relationships.

**Keywords:** Migrant worker. Return to Place of Residence. Desterritorialization. Affective rooting. Direct and horizontal application of Fundamental Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o direito periódico que o trabalhador em condições de deslocamento (migrante) tem de retornar com frequência ao seu local de residência, como um direito fundamental que deve ser efetivado diretamente em sua relação empregatícia. Geralmente, junto com a migração, surgem situações e condições de trabalho que podem colocar em risco os direitos fundamentais e a dignidade do trabalhador, o que motivou a necessidade também de abordar os conceitos de desterritorialização e desenraizamento nessa situação de deslocamento.

Ademais, a condição de migrante, e tudo o mais que nela é afeto, é capaz de causar impactos sobre a saúde do trabalhador, pois é sabido que, devido aos deslocamentos em busca de trabalho (em sua maioria trabalhos em condições mais precárias ou em regiões longínquas), os trabalhadores podem passar por processos de perda de identidade cultural e

afetiva. Daí a importância da temática em se defender a eficácia direta dos direitos fundamentais na relação de emprego, seja averiguando o que traz a legislação sobre a temática da migração interna, seja como os tribunais vem considerando o direito de visita periódica à família. Se se considera esse direito como um direito fundamental em que sua aplicação se dá de forma horizontalizada nas relações privadas de trabalho.

Em relação aos aspectos metodológicos, esta foi realizada por meio de uma ampla revisão bibliográfica e documental, inclusive legislação internacional e jurisprudência, se propondo a ser uma pesquisa exploratória. Segundo a abordagem, a pesquisa é considerada qualitativa. Em relação aos resultados da pesquisa, é pura, pois tem por fito ampliar os conhecimentos sobre a temática e não a resolução dos problemas apresentados em si.

## **2 TRABALHADOR E MIGRAÇÃO INTERNA: SOFRIMENTO PSÍQUICO, DESTERRITORIALIZAÇÃO E DESENRAIZAMENTO AFETIVO**

Não é objetivo desse trabalho levantar um memorial histórico acerca da migração interna no Brasil, principalmente aquela em decorrência da busca por emprego, pois seria necessário um diálogo com outras áreas de atuação e um levantamento de dados que foge ao escopo do estudo, nesse momento<sup>3</sup>. Mas, é certo que a transformação no país, de uma sociedade tipicamente agrária e rural para urbana e industrial, contribuiu para a transformação dessa mão de obra, e conseqüentemente para os deslocamentos e a migração interna, principalmente nas primeiras décadas do século XX<sup>4</sup>.

Assim, grandes centros de mercado e regiões que, sob o desígnio do desenvolvimento, emplacam grandes empreendimentos e obras de engenharia são realidades que atraem trabalhadores migrantes, representando um intenso fluxo de deslocamentos internos.

---

<sup>3</sup> De acordo com Nitish, quando este aborda sobre o diálogo multidisciplinar, é necessário um rigor para além do conhecimento do Direito, como se vê: "Os trabalhos multidisciplinares são aqueles que as ciências jurídicas são estudadas e aplicadas juntamente com outras ciências, normalmente, sociais [...]. Contudo, torna-se problemática quando não há um método para tanto. Lamentavelmente, o jurista às vezes tem esse defeito de acreditar que o domínio do direito implica por extensão o das outras ciências sociais, e versa então sobre estas como se estivesse dentro da normalidade científica. [...]" MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de metodologia jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 20-22.

<sup>4</sup> BRAGA, Fernando Gomes. *Migração Interna e Urbanização no Brasil Contemporâneo: Um estudo da Rede de Localidades Centrais do Brasil (1980/2000)*. Disponível em: [http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/abep2006\\_573.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/abep2006_573.pdf). Acesso em: 24 jun. 2017.

Há, inclusive, uma conceituação de migração interna sob a denominação de movimento<sup>5</sup> pendular, que, dentre as possibilidades, a insere no âmbito do deslocamento fundado no mercado de trabalho. Dirceu Cutti<sup>6</sup> (2016), afirma diante dessa realidade que são atraídos dois tipos de trabalhadores migrantes:

[...] os trabalhadores desqualificados, muitas vezes inseridos em áreas de mercado informal, e os profissionais muito qualificados que têm como destino tanto o segmento secundário do mercado de trabalho como o setor terciário de alta tecnologia. (CUTTI, 2016, n.p.)

Dessa forma, independentemente de se identificar qual tipo de trabalhador está em situação de deslocamento, ou que a realidade do mercado impulsiona esse movimento migratório, é importante que se leve em consideração que o desenvolvimento regional e nacional deve observar igualmente o desenvolvimento das liberdades subjetivas desses trabalhadores, principalmente porque podem estar presentes nessa migração violações dos direitos fundamentais.

Ora, a vida dos trabalhadores que servem de massa produtiva nesse mercado de trabalho ocasionador dos deslocamentos é um bem fundamental, e que pode ser compreendido como aquele cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um, justamente porque é objeto essencial de outros bens fundamentais, estando subtraídos à lógica do mercado<sup>7</sup>. Daí o seu precioso valor imaterial.

O censo de 2000 sobre os fluxos migratórios aponta essa realidade dos deslocamentos internos, conforme a imagem abaixo:

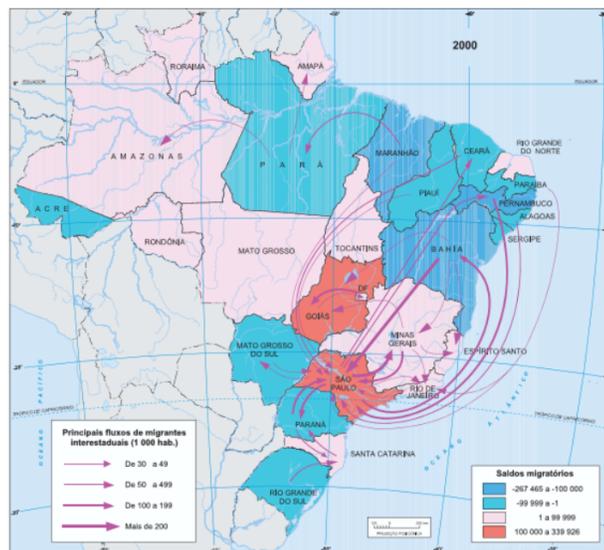
---

<sup>5</sup> BRASIL (1). Poder Executivo. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Reflexões sobre os deslocamentos populacionais no Brasil*. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/pt/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=249781>. Acesso em: 24 jun. 2017.

<sup>6</sup> CUTTI, Dirceu; BAPTISTA, Dulce Maria Tourinho; PEREIRA, José Carlos (Org.). *Migração, trabalho e cidadania*. ePub Kindle. São Paulo: EDUC, 2016.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. *Sequência*. n. 60. jul. 2010. p. 35. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29/15066>. Acesso em: 30 jun. 2017.

**Ilustração 1** – Mapa que apresenta os caminhos de entrada e saída dos fluxos migratórios apurados no ano 2000.



Nota: Utiliza-se a informação do lugar de residência anterior há exatamente 5 anos antes da data de referência da pesquisa.

Fonte: IBGE - censo demográfico 2000<sup>8</sup>.

O mapa acima aponta que a realidade brasileira no tocante aos fluxos migratórios é intensa e que o Nordeste ainda é uma região de evasão demográfica em direção ao sudeste. Mas, recentemente, vê-se um movimento migratório para a região onde se encontram as construções de grandes obras, como Belo Monte, local de grande acúmulo de trabalhadores e apto a igual acúmulo de mazelas sociais e desenraizamento afetivo.

No tocante a essa migração para grandes obras, dados apontam que a população de Altamira/PA, que em 1991 era estimada em 72 mil habitantes, no ano 2013 passou dos 100 mil<sup>9</sup>. Vê-se que esta é uma crescente, pois o Censo 2010 mostrou que 35,4%<sup>10</sup> da população brasileira não residia no município onde nasceu. Esses dados definem uma realidade que pode ser desagregadora, pois é capaz de causar uma desarticulação do modo de vida, da origem, da memória afetiva e da cultura para esses trabalhadores.

<sup>8</sup> BRASIL (1). Poder Executivo. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo demográfico 2000: migração e deslocamento*. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/migracao/tabela\\_regioes.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/migracao/tabela_regioes.shtm). Acesso em: 24 jun. 2017.

<sup>9</sup> RIBEIRO, Aline; REDONDO, Felipe. Os nômades de belo monte. *Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI247824-15223,00.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>10</sup> BRASIL (1). Poder Executivo. *Vamos conhecer o brasil: migração*. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/migracao-e-deslocamento.html>. Acesso em 24 jun. 2017.

Alfredo José Gonçalves<sup>11</sup> ao discorrer sobre as migrações internas afirma que:

As migrações costumam figurar como o lado visível de fenômenos invisíveis. Aparecem muitas vezes como a superfície agitada de correntes subterrâneas. Verdadeiros termômetros que, ao mesmo tempo, revelam e escondem transformações ocultas. Os grandes deslocamentos humanos, via de regra, precedem ou seguem mudanças profundas, seja do ponto de vista econômico e político, seja em termos sociais e culturais. Os maremotos históricos provocam ondas bravias que deslocam em massa populações e povos inteiros. Numa palavra, a mobilidade humana é em geral um sintoma de grandes transições. Quando ela se intensifica, algo ocorreu ou está para ocorrer, ou melhor, algo *está ocorrendo* nos bastidores da história [...] *Fatores como a crise econômica e o desemprego crescente, as transformações no mundo do trabalho e a precarização de suas relações* - entre outros - contribuem decisivamente tanto para o quadro de indigência que se amplia, quanto para os deslocamentos compulsórios da população pobre. (grifo nosso) (GONÇALVES, 2001, 173-174)

As colocações, acima, fazem nascer uma reflexão sobre as causas que levam o homem a migrar e os impactos que o deslocamento do ser humano de seu local de origem para outro, longe de seus pares e de sua identidade histórica e cultural, mesmo que temporária, pode causar. Certamente a busca por emprego é uma causa que motiva a migração e é geradora de impactos pessoais e sociais. Assim, muitas vezes, os deslocamentos fundados na busca pelo emprego, principalmente nos grandes empreendimentos de engenharia, resultam igualmente no grande volume de contratação de trabalhadores do sexo masculino<sup>12</sup>, resultando em impactos<sup>13</sup> não só na comunidade afetada por esta migração, mas também na vida de cada um desses trabalhadores em deslocamento. Nesta senda, patente que junto à migração pode estar atrelado ao trabalho precário, informal ou até mesmo em situação análoga à de escravo.

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Alfredo José. "Migrações internas: evoluções e desafios". In: *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142001000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000300014). Acesso em: 30 jun. 2017.

<sup>12</sup> Essa patente contratação de trabalhadores do sexo masculino, que migrantes e "nômades" vagam de grandes obras em grandes obras, é apta a causar transformações sociais maléficas às comunidades do entorno da obra, conforme aponta André Aroeira Pacheco em entrevista sob o título Usina de Belo monte: "O licenciamento ambiental no Brasil precisa ser levado a sério". Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/550351-usina-de-belo-monte-o-licenciamento-ambiental-no-brasil-precisa-ser-levado-a-serio-entrevista-especial-com-andre-aroeria-pacheco>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>13</sup> Exemplifica-se ainda, como rescaldos sociais que a grande migração de trabalhadores do sexo masculino pode causar - caso não haja uma política de responsabilidade socioambiental - a construção do Rodoanel. Sobre esse exemplo, importante mencionar dados: "[...] Líderes comunitários, moradores, funcionários da prefeitura e conselheiros tutelares afirmam que 'dezenas de mulheres' - muitas delas, adolescentes - engravidaram durante os três anos em que cerca de 4.000 operários permaneceram no local (em todo o trecho sul, foram 11 mil empregados diretos). 'Foram muitas crianças órfãs, porque o pai sumiu e retornou para seus familiares', diz Evaldo Carvalho, 43, líder comunitário do Parque Los Angeles.". CASTRO, Cristina Moreno de; BRITO, Adriano. "Obras do Rodoanel deixam 'órfãos' na região do ABC". In: *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2407201101.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

Acerca desse trabalhador migrante menos qualificado e mais operacional, a realidade se apresenta mais cruel, tornando-se ele um alvo fácil a ser arregimentado para o trabalho em situação análoga a de escravo, o que pode aumentar o sofrimento psíquico. Sobre esse tema Patrícia Costa<sup>14</sup> aponta que:

Normalmente o trabalhador escravizado é jovem, com idade superior a 16 anos e quando resgatado possui, em média, 31 anos. [...] A precária situação econômica pressiona a família que, sem condições de manter todos os membros, transforma a procura por trabalho em outros lugares uma necessidade. *Partir não resolve o problema, mas ficar também não ajuda, pois não há oferta de emprego suficiente [...]*. O trabalhador parte em busca de oportunidades de trabalho a fim de superar uma situação de penúria ou fome. Entretanto, ele também parte na esperança de ficar rico, para fugir de conflitos familiares, normalmente ocorridos com o pai, para manifestar a virilidade ou o companheirismo, pelo sonho de viver uma aventura em terras estranhas e pelo desejo de tornar-se o provedor de um lar. (grifo nosso) (COSTA, 2008, p.179)

Geralmente essas contratações são para vagas mais operacionais, com remuneração mais baixa, desenvolvidas num labor em condições precárias, num ambiente com pessoas oriundas de locais diferentes do país (com histórias e culturas diferentes), e que passam a viver em alojamentos ou moradias inadequadas, que agravam o processo do desenraizamento afetivo desse trabalhador, podendo afetar sua saúde psíquica. Esse desenraizamento do trabalhador de seu seio social, de sua família, de sua cultura, de sua identidade afetiva tem um efeito psíquico sobre ele. Hélia Borges e André Martins<sup>15</sup> apontam que:

Podemos dizer que, em termos psíquicos, *o movimento migratório implica a noção de fragmentação de uma identidade*. Ao se deixar um território, necessariamente entra em jogo a perda dos referenciais conhecidos. O processo de separação gera uma experiência de desamparo que na maioria das vezes é vivida como abandono. (grifo nosso) (BORGES; MARTINS, 2004, p. 132)

De outro turno, mesmo que a situação da migração não seja em decorrência de trabalho mais mecânico e braçal, ainda assim, as grandes corporações e o mercado de trabalho exigem um perfil profissional que esteja sempre à disposição para responder às suas demandas, inclusive estar disponível para ser deslocado para outras unidades ou filiais, o que

<sup>14</sup> COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. A construção da masculinidade e a banalidade do mal: outros aspectos do trabalho escravo contemporâneo. *Cadernos Pagu*. n. 31. 2008. p. 173-198. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332008000200009&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332008000200009&script=sci_abstract&lng=pt). Acesso em: 01 jul. 2017.

<sup>15</sup> BORGES, Hélia. MARTINS, André. Migração e Sofrimento Psíquico do Trabalhador da Construção Civil: uma Leitura Psicanalítica. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 14(1):129- 146, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v14n1/v14n1a08.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

também faz com que esse profissional enfrente processo de desterritorialização e desenraizamento<sup>1617</sup>, o que ocasiona mazelas e sofrimento psíquico no trabalhador.

Assim, o viés desse estudo é pautado no bem estar e na saúde física e mental desse trabalhador que, ao deslocar-se do local de sua residência, de seu lar, de seu ambiente familiar afetivo e social, muitas vezes, para locais ermos ou de cultura regional distantes de sua realidade, pode vir a sofrer abalos em sua saúde e nas suas relações afetivas. Ainda, sobre os deslocamentos (pendulares) e a migração, Alfredo José Gonçalves<sup>18</sup> aponta uma realidade que reforça o fundamento desse trabalho:

[...] os responsáveis pelas grandes obras, as empresas de construção civil, o trabalho doméstico e até os serviços em geral preferem, em não poucos casos, contratar a mão-de-obra temporária. Ela se adapta perfeitamente à oscilação da demanda nos setores apontados e, além disso, isenta a empresa dos encargos sociais mais onerosos e permanentes. É comum, nas regiões de origem, falar das mulheres como "viúvas de maridos vivos", as quais, na ausência dos homens, têm de assumir, além da casa, a busca da água e da lenha, bem como o trato do roçado. Quanto aos trabalhadores, em alojamentos provisórios e precários nos locais de destino, amargam em geral uma situação extremamente precária de vida e trabalho. (grifo nosso) (GONÇALVES, 2001, p.178)

Fazendo uma análise sobre a imposição pelo empregador da disponibilidade do deslocamento por parte do empregado para atender às necessidades da empresa, Daniele Almeida e Cristina Amélia<sup>19</sup> apontam que:

Sujeito às constantes mobilidades e instabilidades profissionais, o trabalhador tem que estar "pronto" para ser deslocado para outras filiais da Organização, da qual faz parte, e enfrentar o custoso processo de desterritorialização e desenraizamento. Já não há um ambiente profissional que lhe seja tão familiar e enraizado, o que

<sup>16</sup> DUARTE, Daniele Almeida; LUZIO, Cristina Amélia. *(Des) Territorialidade: caminhos percorridos por trabalhadores sujeitos ao processo migratório interno e sua relação subjetiva com o trabalho*. Disponível em: <http://www.estudosdotrabalho.org/anais6seminariodotrabalho/danielealmeidaduarteecristinaamelialuzio.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2017.

<sup>17</sup> Ainda se utilizando das mesmas autoras, colaciona-se os conceitos que envolvem essa temática que certa o sofrimento psíquico do trabalhador. "[...] território não se refere apenas à dimensão concreta e material, mas também a um campo de forças, de relações de poder e social que se projeta no espaço. [...] O território pode assumir diversos significados [...] em sua dimensão simbólica, está repleto de significados afetivos [...] sentimentos de pertencimento, enraizamento e especificidade. [...] enraizamento [...] É um espaço, numa superfície territorial [...] que será enraizada a identidade do indivíduo - um direito fundamental e que está sendo esquecido [...]."

<sup>18</sup> GONÇALVES, Alfredo José. "Migrações internas: evoluções e desafios". In: *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142001000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000300014). Acesso em: 30 jun. 2017.

<sup>19</sup> DUARTE, Daniele Almeida; LUZIO, Cristina Amélia. *(Des) Territorialidade: caminhos percorridos por trabalhadores sujeitos ao processo migratório interno e sua relação subjetiva com o trabalho*. Disponível em: <http://www.estudosdotrabalho.org/anais6seminariodotrabalho/danielealmeidaduarteecristinaamelialuzio.pdf>. Acesso em 29 jun. 2017.

interfere em sua íntima relação com o trabalho e o vínculo estabelecido com este e seus companheiros. (grifo nosso) (DUARTE, 2004, p. 4)

Dessa forma, e devido às violações, principalmente, de ordem subjetiva, que podem ser ocasionadas ao trabalhador, que é deslocado de seu meio social para laborar em outra cidade ou região, é que, se faz necessário um cuidado maior com o meio ambiente laboral em que este está inserido (para além da monetização do risco<sup>20</sup>), havendo um esforço das empresas em desenvolver um melhor processo de adaptação a esse novo ambiente, bem como favorecer o diálogo interno<sup>21</sup> com esses trabalhadores.

No entanto, além de ter acesso à emprego e renda, é importante que o trabalhador tenha a garantia de um meio ambiente laboral sadio, mas não apenas no aspecto da segurança e saúde do trabalho ou o pagamento correto de seus direitos laborais, mas de uma forma holística, em que tenha a oportunidade de ser ouvido, valorizado e que sua voz tenha força, inclusive quanto às suas experiências e o saber que traz consigo, o saber que os educadores chamam de “saber sensível”<sup>22</sup>.

## 2.1 LEGISLAÇÃO E MIGRAÇÃO

Com relação às normas que regem a política migratória, não se verifica uma legislação específica ao migrante interno, senão a necessária aplicação, de forma cabal, da legislação laboral, devendo ser observado que, conforme o art. 5º da CLT<sup>23</sup>, “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”. E, que, pelo princípio da territorialidade, aplicam-se ao trabalhador as normas coletivas na base territorial da prestação de serviço, e não do local da contratação.

---

<sup>20</sup> É preciso se ter em mente que não basta a monetização do risco, ou seja, aumentar a remuneração do trabalhador para compensar os riscos capazes de causar desgastes à saúde, como, a exemplo do pagamento dos adicionais de periculosidade, insalubridade, ou, até mesmo, do benefício da aposentadoria especial. É necessário cautela; é imperiosa a atenção para a redução das jornadas insalubres e perigosas, bem como o cuidado com as melhorias contínuas no ambiente laboral, visando à redução ou eliminação dos riscos, inclusive o sofrimento psíquico. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2010. p. 129.

<sup>21</sup> Favorecer espaços para que o trabalhador - organizado ou não - tenha direito a voz e vez em seu ambiente laboral.

<sup>22</sup> De acordo com o professor João Francisco Duarte Júnior, o saber sensível é aquele “... indicativo de tudo o que foi apreendido pelo nosso corpo de modo direto, sensível, sem passar pelos meandros do pensamento e da reflexão...”. DUARTE JUNIOR, João Francisco. O sentido dos sentidos: a educação (do) sensível. In: *Biblioteca Digital da Unicamp*. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000211363>. Acesso em: fev. 2017.

<sup>23</sup> BRASIL (2). Poder Legislativo. Consolidação das leis do trabalho. AGUIRRE, João Ricardo B.; TÁVORA, Nestor (Coord.). *Vade mecum legislação*. São Paulo: Método, 2014.

Verificou-se ainda um regramento que toca ao assunto migração que o Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Indústria da Construção, firmado em 1º de março de 2012, que:

[...] tem como objetivo aprimorar as condições de trabalho nos canteiros de obras do país. Suas diretrizes são fruto de intensas negociações ocorridas entre o governo federal - sob a coordenação da Secretaria-Geral da Presidência da República, e as entidades representativas de empresários e empregados do setor da construção.

Ao longo de dezoito reuniões e três plenárias – iniciadas em março e concluídas em dezembro de 2011 -, foram definidos e acordados os termos que resultaram no Compromisso, reunindo *diretrizes sobre recrutamento e seleção; formação e qualificação profissional; saúde e segurança; representação sindical no local de trabalho; condições de trabalho, e relações com a comunidade*. Merecem destaque os avanços que representam os mecanismos de estímulo à formalização contratual e o fortalecimento do Sine, a implementação de comitês de saúde e segurança e a adoção de representantes sindicais nas obras, entre outras iniciativas.

Para acompanhar o Compromisso Nacional, foi criada a Mesa Nacional Permanente para o Aperfeiçoamento das Condições de Trabalho na Indústria da Construção, que tem caráter tripartite (com representantes do governo federal, setor empresarial e centrais sindicais), e é coordenada pela Secretaria-Geral da Presidência da República, em conjunto com o Ministério do Trabalho e Emprego. Além de funcionar como um espaço permanente de discussão entre as partes envolvidas, a Mesa também tem a incumbência de receber e divulgar as adesões ao Compromisso.<sup>24</sup> (grifo nosso) (BRASIL, 2012, n.p.)

Esse Compromisso, em que pese ser recente, e, provavelmente ter servido aos interesses em decorrência da Copa do Mundo de 2014, mostra a preocupação com a realização de pactos e acordos de adesão que visam a proteção do trabalhador e sua relação com a comunidade.

No tocante ao trabalhador migrante e aos fluxos migratórios internacionais, o Ministério do Trabalho e Emprego elaborou a proposta de “Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante”, aprovada em maio de 2010 pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que traz em seu bojo a finalidade, qual seja:

A “Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante” tem por finalidade estabelecer princípios, diretrizes, estratégias e ações em relação aos fluxos migratórios internacionais, com vistas a orientar as entidades e órgãos brasileiros na atuação vinculada ao fenômeno migratório, a contribuir para a promoção e proteção dos Direitos Humanos dos migrantes e a incrementar os vínculos das migrações com o Desenvolvimento. [...] Para os fins desta política considera-se Desenvolvimento o processo econômico, social, ambiental, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes. O direito ao

<sup>24</sup> BRASIL (1). Poder Executivo. Secretaria de Governo. *Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Indústria da Construção*. Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/compromissos-nacionais/construcao>. Acesso em: 01 jul. 2017.

desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, ambiental, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados [...] A “Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante” é coerente, articulada e integrada com as Políticas e Planos Nacionais já existentes, a exemplo da Política Nacional de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto nº 5.948/2006), do Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PLANAPIR) (Decreto nº 6.872/2009), do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) (Decreto nº 7.037/2009) e do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.<sup>25</sup> (BRASIL, 2010, n.p.)

Há que se registrar, como política de proteção ao trabalhador migrante, notadamente, a migração internacional, os ditames da Convenção nº 97 da OIT, ratificada pelo Brasil, que dispõe sobre as condições de trabalho e vida desse trabalhador, privilegiando o fortalecimento de vínculos familiares, o cuidado com a previdência social, dentre outros; e a Convenção nº 19, que versa sobre igualdade de tratamento nas indenizações por acidente de trabalho entre trabalhadores nacionais e estrangeiros. A Convenção nº 143 (porém não ratificada pelo Brasil) versa sobre as Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, sendo um importante instrumento de proteção dos direitos humanos dos trabalhadores e empregados.

E, a Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, que é uma das mais importantes convenções sobre direito humanos da ONU, mas ainda não foi ratificada pelo Brasil, em que pese esse empenho<sup>26</sup> para a ratificação tenha sido registrado pela Relatora da ONU para Formas de Escravidão Contemporânea, Gulnara Shahinian em uma audiência pública ocorrida no Brasil em 2012.

Desta feita, verifica-se que o Brasil ainda caminha timidamente na proteção do trabalhador migrante interno, devendo ampliar essa temática nas discussões que desencadeiam em produção legislativa ou na condução das políticas públicas. Portanto, se o trabalho é o meio de inclusão social do trabalhador e de sua família, os direitos fundamentais relacionados à relação laboral devem ser respeitados, sendo a saúde e o meio ambiente do trabalho um exemplo deles<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> BRASIL (1). Poder Executivo. Ministério do Trabalho e Emprego. *Política Nacional de Imigração e Proteção ao(a) Trabalhador(a) Migrante*. Disponível em:

[http://www2.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao\\_proposta.pdf](http://www2.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

<sup>26</sup> ONG REPORTER BRASIL. *Relatora da ONU defende que Brasil ratifique convenção sobre trabalhadores migrantes*. *Blog Repórter Brasil*. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2012/11/relatora-da-onu-defende-que-brasil-ratifique-convencao-sobre-trabalhadores-migrantes>. Acesso em: 01 jul. 2017.

<sup>27</sup> Art. 200, II e VIII da CF/88.

### 3 O DIREITO DE RETORNO PERIÓDICO AO LOCAL DE RESIDÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR MIGRANTE

Ante ao exposto, um dos elementos fundamentais para minimizar as mazelas socioambientais e de adoecimento psíquico do trabalhador é a possibilidade de retorno periódico ao seu local de residência, a fim de manter fortalecidos os laços afetivos e emocionais, e assim, reduzir os processos de desterritorialização e desenraizamento.

Cumpra registrar que o art. 10<sup>28</sup> da Convenção 97 da OIT prevê que o empregado migrante desempregado tem direito de retornar ao local onde foi recrutado, o que não se confunde com o retorno periódico ao local de residência. Para tanto, fez-se uma breve consulta jurisprudencial a fim de verificar se há demandas judiciais requerendo esse direito pelos empregados, ou como o direito de retorno periódico é levado em consideração pelos juízes em suas sentenças:

Julgado 1 – Decisão que considerou, no momento de deferir o pagamento do adicional de transferência provisória, a importância principiológica moral e fundamental do direito do empregado ao convívio familiar:

TRANSFERÊNCIA PROVISÓRIA. ADICIONAL PREVISTO NO ART. 469, § 3º DA CLT. DEVIDO. Verificado nos autos que o autor foi transferido em caráter provisório para prestar serviços em outro estado da federação, devido é o adicional de transferência, sendo irrelevante que o empregador tenha custeado as despesas com passagens, alimentação e moradia, uma vez *que o adicional não objetiva somente a compensação dos gastos materiais decorrentes da transferência, mas também dos seus aspectos desfavoráveis de cunho imaterial, in casu nitidamente caracterizados pela quebra do convívio familiar do empregado*. Recurso conhecido e desprovido.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Art. 10 da Convenção 97 da OIT: Se a autoridade competente do território de imigração considerar que o emprego para o qual o migrante foi recrutado em conformidade com o art. 2 do presente anexo se tornou inadequado, deverá tomar as devidas providências para auxiliá-lo a conseguir um emprego conveniente que não prejudique os trabalhadores nacionais, e deverá adotar disposições que garantam sua manutenção enquanto aguarda outro emprego, sua volta à região onde foi recrutado, se o migrante estiver de acordo ou tiver aceitado o regresso nessas condições ao ser recrutado, ou sua fixação noutra local. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 97*. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/523>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

<sup>29</sup> BRASIL (3). Poder Judiciário. Tribunal Regional do trabalho (10. Região). *Recurso ordinário n. 00693201300310008 DF* (00693-2013-003-10-00-8 RO). Recorrente: Telemont Engenharia de Telecomunicações S/A. Recorrido: Hermogenes Moraes Carneiro. Relator: Desembargador Juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota. Brasília, 02 de julho de 2014. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127068527/recurso-ordinario-ro-693201300310008-df-00693-2013-003-10-00-8-ro/inteiro-teor-127068536>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

Julgado 2 – A demanda desse julgado teve como um dos objetos a revisão da cláusula de norma coletiva que delimitava um longo espaço entre uma folga e outra para que o empregado pudesse retornar à sua residência. A Decisão que apreciou o dissídio coletivo deferiu a alteração da cláusula e fundamentou na importância da visita regular à família como um direito fundamental dos empregados:

1. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE E DE NATUREZA ECONÔMICA INSTAURADO PELO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL. Trata-se de dissídio coletivo de greve ajuizado pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada e Afins do Estado do Pará-SINTRAPAV em face do Consórcio Construtor Belo Monte. *O dissídio coletivo foi instaurado pela categoria profissional em busca do reajuste da parcela "Cesta Básica/Vale Alimentação" e a redução do prazo para concessão da "Folga para visita à Família", benefícios previstos, respectivamente, nas Cláusulas 13ª e 40ª do acordo coletivo em vigor na data da greve e do ajuizamento da ação.* O Sindicato da categoria profissional sustentou que a deflagração da greve e o ajuizamento do dissídio coletivo foram motivados pela superveniência de fatos novos que modificaram substancialmente as condições de trabalho originalmente firmadas, notadamente o abrupto acréscimo no número de trabalhadores nos canteiros e acampamentos das obras da Usina de Belo Monte - circunstância que teria fomentado sérios problemas de ordem econômica e social. [...]. 2. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE E DE NATUREZA ECONÔMICA. CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA - VISITA À FAMÍLIA/FOLGA DE CAMPO. Em relação à "Cláusula 40ª - Visita à Família - Folga de Campo", o órgão a quo decidiu, por equidade, que o benefício deveria ser modificado e adequado, de modo a conferir certa isonomia de tratamento aos trabalhadores da Usina de Belo Monte em relação aos operários das Usinas de Santo Antônio e Jirau, que, em situações de labor praticamente idênticas, angariaram tal benefício em padrões flagrantemente melhores. Essa decisão também foi apoiada na Teoria da Imprevisão (cláusula "rebus sic stantibus"), por ter sido comprovado nos autos que houve uma mudança substantiva nas condições fáticas vivenciadas pela categoria profissional. *Foi constatada, inclusive, a piora das condições de saúde nos canteiros de obras da usina, [...].* Nesse contexto, fundamenta a aplicação da cláusula heterônoma fixada a incidência analógica dos arts. 873 e 874 da CLT, que preveem a possibilidade de revisão das decisões que fixarem condições de trabalho, quando se tiverem modificado as circunstâncias que as ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis, e a aplicação da diretriz excetiva denominada "rebus sic stantibus", subjacente ao art. 14, parágrafo único, inciso II, da Lei 7.783/89, que descaracteriza o abuso da greve deflagrada na vigência de norma coletiva, quando motivada pela superveniência de fatos novos ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho. [...]. *Sabe-se que os princípios constitucionais têm eficácia jurídica, inclusive horizontal, e, conquanto tais preceitos reproduzam pressupostos ideológicos, não se afasta deles a força normativa, inerente à Constituição como um todo. [...].* Por tudo isso, considerando todos os aspectos fáticos que envolvem a situação, os valores jurídicos em contraponto e a necessidade de adequação da decisão judicial frente às particularidades da lide, *conclui-se que a sentença normativa proferida pelo TRT deve ser mantida em relação à cláusula "Folga para visita à família", [...].*

VOTO

[...]

5.3) CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA - VISITA À FAMÍLIA/FOLGA DE CAMPO.

[...] Inúmeros noticiários na rede mundial de computadores dão conta que a população de Altamira (Pa) cresceu significativamente a partir do início das obras da usina de Belo Monte, constando registros de que passou de aproximadamente

100.000 (cem mil) habitantes, em 2010, para algo em torno de 143.000 (cento e quarenta e três mil) a 148.000 (cento e quarenta e oito mil) em 2012.

[...]

*Dos documentos apresentados pelo sindicato ressaltou, apenas, que a relação de trabalhadores alojados no canteiro de obras da UHBM fornecida pela empresa CCBM, a pedido do sindicato autor, seve para corroborar ainda mais o fato ensejador da revisão das cláusulas, uma vez que registra que, atualmente, ficam alojados 7.557 (sete mil quinhentos e cinquenta e sete) trabalhadores.*

[...]

*Apreciando-se a questão a partir de todos os fatos aqui sumariamente relatados, conclui-se que a permanência dos trabalhadores nos alojamentos construídos nos canteiros de obras, por 6 (seis) longos meses durante o ano, sem qualquer contato com seus familiares e amigos estranhos ao relacionamento profissional, ofende ao princípio da dignidade do ser humano e depõe contra um dos fundamentos principais do Direito do Trabalho, de possibilitar a implementação de condições sociais dignas que assegurem a saúde física e mental do trabalhador.*

As atividades sociais oferecidas nesses alojamentos não são capazes de mitigar a importância social do convívio com a família. O afastamento dessa convivência e a submissão à intensa carga de trabalho, além de causar maiores repercussões sociais ao município e redondezas, é passível de afetar a saúde psíquica dos trabalhadores e de suas famílias, causando-lhes abalos de ordem moral, por sentimentos de angústia, sofrimento e depressão.

*Em conclusão, em homenagem aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (artigo 1º, III, 6º e 7º da CR/88), julga-se procedente o pedido de redução de tempo que medeia entre as folgas ("baixadas") de 6 (seis) meses para 3 (três) meses, a fim de garantir condições dignas aos trabalhadores da Usina Belo Monte. [...] (TST - RO: 2689020125080000, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/05/2015, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 12/06/2015)<sup>30</sup> (grifo nosso e no original)*

Ante ao que se verificou, a jurisprudência tem se seguido no sentido de considerar o direito de visita periódica ao local de residência do empregado como um direito fundamental aplicado horizontalmente às relações de emprego. Verificou-se ainda, quanto às transferências temporárias, que as despesas para que o empregado possa visitar periodicamente a família estão inseridas no conteúdo do adicional de transferência temporária constante do parágrafo terceiro do art. 469 da CLT.

Quanto aos empregados recrutados para trabalhar em outros locais, além do conteúdo do art. 10 da Convenção 97 da OIT que garante ser um direito fundamental do empregado ao final de seu emprego poder, sem ônus para si, retornar ao seu local de origem, também se verificou exemplo em norma coletiva. O Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) pactuado entre

<sup>30</sup> BRASIL (3). Poder Judiciário. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso ordinário trabalhista n. 2689020125080000* (TST RO-268-90.2012.5.08.0000). Recorrente: Consórcio Construtor Belo Monte. Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada e Afins do Estado do Pará. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 11 de maio de 2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198005767/recurso-ordinario-trabalhista-ro2689020125080000/inteiro-teor-198005784#>. Acesso em: 30 jun. 2017.

o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada e Afins do Estado do Pará (SINTRAPAV) e o Consórcio Construtor Belo Monte previu no parágrafo terceiro da cláusula trigésima nona que as despesas com deslocamento dos empregados para visita periódica à família serão custeadas pelo próprio empregador:

LICENÇA REMUNERADA CLÁUSULA TRIGÉSIMA NONA - VISITA À FAMÍLIA / FOLGA DE CAMPO Ao Empregado recrutado diretamente pelo CONSÓRCIO em distância superior a 250km (duzentos e cinquenta quilômetros) fora do local do trabalho, transportado por conta do CONSÓRCIO para o local de prestação de serviço, e estando na condição de alojado, será concedida folga de 5 (cinco) dias úteis remunerados, totalizando 9 dias corridos, computados os finais de semana que antecedem e sucedem a folga de 5 (cinco) dias, a cada período de 90 (noventa) dias efetivamente trabalhados. Este benefício tem por objetivo, único e exclusivo, possibilitar ao empregado visitar seus familiares no local de origem, assim entendido o local onde foi originalmente recrutado, desde que firmada essa condição no ato da contratação com assinatura das partes (CONSÓRCIO e Empregado).

[...]

*Parágrafo Terceiro: As despesas de transporte e alimentação serão custeadas pelo CONSÓRCIO, sendo que para as distâncias até 750 Km de Altamira, o empregado terá direito a passagem rodoviária; para as distâncias superiores a 750 Km de Altamira, prioritariamente e sempre que houver disponibilidade de assentos pelas empresas aéreas, será concedida passagem aérea.<sup>31</sup> (grifo nosso)*

A norma coletiva aqui colacionada reforça a necessidade de auto-organização dos empregados a fim de fazer com que os direitos fundamentais sejam respeitados por seus empregadores, representando um instrumento de aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações de privadas.

#### **4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: APLICAÇÃO DIRETA E EFICÁCIA HORIZONTAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**

Diante do que foi exposto até o presente, vê-se que se faz necessária à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, e, conforme objeto do presente estudo, às relações de emprego (direito fundamental social), sob pena de se ferir a dignidade do trabalhador. Dessa forma, não há como se falar em desenvolvimento econômico (e de mercado) sem igualmente se falar de desenvolvimento social.

A Constituição Federal de 1988 materializou a busca da justiça social dentro de um modelo econômico de bem-estar social<sup>32</sup>, e, isso, resta claro, por exemplo, pelo teor dos

<sup>31</sup> SINTRAPAV. *Acordo coletivo de trabalho 2015/2016*. Disponível em: <http://www.sintrapav.org.br/convencoes/>. Acesso em: 01 jul. 2017.

<sup>32</sup> Embora o Estado do bem-estar social seja um Estado que, obviamente, promova a intervenção, não é caracterizado por qualquer intervenção, mas, antes, por uma modalidade qualificada dela, qualificada exatamente pela busca de um bem estar com prestações positivas do Estado nesse sentido. Esse, pois, o “Estado

artigos 3º e 170. Assim, ao mesmo tempo em que há o estímulo à livre iniciativa, como motora do desenvolvimento do país, também há a necessária observação da valorização do trabalho e do trabalhador, como condição desse desenvolvimento. Ou seja, o desenvolvimento econômico deve estar atrelado à melhoria de vida e das liberdades que as pessoas desfrutam, e que foram conquistadas à custa de muita luta ao longo da história.

Desta feita, tendo o Estado como agente nessa garantia dos direitos fundamentais, verifica-se a materialização da eficácia vertical dos direitos fundamentais, seja em uma abstenção, em uma ação ou na promoção dos direitos metaindividuais. Uma vinculação do Estado aos direitos fundamentais em que os particulares podem exigir-los diretamente deste.

A vinculação ou equilíbrio entre livre iniciativa (desenvolvimento econômico) e a valorização do trabalho (desenvolvimento social) insculpida na Constituição é um exemplo de atuação (ação) positiva do Estado na efetivação dos direitos fundamentais.

Alexander Perazo<sup>33</sup> (2015) afirma que:

[...] de há muito se percebe que os direitos fundamentais atuam como uma limitação à atuação dos governantes em relação aos governados, em uma nítida relação vertical entre o Estado e o indivíduo, seja por meio de uma abstenção estatal (direitos de primeira dimensão), uma ação (segunda dimensão) ou em favor dos metaindividuais (direitos de terceira dimensão). Não por outra razão, os direitos fundamentais podem não ser exercidos, porém nunca renunciados, pois historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a própria irrenunciabilidade são características determinantes dos ditos direitos fundamentais. (CARVALHO; LIMA, 2015, p.12)

Porém, é necessário que se crie, em torno do trabalhador, uma teia de proteção em que haja uma correlação entre as normas trabalhistas, paz e justiça social. E isso não é contrário ao desenvolvimento econômico. Em relação ao Estado, patente a eficácia vertical, mas esta não é bastante para a garantia do respeito aos direitos fundamentais quando pode haver lesão perpetrada entre um particular e outro.

O que se tem que ter em mente é que o progresso econômico não pode estar dissociado do exercício da cidadania, da dignidade, ou seja, do gozo dos direitos fundamentais. "Sem trabalho não há cidadania. Sem trabalho, não existe crescimento

---

social", cuja intervenção é admitida, sobretudo com finalidades qualificadas. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 46.

<sup>33</sup> CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Opinião Jurídica*. ano 13. n. 17. jan/dez. 2015. p. 11-23. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/469>. Acesso em: 20 jun. 2017.

econômico [...].<sup>34</sup> Rodolfo de Aquino e Ana Paula Motta<sup>35</sup> sobre a relação do desenvolvimento com a valorização do trabalho humano asseveram:

Dessa monta se corroborara por completo para a soberania nacional uma vez que o país se desenvolve de modo sustentável e igualitário, respeitando a propriedade privada, sua função social e a livre concorrência, bem como protege os interesses do trabalhador que se comporta como consumidor, que busca plenas condições de emprego que ocupa, reduzindo as desigualdades sociais, oferecendo meio ambiente de qualidade a todos, onde se possa efetivamente repousar o ser humano revestido de uma digna existência. (AQUINO; MOTTA, 2019)

Nesse sentido, não basta mais à efetivação dos direitos fundamentais sua aplicação vertical, pois estas já consolidadas e fortalecidas ao longo das dimensões que foram se aperfeiçoando. Passou a ser necessário que as regras e os direitos constitucionais passassem a ser aplicados como reguladores das relações privadas. A chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre da percepção que as desigualdades estruturantes<sup>36</sup> e não ocorre apenas na relação entre o Estado e os particulares, mas também entre os próprios particulares.

Assim, a livre iniciativa, ou seja, o livre comércio exercido mediante o direito de propriedade, deve atender à sua função social. Nesta senda, o empregador no gozo de seus direitos (art. 2º da CLT) deve igualmente ter o dever de respeitar os direitos fundamentais de seus empregados. Tal afirmação vai ao encontro da visão que a propriedade privada deve cumprir sua função social.

Ana Paula Taucedo Branco<sup>37</sup> afirma que:

[...] na mesma medida em que é garantido o direito de propriedade ao indivíduo ou organização (inciso XXII do art. 5º), também se exige que ele cumpra com sua função social (inciso VII do art. 5º), ou seja, que referida propriedade privada seja um instrumento em prol do bem comum na visão mais holística possível [...]. (BRANCO, 2007, p. 77)

<sup>34</sup> ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho: uma perspectiva democrática*. São Paulo: Ltr, 2003. p. 184.

<sup>35</sup> AQUINO, Rodolfo Anderson Bueno de; MOTTA, Ana Paula Pinheiro. *Função social da empresa como proteção à dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91a448039265fc4a>. Acesso em: 19 ago. 2014.

<sup>36</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*. n. 17. Jan./jun. 2011. p. 36. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033> Artigo\_Carlos\_Henrique\_Bezerra\_Leite\_(Eficacia\_Horizontal\_dos\_Direitos\_Fundamentais\_na\_relacao\_de\_Emprego).pdf. Acesso em: 01 jun. 2017.

<sup>37</sup> BRANCO, Ana Paula Taucedo. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007, p.77.

A propriedade e a sua função social fazem com que o proprietário, ao superar uma visão individualista, exerçam seu direito de explorá-la, sem excessos ou abuso. A função social deve ser usufruída e gozada em consonância com o respeito à dignidade da pessoa humana, na valorização do trabalho humano e o desenvolvimento social. Daí a relação entre empregador e empregado ser pautada na aplicação direta<sup>38</sup> dos direitos fundamentais, pois aquele detém o poder de dirigir, coordenar, assalariar a relação empregatícia, e o empregado, em contraprestação, só tem a sua força de trabalho. Portanto, no caso de lesão ao empregado, a reparação deve ser realizada pelo próprio empregador, e não pelo Estado.

Acerca do efeito imediato, Arion Romita<sup>39</sup> afirma que:

*A teoria do efeito imediato afirma que os direitos fundamentais se aplicam às relações entre particulares não só como elementos de interpretação das normas de direito privado, mas também como fontes das quais decorrem diretamente direitos privados do indivíduo. Inadmissível é a cisão do ordenamento jurídico em duas áreas, em uma das quais os direitos fundamentais não tenham eficácia. Na verdade, eles devem ter efeito absoluto. (grifo nosso) (ROMITA, 2005, p. 78)*

Ao se defender a tese da aplicação direta e imediata, não se quer dizer que ela deve ser aplicada de forma absoluta e sem levar em consideração que a livre iniciativa também é um direito constitucional que deve ser preservado. Há que se preservar a autonomia privada, mas esta não pode ser dissociada de sua função social. O que se defende, é que, nas relações privadas, os direitos fundamentais não devem ser apenas considerados como fontes valorativas para que o legislador venha a produzir norma para fazer com que estes valham e sejam aplicados, a chamada aplicação indireta<sup>40</sup>.

Dessa forma, patente a necessidade de se efetivar e se defender a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego, pois, como dito, os direitos fundamentais não são

---

<sup>38</sup> Daniel Sarmiento informa que a teoria de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida por Hans Carl Nipperdey na década de 50 e que este teórico justifica sua defesa na afirmação de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais não provêm apenas do estado, mas dos poderes sociais e de terceiros. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *JusLsboris. Revista do TST*. v. 44. n. 4, p. 60-101. Out./dez. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/28342>. Acesso em 01 jul. 2017. p. 71.

<sup>39</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 178.

<sup>40</sup> Acerca da aplicação indireta, Daniel Sarmiento informa que esta teoria "[...] foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico [...]. nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional. [...]". SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *JusLsboris. Revista do TST*. v. 44. n. 4, p. 60-101. Out./dez. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/28342>. Acesso em: 01 jul. 2017. p. 66-67.

aplicados apenas como limitadores de atuação do Estado, sua irradiação aplica-se a todos. Silvio Beltramelli Neto<sup>41</sup> traz ponderações sobre a necessária observação pelos particulares dos direitos fundamentais:

A aptidão dos direitos fundamentais sociais para obrigar sujeitos na esfera privada destoa da visão recorrente segundo a qual os direitos fundamentais foram concebidos para serem oponíveis ao Estado, como dever de abstenção ou prestação. Demais disso, traz uma peculiaridade que acaba sendo de importância central, do ponto de vista da solução de casos concretos: ao contrário da relação Estado-particular, o conflito entre particulares opõe, diretamente, dois sujeitos de direitos fundamentais, propiciando, bem por isso, corriqueiras colisões de normas deste tipo, dentro de uma mesma situação-problema. (BELTRAMELLI NETO, 2013, p. 197)

Ora, justamente, por haver a necessidade de respeito aos direitos de cada um dos sujeitos é que deve haver a vinculação desses sujeitos particulares aos direitos fundamentais, e isso se traduz em uma evolução dos direitos, das suas dimensões. Sob essa ótica, também não se fala apenas da garantia do mínimo existencial ao homem, mas da garantia de direitos progressivamente mais vastos, como assevera Clèmerson Merlin Clève<sup>42</sup>:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade) [...]. (CLÈVE, 2003, p. 160)

A propriedade deve coexistir com desenvolvimento social. E é nesse contexto que deve ser observado a necessária eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, destacada aqui nesse estudo, nas relações empregatícias.

## 5 CONCLUSÃO

Ante a todo o exposto, resta comprovada a importância que o direito de retorno periódico do trabalhador migrante ao seu local de residência tem relação com sua dignidade

---

<sup>41</sup> BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Aplicação dos direitos fundamentais sociais*: apontamentos metodológicos. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Estudos aprofundados MPT: ministério público do trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.197.

<sup>42</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. "A eficácia dos direitos fundamentais sociais". In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 8, p. 151-161, 2003. Disponível em: [http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at\\_download/file](http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file). Acesso em: 19 ago. 2014.

sendo, portanto, reconhecido como um direito fundamental apto a reduzir o sofrimento psíquico, a desterritorialização e o desenraizamento afetivo, bem como fortalecer seus laços de identidade cultural e seu modo de vida.

Tal direito tem também o condão de minimizar os impactos socioambientais que um grande volume de trabalhadores migrantes do sexo masculino pode causar à comunidade afetada por essa migração. Pois o retorno periódico reforma o pertencimento à sua família e ao seu meio social. Portanto, sendo de aplicação direta, fundado na eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre a relação privada laboral, refutando-se a teoria da aplicação indireta, e ressaltando que há que haver um equilíbrio entre livre iniciativa (propriedade privada) e valorização do trabalho (direito social fundamental).

No tocante à legislação que aborda a migração interna, restou claro que o Brasil caminha a passos lentos, e, mesmo tendo ratificado algumas convenções da OIT, deixou de fazê-lo em relação uma das mais importantes, a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família.

Por fim, quanto ao objeto do presente estudo – direito de retorno periódico ao local de residência do trabalhador migrante –, viu-se que as decisões judiciais seguem no caminho de considerá-lo como um direito imaterial pertencente ao conteúdo dos direitos fundamentais a justificar sua aplicação horizontal de forma direta, inclusive como conteúdo principiológico e moral da relação de emprego, bem como de forma auto-organizada. Verificou-se que os trabalhadores realizam, sob esse argumento, pactuações nas normas coletivas, o que contribui para a efetivação da dignidade do trabalhador.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Rodolfo Anderson Bueno de; MOTTA, Ana Paula Pinheiro. *Função social da empresa como proteção à dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91a448039265fc4a>. Acesso em: 19 ago. 2014.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho: uma perspectiva democrática*. São Paulo: Ltr, 2003.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. Aplicação dos direitos fundamentais sociais: apontamentos metodológicos. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos aprofundados MPT: ministério público do trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BORGES, Hélia. MARTINS, André. Migração e Sofrimento Psíquico do Trabalhador da Construção Civil: uma Leitura Psicanalítica. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 129-146, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v14n1/v14n1a08.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRAGA, Fernando Gomes. *Migração Interna e Urbanização no Brasil Contemporâneo: um estudo da Rede de Localidades Centrais do Brasil (1980/2000)*. Disponível em: [http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/abep2006\\_573.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/abep2006_573.pdf). Acesso em: 24 jun. 2017.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo demográfico 2000: migração e deslocamento*. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/migracao/tabela\\_regioes.shtml](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/migracao/tabela_regioes.shtml). Acesso em: 24 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Governo. *Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Indústria da Construção*. Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/compromissos-nacionais/construcao>. Acesso em: 01 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. *Política Nacional de Imigração e Proteção ao(a) Trabalhador(a) Migrante*. Disponível em: [http://www2.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao\\_proposta.pdf](http://www2.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Reflexões sobre os deslocamentos populacionais no Brasil*. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/pt/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=249781>. Acesso em: 24 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Vamos conhecer o brasil: migração*. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/migracao-e-deslocamento.html>. Acesso em: 24 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Consolidação das leis do trabalho. In: AGUIRRE, João Ricardo B.; TÁVORA, Nestor (Coords.). *Vade mecum legislação*. São Paulo: Método, 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Recurso ordinário n. 00693201300310008 DF* (00693-2013-003-10-00-8 RO). Recorrente: Telemont Engenharia de Telecomunicações S/A. Recorrido: Hermogenes Moraes Carneiro. Relator: Desembargador Juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota, 02 de julho de 2014. Disponível em: <https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127068527/recurso-ordinario-ro-693201300310008-df-00693-2013-003-10-00-8-ro/inteiro-teor-127068536>. Acesso em: 30 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso ordinário trabalhista n. 2689020125080000* (TST RO-268-90.2012.5.08.0000). Recorrente: Consórcio Construtor Belo Monte. Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada e

Afins do Estado do Pará. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. 11 de maio de 2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198005767/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2689020125080000/inteiro-teor-198005784#>. Acesso em: 30 jun. 2017.

CASTRO, Cristina Moreno de; BRITO, Adriano. Obras do Rodoanel deixam 'órfãos' na região do ABC. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jul. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2407201101.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 8, p. 151-161, 2003. Disponível em: [http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at\\_download/file](http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais/at_download/file). Acesso em: 19 ago. 2014.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. A construção da masculinidade e a banalidade do mal: outros aspectos do trabalho escravo contemporâneo. *Cadernos Pagu*, [s.l.], n. 31, p. 173-198, 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332008000200009&script=sci\\_abstract&tIng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332008000200009&script=sci_abstract&tIng=pt). Acesso em: 01 jul. 2017.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Opinião Jurídica*, [s.l.], a. 13, n. 17, p. 11-23, jan./dez. 2015. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/469>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CUTTI, Dirceu; BAPTISTA, Dulce Maria Tourinho; PEREIRA, José Carlos (Orgs.). *Migração, trabalho e cidadania*. São Paulo: EDUC, 2016.

DUARTE, Daniele Almeida; LUZIO, Cristina Amélia. (Des) Territorialidade: caminhos percorridos por trabalhadores sujeitos ao processo migratório interno e sua relação subjetiva com o trabalho. In: FÓRUM TRABALHO E SAÚDE, 3., 2011, Londrina. *Anais*, Londrina, n. 8, mai. 2011. Disponível em: <http://www.estudosdotrabalho.org/anais6seminariodotrabalho/danielealmeidaduarteecristinaamelialuzio.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2017.

DUARTE JUNIOR, João Francisco. *O sentido dos sentidos: a educação (do) sensível*. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000211363>. Acesso em: fev. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. *Sequência*, [s.l.], n. 60, p. 35, jul. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29/15066>. Acesso em: 30 jun. 2017.

GONÇALVES, Alfredo José. Migrações internas: evoluções e desafios. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 15, n. 43, set./dez. 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142001000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000300014). Acesso em: 30 jun. 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s.l.], n. 17, p. 36, jan./jun. 2011.

Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf)

[Artigo\\_Carlos\\_Henrique\\_Bezerra\\_Leite\\_\(Eficacia\\_Horizontal\\_dos\\_Direitos\\_Fundamentais\\_na\\_relacao\\_de\\_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf). Acesso em: 01 jun. 2017.

MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de metodologia jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 97*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/523>. Acesso em: 01 jul. 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

ONG REPORTER BRASIL. Relatora da ONU defende que Brasil ratifique convenção sobre trabalhadores migrantes. *Blog Repórter Brasil*, 9 nov. 2012. Disponível em:

<http://reporterbrasil.org.br/2012/11/relatora-da-onu-defende-que-brasil-ratifique-convencao-sobre-trabalhadores-migrantes/>. Acesso em: 01 jul. 2017.

PACHECO, André Aroeira. *Usina de belo monte: o licenciamento ambiental no Brasil precisa ser levado a sério*. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/550351-usina-de-belo-monte-o-licenciamento-ambiental-no-brasil-precisa-ser-levado-a-serio-entrevista-especial-com-andre-aroeira-pacheco>. Acesso em: 10 out. 2017.

RIBEIRO, Aline; REDONDO, Felipe. Os nômades de belo monte. *Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI247824-15223,00.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *JusLaboris, revista do TST*, [s.l.], v. 44, n. 4, p. 60-101. out./dez. 2011. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/28342>. Acesso em: 01 jul. 2017

SINTRAPAV. *Acordo coletivo de trabalho 2015/2016*. Disponível em: <http://www.sintrapav.org.br/convencoes/>. Acesso em: 01 jul. 2017.

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

## O ESTADO ESTRATÉGICO E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL DO TERCEIRO SETOR

### THE STRATEGIC STATE AND THE SOCIAL PARTICIPATION OF THE THIRD SECTOR

Regina Vera Villas Bôas;<sup>1</sup>

Alan Faria Andrade Silva.<sup>2</sup>

**Resumo:** No Terceiro Setor, encontramos diversas formas da atuação das associações e fundações na sociedade brasileira, as quais visam a efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, por meio da permissão ou não interferência do Estado. Para aprofundar essas formas de atuação e relação ao Estado, a pesquisa objetivou estabelecer conceitos sobre o que é o Terceiro Setor, a sua composição e respaldo jurídico perante o ordenamento jurídico brasileiro, bem como analisar estudos relacionados ao Estado Democrático de Direito e às contribuições que agentes da sociedade civil – como movimentos sociais e organizações do Terceiro Setor – deram na compilação da Constituição Federal de 1988. Foi necessário também mergulhar nos estudos de Naves sobre o Estado Estratégico. Verificou-se que houve contribuições significativas tanto dos movimentos sociais como de agentes do Terceiro Setor, no período da redemocratização do Brasil – anos 80/90 –, possibilitando, assim, maior participação da sociedade civil nos mecanismos de poder do Estado brasileiro. Ocorreu, então, a possibilidade de tecer mais uma conceituação de Estado, qual seja, o Estado Estratégico. Para abordar essas questões, o referencial utilizado foi a pesquisa bibliográfica disponível na seara jurídica e demais áreas do conhecimento quanto ao Terceiro Setor e ao Estado Democrático de Direito. Resultou, assim, no entendimento de que Estado Estratégico não é mais um conceito atribuído ao Estado, mas uma atitude, a partir do conceito de Estado Democrático de Direito, que gerencia a participação de vários atores sociais e inclusive a sua própria atuação.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Terceiro Setor. Estado Estratégico. Revisão de Literatura.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra - Ius Gentium Conimbrigae (2012-2013). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1980). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995), pesquisando na área da Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Direito Privado (Lacunas no Ordenamento Jurídico). Primeiro Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) em Direito das Relações Sociais, pesquisando na área da Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Direito Privado e Teoria Geral do Direito Civil (Marcos da Responsabilidade Civil). O segundo Doutorado pela Direito pela Pontifícia Universidade Católica (2009) em DRS - Direitos Difusos e Coletivos (2009), pesquisando na área da Teoria Geral dos Direitos Difusos e Coletivos (Visão sistêmica e complexa dos direitos de terceira Dimensão). Atualmente é Professora-doutora e pesquisadora dos Programas de Graduação em Direito e Pós-Graduação em Direito (Núcleo Direitos Difusos e Coletivos) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e dos Programas de Graduação em Direito e Pós-Graduação em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (Lorena), integrando o Grupo de Pesquisa "Minorias, Discriminação e Efetividade de Direitos?", e o Observatório de Violências nas Escolas (UNESCO/UNISAL).

<sup>2</sup> PUC-SP.

Artigo recebido em 27/11/2018 e aprovado para publicação em 19/11/2020.

**Abstract:** In the Third Sector we find several forms of the activities of associations and foundations in Brazilian society, which aim at the effectiveness of fundamental rights and human rights, through the permission or non-interference of the State. To deepen these forms of action and relation to the State, the research aimed to establish concepts about what the Third Sector is, its composition and legal support before the Brazilian legal system, as well as to analyze studies related to the Democratic State of Law and the contributions that agents of civil society – such as social movements and third sector organizations – have made in the compilation of the Federal Constitution of 1988. It was also necessary to dive into Naves' studies on the Strategic State. It was verified that there were significant contributions from both social movements and agents of the Third Sector during the period of redemocratization of Brazil – years 80/90 – thus enabling greater participation of civil society in the power mechanisms of the Brazilian State. There was, then, the possibility of weaving another concept of state, that is, the Strategic State. To address these issues, the reference used was the bibliographic research available in the legal field and other areas of knowledge regarding the Third Sector and the Democratic State of Law. Thus, it resulted in the understanding that the Strategic State is no longer a concept attributed to the State, but an attitude, from the concept of Democratic State of Law, that manages the participation of various social actors and even its own performance.

**Keywords:** Democratic Rule of Law. Third Sector. Strategic State. Literature Review.

## 1 INTRODUÇÃO

Muito se promove eventos para refletir e debater sobre o chamado Terceiro Setor, quando se quer mencionar o trabalho das Organizações Não-Governamentais (ONGs), atualmente chamadas de Organizações da Sociedade Civil (OSCs) no Brasil, e as lutas que elas travam no cotidiano das cidades, zonas rurais e periferias pela efetivação dos direitos e garantias conquistados pela Constituição Brasileira de 1988, principalmente os direitos civis, sociais e políticos, incluindo os direitos humanos.

Para pensar essas organizações, porém, é preciso antes compreender a dinâmica do Estado estabelecida na Carta Magna Brasileira, ou seja, como se realiza o Estado Democrático de Direito no Brasil, e mais, como se dão as relações entre os agentes do Terceiro Setor com os órgãos estatais, principalmente com os órgãos federais. Afinal, são estes que dão balizas ou parâmetros para os demais entes federativos, como os estados locais, municípios e o próprio Distrito Federal.

Tal pretensão extrapolaria muito a possibilidade de um artigo. Todavia, é preciso repensar o estudo da importância do modelo de Estado adotado nas sociedades e principalmente o estabelecido na constituição de um país, pois dele é que deriva toda a

programação social que se pretende. Para tanto, verificou-se a necessidade dos estudos, por meio da pesquisa bibliográfica sobre o Terceiro Setor e Estado Democrático de Direito disponibilizada pela doutrina brasileira.

De certa forma, Naves (2003) propõe inicialmente o papel do Estado perante a atuação das instituições do Terceiro Setor que visam ao impacto social, possuem a finalidade de atender os interesses sociais e que, de certa forma, efetivam os direitos e garantias estabelecidos na Lei Maior Brasileira. Diante disso, a pesquisa deslumbrou para melhor compreensão o Estado Estratégico, como se fosse um estado gerente, não com o ideal neoliberal, mas um Estado agregador de vários agentes atuantes.

Essa visão do Estado, como atraente de vários atores sociais, permite a sua própria atuação por meio dos seus órgãos competentes; as dos agentes da sociedade civil, que visam lucros, como as empresas privadas, que por vezes prestam serviços públicos por meio de concessões e licitações; e, por fim, as entidades do Terceiro Setor, que são entidades privadas com finalidades não econômicas e sim sociais e que, por vezes, atendem ao interesse público, social e coletivo.

Assim, compreende-se que o Estado Estratégico, dentro da dinâmica do Estado Democrático de Direito, pode abarcar as teorias liberais e sociais, as quais dão respaldo e princípios norteadores da atuação do Terceiro Setor no Brasil.

## **2 COMPREENSÃO DO TERCEIRO SETOR NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

### **2.1 SURGIMENTO DO TERCEIRO SETOR E A RELAÇÃO COM OS MOVIMENTOS SOCIAIS**

A compreensão do termo Terceiro Setor, ou até mesmo da forma como se dá a atuação dos seus membros na sociedade brasileira, abre para diversas análises e comparações. Entretanto, é preciso aprofundar esses estudos em conjunto com as normas constitucionais da Carta Magna de 1988.

A forma pela qual conhecemos o Terceiro Setor hoje no Brasil mistura-se muito com a constituição e o desenvolvimento dos movimentos sociais oriundos dos anos 80 e 90 – movimentos de lutas por direitos, como à terra, à saúde, à educação, à cultura, etc., os quais auxiliaram em muito na reabertura democrática nesse período.

Podemos perceber que a constituição das entidades do Terceiro Setor no Brasil possui muitas semelhanças com a criação e o desenvolvimento dos movimentos sociais brasileiros, pois ambos podem ser compreendidos como organizações não estatais (WOLKMER, 2001, p. 119), ou seja, não derivam das atividades do Estado ou não estão diretamente vinculados ou subordinados a ele.

Cabe lembrar que a terminologia “Terceiro Setor” deriva do entendimento e existência dos termos “Primeiro Setor” e “Segundo Setor”. Na literatura, as entidades que se inserem no Primeiro Setor são aquelas exclusivamente estatais, como órgãos estatais, ministérios, secretarias, empresas exclusivamente públicas, os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – e as entidades a eles correlacionadas, podendo ser incluídas as Defensorias Públicas e os Ministérios Públicos, por serem funções essenciais à justiça e vinculadas de certa forma ao Estado.

O Segundo Setor é formado pelas entidades da sociedade civil, pessoas jurídicas de direito privado que visam ao lucro ou que possuem finalidades econômicas, marcadas exclusivamente pela autonomia da vontade e livre iniciativa, possuindo exclusivamente interesses privados ou particulares.

Já o Terceiro Setor pode ser compreendido como aquelas instituições ou pessoas jurídicas que não pertencem ao Primeiro nem ao Segundo Setor. São entidades privadas, ou pessoas jurídicas de direito privado, que não visam ao lucro e não têm finalidades econômicas, mas que, em certa medida, atendem ao interesse público e/ou social.

Encontramos na literatura a lição de que há uma crise da máquina estatal e que, devido às insensibilidades empresariais (DI PIETRO, 2002), os agentes ou instituições do Terceiro Setor buscam intervir na sociedade, seja para implementação ou efetividade de direitos, ou pela simples questão da interação social. Di Pietro e autores que seguem essa linha evidenciam a incapacidade do Estado de garantir os direitos sociais, como 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.

Eles acreditam que a crise estatal derivou da transformação do Estado de Direito em Estado Social ou do Bem-Estar Social e, por fim, em Estado Democrático de Direito, que obrigaria o Estado a garantir os direitos sociais citados, mas que mostrou ainda mais a sua incapacidade de gerir essas demandas e, com isso, esse modelo de Estado tornou-se ineficiente, devendo deixar para a sociedade civil tais dimensões de direitos sociais. É assim

que se afirma a existência do Terceiro Setor para a implementação de tais direitos (DI PIETRO, 2002).

Por outra via, ainda há autores que acreditam que, tendo em vista que o Primeiro Setor visa ao lucro e diante da insensibilidade empresarial (FERNANDES, 1994; WOLKMER, 1994; GOHN, 1997), o Terceiro Setor aparece como agente de implementação ou de lutas por direitos. Afinal, seus agentes possuem o interesse social ou a busca de atender aos interesses da sociedade.

No entanto, não se pode restringir a causa da ação das entidades do Terceiro Setor, principalmente no Brasil, à mera ineficiência estatal ou à insensibilidade empresarial. É preciso reler as constituições daquelas entidades, o que leva a entender que, além das demandas sociais, elas também surgiram pela mera liberalidade de associar-se e fundar uma entidade que atendesse aos interesses sociais, como também preceitua os artigos 1º, incisos III e IV; 3º, incisos I a IV; e 5º e seus incisos da Constituição Federal de 1988 (FARIA ANDRADE, 2019).

Isso porque a própria Constituição Brasileira permite aos cidadãos a possibilidade de associar-se para fins lícitos (art. 5º, inciso XVII da CF/88) e de criar associações (art. 5º, inciso XVIII da CF/88). Ademais, na legislação infraconstitucional, encontramos respaldo à criação de associações (art. 53 e seguintes do Código Civil/2002) e fundações (art. 62 e seguintes do Código Civil/2002). As entidades que constituem o Terceiro Setor, no Brasil, são, em sua maioria, formadas legalmente por associações e fundações sem fins lucrativos.

Em análise comparativa entre o Brasil e os Estados Unidos, Coelho (2002, p. 40) destaca que o Terceiro Setor pode ser compreendido como aquele em que as atividades visam ao atendimento de necessidades coletivas (como interesse de um determinado grupo) e muitas vezes públicas (abrangendo o maior número de pessoas possíveis). Depois, nota que o termo “Terceiro Setor” (do inglês *Third Sector*) foi utilizado pela primeira vez por pesquisadores nos Estados Unidos na década de 70 e, a partir da década de 80, passou a ser usado também pelos pesquisadores europeus (SEIBEL e ANHEIER *apud* COELHO, 2002, p. 58). Para estes, o termo sugere elementos amplamente relevantes e expressa uma alternativa às desvantagens tanto do mercado, associadas à maximização do lucro, quanto do governo, com sua burocracia inoperante. “Combina a flexibilidade e a eficiência do mercado com a equidade e a previsibilidade da burocracia pública” (COELHO, 2002, p. 58).

Coelho também compreende que no Terceiro Setor há somente dois subgrupos entre as organizações que cumpririam essa finalidade: os que prestam serviços públicos e os que advogam direitos – interesse geral e difuso da sociedade (2002, p. 59). Por fim, a autora prefere a utilização do termo Terceiro Setor, por ser mais neutro e amplo o suficiente para abranger a diversidade existente na área (COELHO, 2002, p. 69).

Na realidade brasileira atual, pertencem ao primeiro caso as entidades que prestam serviços públicos e que, por sua natureza e finalidade jurídica, estabelecem em seus atos constitutivos o que devem fazer, principalmente as que advogam por direitos sociais. Como exemplo, na prestação de serviços nas áreas da saúde, temos hospitais, clínicas e centros de tratamento que celebram com o poder público algum tipo de contrato ou que recebem fomento ou até mesmo doações privadas para realizar atendimento à sociedade, como a Associação de Assistência à Criança Deficiente (AACD) e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE). Aqui, pode-se também incluir as entidades de prestação de serviços educacionais, que oferecem educação de diversas formas à população, como a Fundação Fé e Alegria e a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (Educafro).

Já as entidades brasileiras que advogam por direitos, inicial ou exclusivamente não são criadas para prestar serviços à população de maneira direta, mas com o intuito de lutar pela efetivação de tais direitos, sejam eles civis, políticos, sociais e os relativos ao meio ambiente. A exemplo disso, temos no Brasil a Conectas Direitos Humanos, que *a priori* milita em diversas áreas do Estado, seja perante o Poder Executivo e Legislativo, por meio do *advocacy* – forma pela qual pode exercer alguma pressão social – seja perante o Poder Judiciário, por meio de ações coletivas ou demais instrumentos processuais disponíveis, pelos quais possam atender os interesses difusos e coletivos da sociedade. Vemos ainda o Grupo de Institutos Fundações e Empresas (Gife), entidade que congrega outras entidades tanto do Terceiro Setor como do Segundo Setor e busca exercer alguma advocacia de direitos relacionados às entidades do Terceiro Setor.

Outro ponto encontrado nos estudos de Coelho são as características principais do Terceiro Setor, quais sejam: i) as instituições são privadas, para distinguir das instituições públicas; e ii) sem fins lucrativos, para distinguir das empresas inseridas no mercado (COELHO, 2002, p. 60). Assim, caracteriza-se o Terceiro Setor de forma única e diferenciada do Primeiro e do Segundo Setor, estabelecendo atributos ímpares às entidades que o compõem.

Entre os termos encontrados no Terceiro Setor, está Organização Não Governamental (ONG), instituição não governamental e sem fins lucrativos. Apesar de a legislação brasileira só reconhecer como instituição legal os termos “associação” e “fundação”, no cotidiano essas entidades são chamadas de ONGs. Segundo Coelho, o termo ONG é mais utilizado para entidades que lutam por direitos (2002, p. 60).

Também encontramos na literatura brasileira que as ONGs são consideradas entidades privadas com funções públicas, ou seja, são instituições tipicamente privadas, sem fins lucrativos e que exercem atividades ou prestam serviços públicos (FERNANDES, 1994, p. 65), ponto em comum com o estudo apresentado da autora Coelho. Fernandes cunhou a expressão “privado, porém público” (1994) para dizer que a entidade ou a ONG, sendo uma entidade privada, exerce uma atividade pública ou de interesse público.

Retomando a ideia da vinculação da criação do Terceiro Setor aos movimentos sociais no Brasil, percebe-se que o tema e a atuação do Terceiro Setor na atualidade possuem intrinsecamente relação com as atividades exercidas pelos movimentos sociais nos anos 80 e 90 (FERNANDES, 1994, e GOHN, 1997).

Nessas décadas, observa-se que havia o entendimento híbrido entre prestar serviços e advogar por direitos. Muitas entidades e movimentos sociais desse período promoviam ao mesmo tempo a prestação de serviços à comunidade ou ao coletivo e à luta por direitos, uma vez que essas entidades também advogavam por direitos dos seus assistidos e pela causa que estavam inseridos – por moradias, terras, saúde, educação, etc. Não faziam, assim, a distinção proposta por Coelho, já que a mesma entidade promovia a luta por direitos e a prestação de serviços.

## 2.2 TRATAMENTO LEGISLATIVO BRASILEIRO DADO AO TERCEIRO SETOR

Passados os pontos de semelhança entre movimentos sociais e Terceiro Setor, cabe-nos aprofundar o tratamento legislativo dado no Brasil às entidades que compõem o Terceiro Setor. Por mais que no cotidiano da sociedade civil brasileira utilize-se o termo ONG, verifica-se, após estudos dessas instituições a partir dos anos 90 e das atuais legislações, a preferência pela utilização da expressão OSC, sigla para caracterizar Organização da Sociedade Civil.

Antes disso, pode-se observar uma evolução dos termos na legislação brasileira pertinentes ao Terceiro Setor. A primeira delas, referência histórica, é a Lei nº 91 de 1935,

que regulava o reconhecimento das sociedades de Utilidade Pública (UP), utilizando os termos sociedades, associações e fundações. O caráter de Utilidade Pública atribuído a uma entidade facilitava os reconhecimentos de imunidades e isenções tributárias, bem como a celebração de algum contrato com os órgãos estatais. Essa lei foi revogada pela Lei nº 13.019 de 2014.

Depois, a Lei nº 9.637 de 1998 concede ao Executivo o poder de qualificar as pessoas jurídicas de direito privado como Organização Social (OS), desde que atendessem a fins não lucrativos, com atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. E a Lei nº 9.790 de 1999 permitiu ao Poder Executivo qualificar as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips).

Por fim, temos a Lei nº 13.019 de 2014, que usa mais o termo “Organizações da Sociedade Civil” (OSC) e estabelece o regime jurídico das parcerias entre essas entidades e a administração pública, o regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, de fomento ou em acordos de cooperação. Além disso, define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com elas.

Percebe-se, então, que a legislação brasileira em momento algum usa o termo ONG, mas sim UP, OS, Oscip e OSC, sendo que na atualidade a expressão mais utilizada no ambiente acadêmico e por órgãos públicos ao se referirem às entidades do Terceiro Setor é OSC.

### 2.3 TERCEIRO SETOR NO BRASIL E INSTITUIÇÕES CORRELATAS

Ao debruçarmos nos estudos do período histórico do Brasil desde a época da colonização portuguesa, nota-se a presença das Organizações da Sociedade Civil por meio das Santas Casas de Misericórdia e das obras de caridade promovidas pela Igreja Católica e seus benfeitores. Essas eram, e são, entidades filantrópicas ou com grande vocação para atividades caritativas e de auxílio às pessoas em vulnerabilidade, por meio de sociedades pias ou associações de pessoas.

No período imperial do Brasil, as Santas Casas de Misericórdia e as sociedades caritativas atendiam aos interesses da população e não exerciam funções típicas do Estado ou da monarquia, muitos menos interesses eclesiais. Com isso, nota-se nessas entidades as características principais atuais encontradas no Terceiro Setor, por serem entidades da sociedade civil que não visam a lucros e não pertencem ao aparato estatal, na época o Estado imperial e/ou monárquico.

Tempos depois, no período republicano, mais exatamente o período em que Getúlio Vargas assume a presidência, nos anos de 1930, o Estado Brasileiro assume como o titular ou o promovedor dos direitos sociais – principalmente quanto à saúde, educação e cultura –, por meio das normas da Constituição de 1934. Após esse período, e durante a Ditadura Militar no Brasil, percebe-se que os movimentos sociais voltam a retomar as atividades caritativas, principalmente na promoção e prestação de serviços aos seus integrantes, destacando a década de 80 (GOHN, 1997). Essa retomada se deu tanto pelos membros integrantes como pelas entidades religiosas ou Igrejas e associações, as quais pretendiam ter maior participação política perante o Estado, advogando por direitos, principalmente os sociais.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, a Assembleia Constituinte que auxiliou na sua formação obteve participações dos integrantes dos movimentos sociais, seja por serem eleitos para representarem seus eleitorados, seja nas contribuições aos representantes.

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, reconhece-se a reviravolta dos movimentos sociais a o estouro das Organizações da Sociedade Civil (FERNANDES, 1997), que reivindicam participação política através dos serviços com impacto social, sejam eles na área da educação, saúde, cultura, assistência social, etc.; sejam na composição dos Conselhos deliberativos perante o Poder Executivo – municipais, estaduais e federais.

## 2.4 ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR BRASILEIRO DEPOIS DA CARTA MAGNA DE 1988

Nessa toada, podemos observar que o Terceiro Setor não é constituído pelo público e pelo privado, no sentido convencional dos termos, mas possui uma estreita relação, conjugando características ora de um setor, ora de outro. Isso pode ser afirmado tanto no que diz respeito à metodologia quanto às finalidades, ou seja, o Terceiro Setor é composto por

organizações de natureza privada (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (administração estatal).

Assim, podemos conceber

o Terceiro Setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento. (PAES, 2017, p. 73)

Configuram-se, então, como organizações do Terceiro Setor, ONGs ou OSCs as entidades de interesse social sem fins lucrativos, como as associações e as fundações de direito privado, com autonomia e administração própria, cujo objetivo é o atendimento de alguma necessidade social ou a defesa de direitos difusos ou emergentes. Tais organizações e agrupamentos sociais cobrem um amplo espectro de atividades, campos de trabalho ou atuação, como a defesa dos direitos humanos, a proteção do meio ambiente, assistência à saúde, apoio a populações carentes, educação, cidadania, direitos da mulher, direitos indígenas, direitos do consumidor, direitos das crianças etc (PAES, 2017, p. 72).

Outro aspecto encontrado na doutrina é que o Terceiro Setor compõe-se de entes coletivos, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado, configurados, de acordo com o Código Civil Brasileiro, em associações civis e fundações de direito privado. Todas são entidades de interesse social e apresentam, como características comuns, a ausência de lucro e o atendimento de fins públicos e sociais.

Não existe, ainda, no âmbito do sistema normativo brasileiro, uma definição jurídica do que será esse Terceiro Setor, ou uma qualificação de entidades jurídicas já existentes para tarefas concernentes a ele (PAES, 2017, p. 84), como vemos com as entidades públicas ou órgãos públicos e com as entidades privadas ou empresas, que possuem regramento próprio e, com isso, trazem no seu bojo definições jurídicas específicas das suas finalidades. Com o Terceiro Setor é sempre um híbrido de conceitos jurídicos, ora provindos do setor público, ora do setor privado.

Outro aspecto que podemos extrair com relação às entidades que trabalham no Terceiro Setor é a prevalência da atuação democrática, na forma de democracia participativa (FALCÃO, 2004, p. 87). As associações e fundações, além de atingirem o interesse social, atuam nos conselhos federais, estaduais e municipais, carregando consigo o papel de ser mais um ator social perante os órgãos públicos.

Por mais que exista a possibilidade de distinguir as entidades que prestam serviços das que advogam direitos, ainda temos na realidade brasileira a forma híbrida de atuação das OSCs. Ou seja, há entidades que prestam serviços e advogam direitos e, com isso, em seu aparato institucional proporcionam um espaço democrático do exercício do poder, seja ele para gerir a entidade ou seja para direcionar os atos da entidade perante a sociedade e o Estado.

Ademais, no seio da sociedade civil, as fundações e as associações são agentes e espaços de nova legitimidade da representação dos cidadãos na *res publica* (FALCÃO, 2004, p. 57), pois, além de promoverem debates e formação sobre diversos temas em que atuam, possibilitam aos cidadãos maior interação com a democracia representativa e exercício da democracia direta. Isso porque capacitam os atendidos e integrantes ao reconhecimento de seus direitos e os influenciam para que busquem a sua efetivação perante o Estado ou nas relações privadas.

Bobbio já deslumbrava a noção do Terceiro Setor tal qual atualmente o reconhecemos. Isso é visível no que o autor ensina sobre sociedade civil, segundo o que “entende-se a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado, entendido restritivamente e quase sempre também polemicamente como o conjunto dos aparatos que num sistema social organizado exercem o poder criativo” (2012, p. 33).

É possível fazer essa aproximação de significados porque, nos escritos de Bobbio, não se encontra a utilização da expressão “Terceiro Setor”, e sim “sociedade civil”, mas se percebe a nítida compreensão daquilo que lecionou, ou seja, “muita criatividade e organização nas relações estabelecidas”. É o que encontramos na realidade das entidades sem fins lucrativos no Brasil, que promovem interesse público.

Nessa toada, pode-se reconhecer o nexo existente entre o Terceiro Setor e o Estado, qual seja, o interesse público, “como algo do povo, não como agregação de homens, mas uma sociedade mantida junta, mais por um vínculo jurídico” (BOBBIO, 2012, p. 15). Isso posto, o interesse público vai ser o elo que agrega os indivíduos em uma determinada sociedade.

Todavia, não se limita ao entendimento de que o Terceiro Setor atende somente ao interesse público como aquele interesse que rege as relações estatais, mas aos mais diversos interesses iminentes à sociedade como todo, principalmente à população carente e desassistida pelo aparato estatal e pela falta de oportunidades no ambiente empresarial.

Assim, o Terceiro Setor atende mais aos interesses sociais para poder alcançar o maior número possível de pessoas.

Então, é o interesse social como vínculo jurídico que permite que as entidades do Terceiro Setor atuem na sociedade, a fim de atingir o bem comum ou a realização do Estado Democrático de Direito, fora do aparato estatal. Pois a construção do Estado Democrático de Direito, pretendida pela Constituição de 1988, não passa somente pelo poderio do Estado e de seus agentes. A construção e a manutenção desse Estado competem a todos os cidadãos que se vinculam a ele, aliás, a todas as pessoas humanas que vivem sob o Estado Democrático de Direito pretendido pela Carta Magna de 1988. Além disso, na doutrina é pacificado o interesse público como prerrogativa do Estado, tendo como condições de assumir todas as atividades de interesse geral. Ou seja, o Estado age para atingir o interesse público.

Todavia, diante da sociedade pluralista, o interesse público tende a se multiplicar, com possibilidade de haver vários interesses públicos de grupos específicos, tendo como consequência a necessidade de ampliação da atividade administrativa do próprio Estado (DI PIETRO, 2002, p. 31), mas não só da atividade dele, e sim com a possibilidade de se abrir para novos agentes, que irão atender esse interesse, quais sejam, as entidades do Terceiro Setor.

Por fim, esses novos interesses públicos podem ser compreendidos como interesses sociais, fonte das atividades das entidades do Terceiro Setor.

### 3 OSC ATUANDO NO/COM O ESTADO

Podemos aplicar à interação entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor as atribuições dadas por Wolkmer (2001, p. 240) aos movimentos sociais, quais sejam, fonte de direito e possibilidade da existência de sujeitos coletivos. Isto porque os movimentos sociais passaram a ser sujeitos de direitos, possuindo assim legitimidade coletiva de direitos. Nesse aspecto, vemos que as entidades do Terceiro Setor se tornam sujeitos de direitos em favor de uma coletividade, seja ela assistida por essas entidades ou integrante delas.

Tanto o Terceiro Setor como os movimentos sociais podem ser compreendidos como uma arena de lutas e conquistas de direitos por seus agentes. Ao analisar o Terceiro Setor e o Estado, constata-se um movimento de lutas e conquistas por direitos por parte dos agentes

ou sujeitos coletivos, sejam eles dos movimentos sociais ou sejam eles das associações e das fundações, mais especificamente:

os camponeses sem-terra, os trabalhadores agrícolas, os emigrantes rurais; os operários mal remunerados e explorados; os subempregados, os desempregados e trabalhadores eventuais; os marginalizados dos aglomerados urbanos, subúrbios e vilas, carentes de bens materiais e de subsistência, sem água, luz, moradia e assistência médica; às crianças pobres e menores abandonados; as minorias étnicas discriminadas; as populações ameaçadas e exterminadas; as mulheres, os negros e os anciãos que sofrem todo tipo de violência e discriminação; também podemos mencionar a população de lésbicas, homossexuais, transgêneros e intersexuais; os refugiados e migrantes; e finalmente as múltiplas organizações comunitárias, associações voluntárias e movimentos sociais reivindicativos de necessidades e direitos. (WOLKMER, 2001, p. 239)

Percebe-se um deslocamento dos movimentos sociais, como os sindicatos e as associações, para dentro do aparato estatal, por meio dos convênios firmados para prestar serviços à sociedade e pela participação nos conselhos de direitos para auxiliar o Poder Executivo na promoção e garantias de direitos. Para tanto, vai se utilizar os convênios firmados e/ou os contratos firmados, pela Lei da OS, da OSCIP e Lei 13.019/2014, as quais permitem que entes privados possam celebrar com os órgãos públicos contratos e convênios para prestação de serviço à sociedade.

Já os conselhos de direitos são aqueles nas esferas municipais, estaduais e da União, principalmente da Assistência Social, da Saúde, da Criança e Adolescente, da Cultura, da Educação, de Direitos Humanos e tantos outros. Por meio destes conselhos são expedidas normas ou recomendações que orientam as atividades do Estado para implementação e/ou garantia dos direitos a elas relacionados.

Nesta toada, Montaño e Duriguetto afirmam: “No Brasil, nos anos 1990 assistimos a uma reconfiguração dos movimentos sociais no cenário nacional. Muitos movimentos voltam-se para a ocupação de espaços na dinâmica do campo institucional estatal, como os Conselhos de Direitos” (2011, p. 304). Eles podem ser compreendidos como novos espaços públicos, mas também como novas arenas de espaços de democracia ou participação ativa e direta perante o Estado, seja ele municipal, estadual ou federal.

Nas análises feitas pelos autores anteriormente mencionados sobre os movimentos sociais, também podemos identificar a interação com as OSCs:

Uma outra tendência que se consolida nos anos 1990 e que tem relação direta com a temática dos movimentos sociais é o crescimento das ONGs e das políticas de parcerias implementadas pelo poder público. Funda-se e expande-se o que podemos chamar de projeto do terceiro setor. (MONTAÑO; DURIGUETTO, 2011, p. 305)

Essa tendência decorreu do próprio reconhecimento da importância e participação dos movimentos sociais na constituinte de 1987 e da união desses agentes para propor direitos referentes às questões sociais, caracterizando direito a ter direitos (MONTAÑO; DURIGUETTO, 2011, p. 334). Pois foi por meio dos movimentos sociais e entidades do Terceiro Setor que pôde o Estado Brasileiro adotar garantias e deveres referentes aos direitos sociais e em certa medida aos direitos humanos.

#### 4 NOVA ARENA CONSTITUÍDA PELO ESTADO BRASILEIRO

Nas reflexões sobre o atual Estado Brasileiro e os entes da sociedade civil – associações, fundações ou as chamadas OSCs –, sob o aspecto de como a atual Constituição da República estabelece o Estado Democrático de Direito, verificou-se um novo paradigma da atual do Estado para com toda sociedade brasileira. Extrapolou-se o entendimento anterior do Estado como organização de um grupo de indivíduos sobre um território em virtude de um poder de comando, monárquico ou republicano, por exemplo (BOBBIO, 2012, p. 66).

WOLKMER (2001, p. 254ss) reconhece a necessidade de condições e instrumentos operacionalizadores para maior participação dos sujeitos individuais e coletivos nas esferas dos poderes do Estado. Citando Dallari, traz algumas formas: quanto ao âmbito Legislativo, iniciativa legislativa, plebiscito, *referendum*, veto popular, audiências públicas, ato de revogação de mandato e reconfirmação do representante político e do servidor público; quanto ao âmbito Executivo, participação no planejamento, consulta pública, representação da comunidade em órgãos consultivos e na direção de entidades de administração descentralizada, participação da população no exercício de um poder de controle para facilitar o direito à informação; quanto ao âmbito do Judiciário, participação popular nos órgãos colegiados dos tribunais, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, a prática participativa da comunidade na administração e acesso à justiça, tribunais distritais, centro de justiça de bairro, arbitragem, conciliação e mediação, etc.

Daí, então, podemos partir para a compreensão de Falcão, que afirma ser a democracia o contexto necessário para que as fundações (também incluindo as associações sem fins lucrativos – grifos nossos) possam atuar e exercer sua participação na sociedade e no aparato estatal (2004, p. 49), seja no poder legislativo, executivo ou no judiciário. Deriva,

assim, a construção do Estado Democrático de Direito das interações e participações dos agentes encontrados na sociedade civil.

Com isso, é importante salientar que a discussão sobre a democracia e o Estado Democrático de Direito constitui-se em tema central das Ciências Jurídicas (PAES, 2017, p. 72), pois vai ser o Estado Democrático de Direito modelo estatal capaz de abranger a ideia de construção contínua e que necessita da participação dos indivíduos e demais agentes da sociedade civil para o legitimar.

Nesse sentido, a sociedade civil organizada, no caso as OSCs, assume um papel preponderante na apresentação de demandas que devem ser resolvidas pela ação estatal (PAES *abud* PAES e SANTOS, 2017, p. 72), nas três esferas de poder do Estado Brasileiro. Diante disso, percebe-se que o poder derivado da vontade popular atribuído ao Estado permite a possibilidade da atuação dos demais agentes, para atingir o interesse público, interesse social e da coletividade.

Storto, ao analisar a possibilidade das interações das OSCs com o Estado Brasileiro ocorridas, por meio da ótica da liberdade de associação derivada do direito à liberdade, reconhece haver um processo legislativo e histórico no Brasil em quatro fases, quais sejam:

i) na redemocratização (1980 a 1990, liberdade de associação); ii) na participação (início dos anos de 1988 participação e controle social de representantes das OSC no processo de elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas); iii) na contratualização (a partir de 1990 e a possibilidade do Estado poder firmar contrato com as OSC e a reforma do Estado); iv) no controle (a partir de 2007, criação do SINCOV – sistema de gestão de convênios) e organização (início em 2011 até os dias hoje, com o MROSC - Lei 13.019/2014 como meio de participação das OSC no Estado e a cidadania plena). (STORTO, 2007, p. 76)

Vemos, então, que no Brasil, a partir da construção da Constituição de 1988 e após a sua promulgação, as entidades do Terceiro Setor estiveram e estão muito presentes nas atividades estatais, principalmente as vinculadas à prestação de serviços à população, contribuindo assim com o desenvolvimento da implementação e manutenção do Estado Democrático de Direito.

## 5 O ESTADO ESTRATÉGICO

Diante da tamanha complexidade observada entre as relações existentes do Estado Brasileiro com as OSC, encontramos em Naves uma forma muito interessante para compreendermos o Estado, nem tão liberal e nem tão protecionista, mas estratégico.

Sabe-se que a conceituação de Estado Liberal serve para que o mercado atue de forma mais livre e se autorregule, sem a forte presença da regulação estatal. E que, no protecionismo, ocorre a intervenção estatal nas relações mercantis, econômicas e privadas para impor regras e equilibrar disparidades entre os agentes, aproximando da conceituação de Estado Social, o qual promove os direitos e garantias sociais.

Ao estudar a ocorrência dos Fóruns Sociais, em paralelo aos Fóruns Econômicos, Naves pôde observar que ambos pressupõem um Estado Liberal, porque dificilmente haverá hoje a concepção de Estado Social, na qual a maior parte dos serviços públicos e políticas públicas, provinha do seu aparato estatal e pelos servidores públicos.

O autor propõe, então, uma nova leitura sobre o Estado, qual seja

Estado Estratégico se estabelece por duas vias. A primeira, dos direitos políticos, no aperfeiçoamento do sistema partidário. Aqui, as Ong's vinculadas à cidadania poderão exercer sua pressão sobre o orçamento público, aperfeiçoar a democracia e combater a corrupção. O outro caminho é a implementação dos chamados direitos sociais e econômicos. Aqui, são as ações de exemplaridade e de multiplicidade que mais contribuem para o desenvolvimento.

As Ong's não vão salvar o mundo, é preciso atacar o foco principal que gera pobreza e seus reflexos, no futuro o poder público será pressionado a atender à demanda dos direitos sociais e econômicos, para isto no Estado Estratégico as Ong's poderão contribuir nas parcerias para prestar os serviços públicos e propor políticas públicas mais eficientes. (NAVES, 2003, p. 581)

Nesta toada, Fernandes (1994, p. 135) também rechaçou a ideia de um Estado vertical ou da concentração ideológica proposta pelos partidos políticos, mas ressaltou a possibilidade de um Estado mais horizontal, mais plural e na mesma dinâmica da biodiversidade das ONGs, pois estas são inúmeras, agregam números indeterminados de pessoas e com isso conseguem abranger de melhor forma o fim proposto.

Sendo assim, observa-se que, nesse Estado Estratégico, há maior possibilidade de interações dos indivíduos e agentes da sociedade civil com o Estado, a fim de atingir as finalidades, objetivos e princípios encartados na Carta Magna, em especial no Brasil a de 1988, atribuindo responsabilidades tanto ao Estado como aos indivíduos e agentes da sociedade civil na construção de sociedade pacífica e solidária.

Diante dos desafios que se apresentam para construir tal sociedade, como preceitua a Constituição de 1988, é necessária a contextualização da origem do Estado Brasileiro para podermos avançar nos objetivos e finalidades que estabelece a Carta Política atual. Esse Estado não derivou da necessidade de uma sociedade, mas "diante das condições histórico-

políticas e do surto dos movimentos de independência contra os colonizadores luso-hispânicos” (WOLKMER, 2008, p. 12).

Isso posto, observa-se que primeiro se teve o Estado, depois a sociedade e depois sua organização, diferente do processo ocorrido na Inglaterra, no qual obteve-se primeiro a sociedade e a Nação, para depois um Estado. O que ocorre no Brasil é a transferência do Estado imperial português para o Brasil e a independência do país em 1822, para depois criar a ideia de uma sociedade brasileira em torno da concepção de Nação.

Outro aspecto que se pode verificar é que desde a origem do Estado Brasileiro havia uma certa interferência do privado no interesse público, mas para fins privados, e não com a objetivação do interesse público, mesmo sendo o público muito setorizado nas classes dominantes, quais sejam, as dos exploradores. Diante dessa constatação da constituição do Estado Brasileiro, pode-se compreender o fato de o Estado Brasileiro permitir a intervenção dos agentes privados nos órgãos públicos, não sendo isso algo estranho à realidade brasileira, mas que faz parte do cotidiano. É preciso, porém, sempre buscar atingir o interesse público ou o chamado interesse social ou coletivo, o qual permite às OSCs prestarem serviços públicos por meio de convênios e contratos públicos, a fim de atingir os anseios constitucionais.

Outra possibilidade de pensar o Estado Estratégico levantado por Naves é analisar o Estado ampliado apresentado por Gramsci, o qual comporta não somente o Estado como conhecemos, mas o Estado com a sociedade civil, compreendida com a composição por uma rede de organizações, sejam elas associações, sindicatos, partidos, movimentos sociais, sistema educacional, parlamentos, igrejas, empresas, etc. (MONTAÑO; DURIGUETTO, 2011, p. 43).

Diante dessa visão de Estado ampliado, em que vários atores interagem entre si, para a conquista de espaços ou pela lutas de classes, ou até mesmo pela disputa de uma hegemonia do discurso ideológico, percebe-se a mudança da compreensão da função ou papel do Estado diante de tantos atores sociais que almejam um lugar ao sol. Ao contrário disso, há autores que lecionam que somente as igrejas, as instituições sociais e as OSCs deveriam se encarregar da implementação dos direitos sociais e promovê-los perante a sociedade, permitindo ao Estado se livrar deste compromisso, como demonstrou Montañó e Duriguetto, em seus estudos sobre o tema (2011, p. 63).

No entanto, não se pode admitir tal instrução, pois tem que se perguntar onde tais instituições irão captar recursos para poder implementar os direitos sociais. Porque se o fosse, teria que a sociedade – dita aqui, aquela que não consegue fazer parte do jogo econômico – contar com a boa vontade das doações provindas das empresas, que conseguem jogar no mercado capitalista livre e sem o controle do Estado. Com isso, é de suma importância a permissão que o Estado Brasileiro concede às OSCs de interagir com os órgãos públicos por meio dos convênios e contratos.

Uma outra compreensão sobre o Estado Estratégico é a figura do Não-Estado analisado por Bobbio (2012, p. 121-123). Em relação ao Estado propriamente dito, *a priori*, parece grotesca a comparação aqui pretendida entre Estado Estratégico – como possibilidade da atuação das OSCs – e o Não-Estado, como Estado mínimo ou o mal necessário. No entanto, a análise que Bobbio desenvolve parte da presença do poder econômico ao longo do tempo, através da Igreja na Idade Média, ou na visão de Smith, prevalecendo sobre o poder político, ou pelo sinal axiológico oposto pretendido pela doutrina marxista.

O que se pode vislumbrar na leitura de Bobbio é que o Não-Estado seria aquele Estado que não concentra todos os poderes em si, como o Estado totalitário, mas abre a possibilidade da interação com a sociedade civil em diversas camadas do poder político e consequentemente do econômico, algo muito peculiar nas entidades do Terceiro Setor. Pois, como se observa, há entidades que atuam em diversas frentes no campo do interesse público ou social, sem o interesse de lucros, mas precisam do capital para entregar ou efetivar certos direitos sociais, como educação, saúde, cultura, etc.

De Cicco e Gonzaga ressaltam que o Estado não é a única organização social existente na sociedade, mas apontando que, fora do Estado totalitário, existem outras organizações que convivem no mesmo território. No caso Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 reconhece a coparticipação de entidades estatais e particulares em matéria “de educação (arts. 205 e 206, IV), cultura (art. 216, § 1º), do meio ambiente (art. 225), da saúde (arts. 197 e 198, III), da assistência social (art. 204, I)” (CICCO e GONZAGA, 2016, p. 145).

Por outro lado, há autores que afirmam que, devido ao crescimento do Estado, passando de um Estado Social de Direito para um Estado Democrático de Direito, atribui-se a ele o dever de conceder aos cidadãos os direitos sociais e econômicos, como serviços públicos, criação de empresas estatais e incentivos fiscais (DI PIETRO, 2002, p. 21), tornando o Estado inchado e gerando déficit público ao erário. Revelam, assim, o pensamento de que

os direitos sociais são gastos públicos e não direitos dos cidadãos como meio de construção de um Estado Democrático de Direito que permite a interação de vários agentes.

Também se pode compreender que esta atmosfera pretendida na concepção do Estado Estratégico aqui trabalhada está dentro da compreensão do Estado atual, que é nitidamente marcado pelo capitalismo, pela globalização e pelo multiculturalismo – predominantemente pelo capitalismo.

De certa forma, Dallari (2014, p. 271-278), ao refletir sobre a intervenção do Estado na sociedade, traz de forma binária que tanto em um Estado liberal como em um socialista há a interação do Estado com a sociedade, seja no âmbito econômico ou seja no âmbito social. Isto é bem retratado pelo autor quando aborda a política de intervenção do presidente Roosevelt nos EUA e a política Rússia quando da criação do Estado socialista, assim como ao falar da estabilidade social pretendida pela Constituição de Weimar na Alemanha.

O autor leva, assim, a compreender que o Estado Estratégico, tendo por base o Estado Democrático de Direito, possibilita combinar as ideias de Estado Liberal e Estado Social, o qual atribui ao poder estatal a permissão de interação com agentes privados para a promoção de direitos. Dallari conclui sua obra optando pelo Estado Democrático como sendo o Estado ideal e possível de ser atingido pelo Estado Brasileiro, como proposta da compreensão do Estado Estratégico trazida por Naves.

Não se pretende propor uma nova definição de Estado, como Estado Estratégico como novo conceito, mas compreender como uma nova postura a que o Estado pode tomar perante o ideário de Estado Democrático proposto por Dallari. Nesta, há a eliminação da rigidez formal, a supremacia da vontade do povo, a preservação da liberdade e da igualdade (DALLARI, 2014, p. 302-304).

## 6 CONCLUSÃO

Compreende-se que o Estado Estratégico estudado neste trabalho não se propõe conceber mais uma forma de Estado e muito menos alterar o que a doutrina leciona sobre o tema. Trata-se, sim da possibilidade de conectar pensamentos e ensinamentos trazidos ao longo da pesquisa, como fruto de mais uma compreensão das possibilidades da atuação do Estado, principalmente no que tange ao Estado Democrático de Direito, o qual permite a

maior participação dos indivíduos e agentes da sociedade civil em toda a sua forma de poder e atuação estatal.

O Estado Estratégico, nas lições de Naves, é aquele Estado nem liberal e nem social na sua totalidade, mas gestor que permite e coordena as suas próprias ações e as ações dos agentes da sociedade civil, sejam eles do Primeiro, Segundo e Terceiro Setor. Diante disso, os agentes do Terceiro Setor – as associações e fundações – possuem legitimidade e condições para atuar perante o Estado, compreendido como Estratégico, dentro da dinâmica do Estado Democrático de Direito, para reivindicar direitos e prestar serviços relacionados a estes direitos, corroborando para a efetividade dos direitos.

Percebeu-se que as OSCs no Brasil possuem uma longa jornada de trabalho e atuação na sociedade, tendo em vista o forte impacto social que possuem ao agir em favor do interesse público, social e coletivo. Compreende-se que não somente pela ineficiência do Estado é que surgem as OSCs, mas sim como uma nova atuação da sociedade organizada no seio da população e perante ou conjuntamente com o Estado, como meio da garantia do direito à liberdade de associação.

Por fim, o Estado Estratégico permite a atuação de vários atores no processo de construção de uma sociedade democrática e republicana, pacífica e solidária, como a que vemos no Brasil. Sendo as OSCs as responsáveis de atuar na garantia de direitos e na busca da sua efetivação.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2. ed. São Paulo: Editora SENAC, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria geral do Estado e ciência política*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FALCÃO, Joaquim. *Democracia, direito e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

FARIA ANDRADE, Alan S. *Caritas: organização da sociedade civil efetivando direitos humanos*. 2019. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

FERNANDES, Rubem Cesar. *Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. *Os sem-terra, ONGs e cidadania: a sociedade civil brasileira na era da globalização*. São Paulo: Cortez, 1997.

GRISA, Sandro Eduardo. Considerações sobre os movimentos sociais na América Latina no século XXI e o sentido de transformação social moderno. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Orgs.). *Estado, Política e Direito*. Criciúma: UNESC, 2008.

MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Estado, classe e movimento social*, São Paulo: Cortez, v. 5, n. 3, 2011.

NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

STORTO, Paula Raccanello. *Liberdade de associação e os desafios das organizações da sociedade civil no Brasil*. São Paulo, 2014. 135 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *O terceiro mundo e a nova ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do direito na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Orgs.). *Estado, Política e Direito*. Criciúma: UNESC, 2008.

(RE)PENSAR A RESPONSABILIDADE CIVIL: O DIREITO DE DANOS A PARTIR DO  
DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL NO BRASIL

*TO RETHINK TORT LAW: CONTEMPORARY TORT LAW FROM BRAZILIAN PRIVATE-  
CONSTITUTIONAL LAW*

Vitor Ottoboni Pavan;<sup>1</sup>

Maurício Gonçalves Saliba.<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa a analisar o desenvolvimento da responsabilidade civil no Brasil desde o seu primeiro Código Civil até a contemporaneidade. O objetivo da análise é verificar os aspectos sociais que embasaram cada modelo de responsabilidade e as transformações jurídico-filosóficas destes modelos em referência às mutações da sociedade em que estavam inseridos. A análise proposta foi realizada através de investigação histórico-jurídica. Uma vez estabelecidos os caracteres de cada modelo de responsabilidade em seu tempo e espaço, buscou-se aplicar o modelo de responsabilidade por danos contemporânea ao problema da pragmatização do dano, com coerência teórica e respeitando os pressupostos jurídico-filosóficos estabelecidos. Nesse aspecto, a pesquisa se desenvolveu através da linha crítico-metodológica com uso do raciocínio dedutivo. As premissas extraídas do modelo de responsabilidade contemporâneo identificado foram aplicadas no problema da pragmatização dos danos. Foi identificada a incoerência teórica da função punitiva com a responsabilidade por danos e a possibilidade de utilização da teoria do lucro de intervenção e da prevenção como instrumentos de neutralização do fenômeno combatido.

**Palavras-chave:** Constitucionalização. Direito de Danos. Pragmatização do dano. Lucro de Intervenção.

**Abstract:** This paper aims to analyze the development of tort law in Brazil since its first Civil Code until nowadays. The main objective of the study is to ascertain the social aspects that paved the way to each model of liability and the philosophical and legal transformations of these models in reference to adapt to the changes in the society it were inserted, in a specific spacetime. The purposed analyses have been done through historical-legal investigation. Once established the characters of each model of liability in its spacetime, the effort was to apply the contemporary tort law to the problem of ordinary damages, with theoretical consistency and in due to the established philosophical-legal preconditions. From this point of view the research has been developed through the critical-methodological methodology

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná na linha de pesquisa Função Política do Direito.

<sup>2</sup> Doutor em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil (2006) Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor do Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Artigo recebido em 23/04/2019 e aprovado para publicação em 09/12/2020.

using deductive thought. The premises extracted from the contemporary liability model were applied to solve the problem with ordinary damages. It has been concluded that punitive damages are incoherent to Brazil's contemporary liability and that is possible to apply the disgorgement of profit and the prevention as legal instruments to neutralize the confronted phenomenon.

**Keywords:** Constitutionalization. Tort Law. Ordinary damages. Disgorgement of profit.

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é de relevância ímpar para a sociedade, visto que, entendido o Direito como gerenciador de conflitos, é a responsabilidade civil que, no âmbito do Direito Civil, irá responder aos danos advindos desses embates relacionais e sociais.

Visando a melhor delimitar o alcance do estudo ora proposto, esclarece-se que será considerada a responsabilidade civil tal qual concebida no Brasil desde o final do Império até a contemporaneidade. A análise busca evidenciar a construção de sistemas de responsabilidade civil em consonância com as necessidades da sociedade de cada época, com aspectos históricos e sociais. Juntamente, busca-se investigar as transformações da responsabilidade civil em seus pilares filosóficos.

A pesquisa é baseada, em um primeiro momento, em uma análise histórico-jurídica, com uma abordagem interdisciplinar. A partir dos pressupostos estabelecidos, o estudo se vale da metodologia jurídico-crítica, através do raciocínio dedutivo, a fim de alcançar os objetivos propostos. Toma-se por pano de fundo a corrente denominada Direito de Danos a partir da metodologia do Direito Civil Constitucional.

Busca-se, a partir dos dados teóricos obtidos, enfrentar a problemática da pragmatização do dano em consonância com os pressupostos metodológicos do Direito Civil Constitucional. A delimitação temática e metodológica justifica o desenvolvimento proposto nesses termos.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA NO BRASIL

A formação colonial do Brasil, e o desejo de vinculação à metrópole mantido pelos portugueses durante quase todo o período colonial, impediu que houvesse o desenvolvimento de um ordenamento jurídico próprio brasileiro até a vinda da família real para a colônia em

1808. Anos depois, o Brasil alcança o *status* de Reino Unido a Portugal e Algarves, aumentando sua relevância política e econômica para o Império português e culmina com a independência em 1822. Foi somente a partir da conquista de nossa soberania que o país passou a efetivamente se preocupar com a edificação de um arcabouço normativo próprio.

A história da formação jurídica brasileira, contudo, esteve ligada, pelo menos até a metade do Século XIX, às ordenações imperiais que aqui vigoraram até mesmo depois de revogadas na metrópole, e a uma elite burocrática brasileira formada nos bancos da Faculdade de Direito de Coimbra (CARVALHO, 2008, p. 65). A preocupação da metrópole era "criar regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação" (WOLKMER, 2002, p. 49). Não havia por parte de Portugal uma verdadeira preocupação com o desenvolvimento de uma sociedade justa na colônia.

Somente com a criação das Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, em 1827, é que se iniciou um desenvolvimento do Direito no território brasileiro. Esse fato representou não só a criação de uma elite jurídica no país, mas uma mudança social no sentido de criação de uma verdadeira elite social intelectual, destinada a tomar as rédeas da nação e construí-la sob os ideais individuais e liberais que pujavam naquela época. Sobre o tema, diz Adorno (1988):

A criação e fundação dos cursos jurídicos no Brasil, na primeira metade do século XIX, nutriu-se da mesma mentalidade que norteou a trajetória dos principais movimentos sociais que resultaram na automização da política dessa sociedade: o individualismo político e o liberalismo econômico. (ADORNO, 1988, p.77)

Essa elite intelectual, patriarcal, agrária e oligárquica passou a ocupar os principais cargos da então Monarquia e faria o mesmo mais tarde na República. Foi essa elite criada nas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife que acabou por dirigir o nascimento de um direito "genuinamente" brasileiro. Esta, como dito, uma elite fundada no individualismo político e no liberalismo econômico. É a partir desse substrato social que começa a se discutir a responsabilidade civil no Brasil.

Não se pode deixar levar por anacronismos e criticar o modelo de responsabilidade civil inicialmente adotado no país somente pela sua característica individualista, como se viu, a elite do país era formada por esse pensamento, de forma que nada diferente se poderia imaginar que não a influência desta filosofia no pensamento jurídico brasileiro do século XIX. Não se busca aqui criticar o caráter liberal ou individualista das leis daquela época, mas

demonstrar as diferentes centralidades da responsabilidade civil no transcorrer deste aproximadamente um século de história genuinamente brasileira.

Rompidos os laços coloniais, em tese, o Brasil iniciava a construção de um sistema jurídico próprio. Se o substrato social era de inclinação à filosofia individualista, outro rumo não poderia tomar a legislação pátria que não a filiação a uma responsabilidade civil firmada no conceito de culpa. Já no século passado, o jurista Orlando Gomes (2017) realizava essa análise de nosso sistema clássico de responsabilidade:

A noção de culpa surge assim como uma construção técnica necessária à adaptação de normas jurídicas aos postulados filosóficos do individualismo. No fundo, é um expediente inspirado na necessidade de coerência para a obtenção de uma imprescindível correspondência lógica. (GOMES, 2017, p.349)

A adoção de um sistema de responsabilidade civil centrado na culpa, contudo, não se deu sem influências de outros processos codificadores, em especial europeus. Segundo Cláudia Lima Marques (1997):

O direito civil brasileiro só pode ser compreendido na sua formação dogmática e inspiração científica quando se tem presente as quatro fontes principais da ordem jurídica brasileira que formaram suas características e seu espírito atual [...]. (MARQUES, 1997, p.12)

As quatro fontes citadas pela autora são a legislação civil portuguesa, forçosamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, que tinha, à época das ordenações, uma forte influência do direito romano; a segunda fonte é o direito comparado em geral, cujo início se dá com a Lei da Boa Razão de 1769 e insere no Brasil a ideia de interpretação e de integração do direito, que passam a ser aplicadas a partir do *usus modernus pandectarum*, surge, portanto, uma tradição comparatista; a terceira fonte relaciona-se à própria tradição de buscar nos próprios usos e costumes e nas decisões judiciais fontes do direito; a quarta e última fonte é o *Code Civil* francês de 1804 que influenciou a edição de ao menos 172 normas do Código Civil de 1916 (MARQUES, 1997, p. 13-14).

Na construção da responsabilidade civil clássica deve-se, ainda, adir a influência da ciência jurídica alemã sobre os professores da Escola de Direito do Recife, em especial o idealizador do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua. Das influências citadas, parece inevitável que o Código Civil de 1916 não acabasse por adotar a teoria da culpa na responsabilidade civil. O Direito português tem sua formação muito relacionada ao Direito Romano, assim como ocorre com o Direito Germânico. A predisposição do jurista brasileiro para uma absorção da cultura jurídica europeia influenciou também na construção do Código

Civil de 1916 com a adoção da sistemática do *BGB* e do regramento do *Code Civil*, este último decorrente da influência francesa.

É com base nesses pilares que se constrói o sistema de responsabilidade civil na República Velha. O Código de 1916 era baseado em um sistema subjetivo de responsabilidade civil baseado na culpa. Admitia-se apenas a existência de uma culpa presumida, *juris tantum*, para alguns casos em específico onde haveria um dever de cuidado por parte de alguém com relação a outrem ou a alguma coisa. Após tais observações, é o que conclui Cavalieri Filho (2003, p. 69): "Então, o Código de 1916 era subjetivista, porque todo o sistema de responsabilidade civil nele previsto estava amarrado à cláusula geral do art. 159". O art. 159, por sua vez, tinha a seguinte redação "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano", nessa primeira parte, fica claro que o sistema geral é subjetivo. Na parte final disciplinava o modo de verificação da culpa e a culpa presumida: "A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553" (BRASIL, 1916).

O Código Civil de 1916 refletia, portanto, os ideais individualistas construídos pelo bacharelismo das Arcadas e do Recife. Era um regramento voltado para relações entre indivíduos, e não de massas, ou entre grandes empresas e a coletividade, ou entre seres não humanos e os seres humanos. Era reflexo do individualismo para uma sociedade de indivíduos e não de coletivos.

Há de se considerar, ainda, que o Direito Civil de matriz liberalista teria como primado a proteção do ter e não do ser. Sendo o *Code Civil* uma produção decorrente de uma revolução burguesa "[n]ada melhor, para o sucesso de seus negócios, que um ambiente seguro e de simples compreensão para que a economia pudesse se desenvolver. [...] Tais códigos não só almejaram, como foram capazes de promover a proteção do patrimônio" (CATALAN, 2013, p. 18). Assim, a responsabilidade civil subjetiva do Código de 1916 está fundada em pilares filosóficos individualistas e no patrimonialismo burguês que sustenta o liberalismo econômico.

Os códigos oitocentistas, "perfeitas projeções do racionalismo" (CATALAN, 2013, p. 19) foram meticulosamente organizados para proteger o patrimônio e propiciar o bom desenvolvimento dos negócios da classe dominante, no caso do Brasil, a classe agrária, oligárquica e patriarcal, que estudava os filhos nas Faculdades de Direito de São Paulo e do

Recife. A culpa como critério de imputação para a reparação de danos atende ao desejo dessa classe dominante. Segundo Catalan (2013, p. 26) "[p]ercebe-se que a inspiração individualista - ao legitimar a alocação da culpa como figura central no universo do dever de reparar - atende aos anseios da classe econômica detentora do poder".

A responsabilidade civil brasileira clássica foi construída sobre pilares do Direito Europeu, em especial da reinterpretação do Direito Romano e do então novel Direito Civil Francês. Era um sistema subjetivo fundado na culpa e em direção a um patrimonialismo que refletia a elite social e política da época e que atendia ao seu fim de proteção absoluta da propriedade e do *status* quo dessa classe dominante, de forma a atender aos objetivos da filosofia individualista e do liberalismo econômico que imperavam nas mentes intelectuais do período.

### 3 A TEORIA DO RISCO E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Tão logo o Brasil ganhava seu primeiro Código Civil, as codificações que influenciaram sua elaboração já se mostravam em descompasso com as mudanças tecnológicas, e mesmo filosóficas, do início do Século XX, na Europa. É o relato de Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2013) sobre os movimentos de autores pertencentes à corrente do socialismo jurídico europeu:

É correto afirmar que autores como Menger, Gierke e, na Itália, Enrico Cimbali, deram ênfase à necessidade de uma transformação social nos Estados europeus, que o crepúsculo do século XIX começava a deixar entrever e cujo efeito se revelaria de maneira trágica nas décadas iniciais do século XX, com a Revolução Russa e a Primeira Guerra Mundial.

O Direito Civil, por diversas razões, foi o epicentro da crítica desses autores, que clamavam por uma ampla transformação de seus institutos. (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 92)

Por aqui, ainda se mostrava um instrumento apto a atender aos interesses da classe dominante: uma elite agrária, patriarcal e oligárquica. E não por culpa de seu elaborador, Clóvis Bevilácqua, que, conquanto por vezes taxado de liberal e despreocupado com certos setores sociais, era, desde aquela época, defensor da capacidade da mulher e da substituição do individualismo pelos fins sociais do Estado. Esses seus ideais, contudo, foram suprimidos do projeto quando de sua longa tramitação nas casas de leis da época (COSTA FILHO, 2013).

O movimento imigratório e o início da industrialização promovida principalmente em São Paulo, o surgimento do automóvel, a abertura das linhas férreas, em suma, as

transformações sociais e de tecnologia do início do século ressaltaram o caráter obsoleto do sistema de responsabilidade civil clássico. Segundo Cavalieri Filho (2003):

[...] à medida que aquele sistema começou a vaziar água, revelou-se insuficiente, em razão do progresso tecnológico, do desenvolvimento científico, da explosão demográfica, foi necessário admitir outras hipóteses de responsabilidade civil não fundada na culpa, e isto foi acontecendo, repito, fora do Código Civil, por meio de leis especiais. (CAVALIERI FILHO, 2003, p.70)

A culpa representava um obstáculo à indenização, transferindo ao lesado um encargo de provar o agir ilícito do lesante, de forma que a reparação do dano era colocada em segundo plano em prol de um sistema protetivo do patrimônio e não da pessoa.

A massificação das relações, o incremento no tráfico jurídico e o aumento de situações com potencial lesivo demandaram uma mudança no modo de ver a responsabilidade civil no Brasil, principalmente quanto ao declínio do individualismo como filosofia fundante das relações sociais:

A decadência incontestável do individualismo jurídico compromete o prestígio desse expediente. [*da culpa*]

Já não há interesse em conservar um processo de ajustamento a diretrizes filosóficas que estão sendo desprezadas por não mais corresponderem ao espírito da época. Os quadros sociais alargaram-se e o comércio jurídico deixou de constituir-se exclusivamente de relações de indivíduo a indivíduo.

Assim, a sociedade não mais pode ser concebida atomisticamente. O individualismo declina. (GOMES, 2017, p. 349-350)

A queda do individualismo, filosofia que fundou a codificação civil brasileira na República Velha, acarreta a necessidade de rever os pilares filosóficos da própria responsabilidade civil. A antítese do individualismo é a socialização, a coletividade, assim, também a responsabilidade civil fundada na culpa deveria encontrar uma antítese, e no caso foi o risco.

A mitigação da culpa como critério de imputação, como apontou Cavalieri Filho no excerto acima transcrito, não se deu por alteração no Código Civil, mas foi realizada através da edição de legislação esparsa. Teve papel importante nesse cenário o acidente de trabalho. A dificuldade de reparação encontrada pelos trabalhadores que restavam destinados à dura tarefa de provar a culpa de seu empregador para pleitear uma indenização no direito comum fez com que nascesse, na França, um movimento pela mitigação da culpa e adoção de um sistema de responsabilidade civil onde esta era considerada presumida de forma *juris et de jure*, praticamente a responsabilidade objetiva, fundado em outro critério de imputação, o

risco (WALD, 2006). Esse desenvolvimento, contudo, não se deu sem críticas de autores tradicionalistas, como, por exemplo, de Ripert (1949):

Os juristas escrevem: devemos abandonar a idéia da culpa; é uma idéia antiga; o progresso a substituiu pela idéia do risco. Ousariam eles escrever: devemos esquecer que o homem deve proceder bem; devemos dizer-lhe: conduze-te como quiseres, por tua conta e risco, desde que pagues pelo dano causado. (RIPERT, 1949, p. 11)

O fato é que os avanços tecnológico, industrial e social não mais comportavam uma responsabilidade civil fundada unicamente na culpa. A preocupação de Ripert era com o abandono do elemento de moralidade<sup>3</sup>, do conteúdo axiológico que orienta a ação humana. Com o abandono da culpa, não mais o homem deveria pensar se sua ação era ou não boa, não fazia julgamentos morais, mas sim julgamentos eminentemente matemáticos, fundados no risco e na resposta econômica prescrita.

O desenvolvimento de meios de transporte como as ferrovias e os automóveis abriram novas possibilidades para a responsabilidade civil. No Brasil, ganham destaque a legislação sobre responsabilidade por danos causados em estradas de ferro, qual seja o Decreto n. 2.681/1912, que trouxe a hipótese de culpa presumida, assemelhando-se ao sistema de acidentes de trabalho francês, visto que a lei taxativamente elencava certos fatos que ilidiam a culpa. Foi em 1934, com o Decreto n. 24.642, que versava sobre acidentes de trabalho, que a responsabilidade objetiva fundada no risco acabou por ser positivada, segundo a redação do art. 2º do referido decreto.

O Brasil se mostrava um país em ascensão industrial, com o crescimento das concentrações populacionais em grandes centros como São Paulo e Rio de Janeiro, contudo o Código Civil de 1916 matinha-se intacto, e assim manteve-se até 2002, o que, segundo Wolkmer (2002, p. 121) "manteve inalterados os privilégios jurídicos da burguesia agrária, não se adentrando na regulamentação de avanços no âmbito principalmente de direitos de natureza política e social". Não é de se espantar, visto que as elites que dominaram o país até muito recentemente tinham os mesmos caracteres daquela elite formadora do direito civil brasileiro e da própria República.

Houve, a partir desse momento, uma mudança de paradigma na responsabilidade civil por parte da doutrina e da jurisprudência, que passaram a construir teses capazes de ilidir a

---

<sup>3</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 21), esta percepção pode decorrer do "caráter moralizador que a responsabilidade civil sempre apresentou e na arraigada noção de culpa que diretamente se associa, na civilização ocidental, de origem judaico-cristã, à religião e ao pecado".

regra geral do art. 159 do Código Civil de 1916 e a garantir a reparação do dano à vítima. Ocorre aí uma verdadeira mudança de direção na responsabilidade civil. Se antes a teoria subjetiva era centrada na prova da culpa do lesante, impondo obstáculos frente ao patrimônio do lesante, a partir do final da República Velha e início da Era Vargas um movimento doutrinário passou a privilegiar a segurança da vítima e a reparação do dano em determinadas áreas da sociedade:

Em outras relações, como os acidentes de trabalho, de veículos ou os decorrentes da atividade empresarial, garantia-se a segurança da vítima com base nas teorias da responsabilidade objetiva, baseada no risco ou nas situações de profunda desigualdade existente entre quem causava o dano e a vítima da lesão. (WALD, 2006, p. 86)

Claramente, há uma mudança não só dogmática, mas filosófica. Nota-se que na responsabilidade clássica fundada na culpa há, como revela a crítica de Ripert, um elemento moral de responsabilidade orientado à identificação do agir culposo. O agir culposo revela o caráter de ser mau, e, por ser mau, conseqüentemente, ser punido e corrigido. Verifica-se, assim, uma justiça de caráter corretivo na responsabilidade subjetiva clássica, a relação entre crime e castigo.

Já a responsabilidade pelo risco funda-se em outros pilares filosóficos. Do excerto extraído do trabalho de Wald é possível perceber que não há um juízo moral sobre o ofensor, não se verifica se ele agiu de forma má ou boa, mas somente se a sua atividade levou a um dano e que, portanto, este deve ser reparado. É um juízo de utilidade, um conceito prático e não axiológico. Quando Wald se refere a "situações de profunda desigualdade existentes entre quem causava o dano e a vítima da lesão" (WALD, 2006, p. 86), revela neste critério de imputação um caráter de justiça distributiva, e não corretiva como na responsabilidade por culpa.

A mudança dos pilares filosóficos revela que a responsabilidade sem culpa, naquele momento, representaria uma teoria mais voltada a um Estado Social e à distribuição dos riscos na sociedade. A esse respeito disse Wilson Melo da Silva (1974):

Em matéria de reparação de danos, a balança da justiça tem, invariavelmente, se inclinado francamente nestes tempos de socialização do direito, em prol da vítima. O que se tem procurado com empenho, até onde o permita a equidade, em questões que envolvam reparações por prejuízos ou danos, é, tanto quanto possível e sempre que possível, a melhoria da situação da vítima. (SILVA, 1974, p. 41)

Verifica-se assim, ao menos em parte da doutrina e ao menos em algumas situações, uma relevante mudança de paradigma, da proteção do patrimônio do lesado à segurança da vítima. Essa socialização do direito com o progressivo abandono do individualismo promoveu a abertura de campo para que a proteção integral da vítima fosse explorada. Segundo Judith Martins-Costa (2001):

Abre-se, assim, vasto e rico campo de reconstrução de institutos e conceitos no Direito Privado, entre os quais o de responsabilidade civil, o adjetivo ligando-se menos à disciplina consagrada pelo paradigma oitocentista da sociedade burguesa e mais às suas raízes etimológicas, indicativas de quem está na *cive*, e, sendo assim, vive em necessária comunidade. (MARTINS-COSTA, 2001, p. 24)

A pessoa volta ao centro do direito civil. A gradual transformação da responsabilidade em razão das transformações sociais, ganha um novo capítulo. Com os ocorridos dos meados do Século XX, a pessoa volta a ocupar o centro do Direito, não mais o legalismo ou o patrimônio, mas a pessoa dotada de dignidade. Como disse Judith Martins-Costa seria a hora de reconstruir institutos e conceitos no Direito Privado.

#### 4 TRANSFORMAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Em meados da década de 80, um novo momento social era vivido no Brasil. E em que pesem as críticas ao caráter "democrático" da Constituição de 1988 (LÉRIAS, 2008, p. 252) é fato que a carta contemplou uma gama de garantias fundamentais aptas a orientar um programa de um país social democrata. Todo o processo constitucional brasileiro é cercado de controvérsias, fazendo dele um caso *ad hoc*, que em razão de suas peculiaridades não pode ser comparado à experiência de outros países como Estados Unidos e França (BARBOSA, 2012, p. 35).

Não só o momento social e político do Brasil era diferente, o mundo todo passava por transformações. A complexidade das relações sociais impunha novos desafios ao Direito e entregava, nas mãos dos constituintes brasileiros a chance de criar uma carta constitucional já adequada aos anseios da contemporaneidade, desvinculada dos conceitos modernos.

O fato é que a Constituição de 1988 inseriu no Brasil uma nova ordem constitucional, reconhecendo direitos e garantias fundamentais como forma de afirmação da sociedade em um período pós-ditatorial em que as liberdades foram objeto de restrição. O que já havia

ocorrido na Europa durante o pós-guerra agora acontecia no Brasil com a instituição de um Estado Democrático de Direito:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. (BARROSO, 2007, p.131)

A Constituição de 1988 representou, certamente, a reafirmação de um Estado Social Democrático efetivo, voltado à redução de desigualdades, à promoção da dignidade humana e da cidadania, enfim, "incumbido de construir uma sociedade de bem-estar" (CASTRO, 2009, p. 596).

Os efeitos dessa transformação não ficaram restritos ao Direito Constitucional. A grande dicotomia da ciência do Direito no século XIX e XX – Direito Público e Privado perde força, respeitando um movimento pendular histórico em que por ora um ou outro ramo suplanta ou influencia o outro. Essa dicotomia teve como fruto mais relevante o "contraste entre 'teoria do Direito como relação' e 'teoria do Direito como instituição'" (DEL NERO, 1997, p. 50). Foi durante a passagem do Estado Liberal para o Estado Social que o Direito Público passou a "contaminar" o Direito Privado, de forma que no Estado Social a concepção privatista do Direito Civil como teoria da relação social apenas sob uma ótica individualista, não se sustenta. Há mudanças nos pilares filosóficos do Direito que já não sustentam as teorias clássicas. Aparentemente o Direito Público estaria englobando o Privado.

Não se deve confundir publicização com a constitucionalização. A publicização é a tomada de matérias do direito civil para o Direito Constitucional, o que não se deseja. Já a constitucionalização tem relação com a mudança no substrato filosófico e de teoria do direito e não com a suplantação entre os tradicionais ramos do direito (LÔBO, 2003, p. 199).

Se antes o Direito Civil, e em especial o Código Civil, era o epicentro do Direito Privado, quase como que uma Constituição privatista totalmente apartada do sistema constitucional, agora quem assume esse papel é a Constituição Federal e seus princípios e garantias fundamentais:

Antes havia a disjunção; hoje a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). (LÔBO, 2003, p. 198)

A unidade do sistema, antes assumida pelo Código Civil, segundo Perlingieri, é garantida não só formalmente pela Constituição, mas substancialmente: "a Lei Fundamental não garante, de fato, somente a forma e procedimento preestabelecidos da ação estatal, mas compreende também ao mesmo tempo elementos normativos substanciais" (PERLINGIERI, 1991, p. 193). A dicotomia público e privado estaria, assim, superada pela interpenetração da Constituição nas normas de direito privado (TEPEDINO, 1999). O intérprete deve obedecer ao princípio da legalidade, mas não o da visão exegética, e sim um renovado, ligado à complexidade das fontes do ordenamento, à coordenação entre os preceitos individuais e à harmonização destes com os princípios constitucionais fundamentais, confrontando os potenciais significados com a realidade fática e concreta a ser regulada, de forma circular (KONDER, 2016).

A constitucionalização do Direito Civil se opõe à fragmentação do direito em microssistemas autônomos. Os microssistemas encerram ilhas isoladas em um mito de suficiência autopoietica. Na crítica de Perlingieri, no que é acompanhado por Paulo Lôbo e Tepedino, a garantia de unidade do ordenamento ocorre com o deslocamento da constituição ao vértice axiológico do sistema (LÔBO, 2019; PERLINGIERI, 1999; TEPEDINO, 1999), mas não só formalmente, senão substancialmente sustentando a coerência sistemática.

Essa coerência passa pelo reconhecimento da força normativa da Constituição. Segundo Barroso (2007, p. 132), "O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo". Dessa forma, abandona-se em parte a ideia do positivismo normativo para recuperar fundamentos do direito natural, temperando a norma com conteúdos abertos e de natureza axiológica, congregando as correntes que antes pareciam incomunicáveis.

Um dos efeitos do pós-positivismo é a constitucionalização do direito. Em razão da força normativa adquirida pelo texto constitucional, agora com reconhecida eficácia imediata "[o]s valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional" (BARROSO, 2007, p. 138).

Essa virada de paradigma significa também uma virada na centralidade do Direito Civil. Se antes no âmago do Direito Civil clássico reinava o patrimônio e as relações intersubjetivas patrimoniais, a constitucionalização coloca a pessoa com dignidade no centro das preocupações, mesmo porque a Constituição Federal de 1988 elege a dignidade da pessoa como o valor principal que atrai em convergência todo o ordenamento. Não que o

patrimônio fosse a única e exclusiva preocupação da legislação civil, mas era o ponto de referência.

Na codificação francesa, a liberdade era guiada principalmente pela noção patrimonial, e o mesmo ocorria na codificação brasileira de 1916. Sobre o tema Paulo Luiz Netto Lôbo (2003) assenta que:

É certo que as relações civis têm um forte cunho patrimonializante, bastando recordar que seus principais institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real. (LOBO, 2003, p. 205)

Essa posição de centralidade do patrimônio no Direito Civil é incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, modelo que veio a suplantar o Estado Social da segunda metade do século XX (CATALAN, 2013). Não se coaduna com o programa constitucional e, principalmente, com o seu princípio orientador da dignidade da pessoa humana, o qual é denominado, por vezes, macroprincípio. Não é a pessoa que deve servir ao patrimônio, mas o patrimônio deve ser um meio de realização da pessoa. O fim é a pessoa, o meio os demais conceitos jurídicos. Interpretando a dignidade da pessoa humana sob a ótica da teoria kantiana Oscar Vilhena (2006, p. 67) aduz que "O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros".

A metodologia do Direito Civil Constitucional propõe uma virada no centro de gravidade que atrai funcionalmente os institutos de Direito Civil. Se antes a organização estrutural do Direito Civil se dava em torno do patrimônio, este visto como razão de ser do *ser*, agora sua releitura à luz da legalidade constitucional "implica necessariamente em uma 'despatrimonialização' dos seus institutos tradicionais" (SCHREIBER, 2016, p. 17).

O desafio ao Direito Civil é, portanto, repensar seus postulados, conceitos, institutos e tradições de forma a adequá-lo à nova realidade constitucional, onde a pessoa é fim em si, não instrumento de realização alheia, onde o patrimônio é subserviente aos objetivos constitucionais de busca da plena dignidade da pessoa humana. Segundo Tepedino (1999, p. 1) há um "dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional". Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 206) é acertivo quando afirma que "A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais". E é esse o fio condutor

que guia a metodologia do Direito Civil Constitucional a reconhecer a “funcionalização das situações patrimoniais – propriedade e empresa – às situações existenciais” (PERLINGIERI, 1999, p. 181<sup>4</sup>).

A Constituição da República elegeu a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, pelo que se extrai uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa” (TEPEDINO, 1999, p. 48). O *ter*, relacionado comumente a situações jurídicas pautadas na livre iniciativa e na propriedade privada, está constitucionalmente atrelado aos valores sociais. A metodologia do Direito Civil Constitucional pressupõe não uma segregação entre *ter* e *ser*, mas uma subordinação do *ter* ao atendimento de valores não econômicos. O *ter* subordina-se aos valores existenciais consagrados na Constituição não isoladamente, mas inserido na subordinação de todo o sistema à tábua de valores constitucionais (SCHREIBER, 2016, p. 20).

Há posições contrárias, que entendem que nossa tradição jurídica predominantemente de *civil Law* não permitiria essa influência dos valores constitucionais como fatores externos de correção, defendendo uma interpretação baseada na teoria kelseniana para uma análise interna do Direito Civil (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 49). Para a responsabilidade civil, o fenômeno da constitucionalização do direito privado e a repersonalização do Direito Civil representa também uma virada de paradigma.

A conclusão de que o Direito Civil deve ser iluminado pelos valores constitucionais, inclusive como fator externo de correção, mostra-se a mais adequada a responder às necessidades de uma sociedade muito mais complexa que aquela existente quando na formulação da teoria kelseniana. Não se ignora que a teoria kelseniana permitia a internalização de valores e conteúdos axiológicos no período de formação da norma positivada, e mesmo fatores de interpretação sistemática. Entretanto, a mudança dos objetivos da sociedade na qual o Direito está inserido, o reconhecimento dos direitos fundamentais e de sua eficácia direta e imediata, o reconhecimento da força normativa da Constituição e da força normativa dos princípios e de sua posição hierárquica no sistema levam à necessidade de reformular a teoria do Direito que embasa a interpretação e aplicação das normas de forma a congregar essa série de fatores que inexistiam na época dos estudos

---

<sup>4</sup> Tradução livre. No original: “*funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali, proprietà ed impresa, alle situazioni esistenziali*”.

de Kelsen. Segundo o próprio Kelsen (1976), seu objetivo era justamente afastar do direito, influências sociológicas, políticas, econômicas e filosóficas.

Tal modelo, não se coaduna com a sociedade contemporânea, a qual segundo Francisco Amaral (2003, p. 63) "já não é própria para a sistematização e as grandes sínteses, mas sim para a análise crítica e a desconstrução dos sistemas vigentes, sob a égide de princípios jurídicos que dão maior eficácia, garantia e legitimidade à matéria privada". A constitucionalização do Direito Civil e sua repersonalização surgem como inevitáveis transformações na forma de pensar, criar e aplicar o direito privado.

A responsabilidade civil, como ramo inserido no Direito Civil, não fica excluída dessa sistemática metamorfose. No Estado Liberal, moderno, a responsabilidade civil estava fundada na culpa, no individualismo e na justiça corretiva. Já no Estado Social, durante o desenvolvimento da teoria do risco e da responsabilidade objetiva no Século XX, as noções da responsabilidade civil passaram a ser ocupadas pela utilidade social, pela justiça distributiva e pelo risco como critério de imputação (BARBIERI, 2017, p. 19).

Vencidas essas duas etapas na responsabilidade civil brasileira, verifica-se no Estado Democrático o surgimento de uma nova tendência teórica denominada Responsabilidade por Danos ou Direito de Danos. A responsabilidade civil igualmente passa a sofrer um processo de ser repensada a partir da constitucionalização do Direito Civil. O tradicional tripé que sustentava as teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade civil dá lugar a um sexteto de pressupostos que fundamentam a Responsabilidade por Danos:

(i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (v) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora da justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar. (FROTA, 2014. p. 228-229)

Nessa perspectiva, a centralidade do patrimônio é substituída pela da pessoa, o que já era denunciado por Wilson Melo da Silva (1974, p. 41) antes mesmo da Constituição de 1988: "Em matéria de reparação de danos, a balança da justiça tem, invariavelmente, se inclinado francamente nestes tempos de socialização do direito, em prol da vítima". Esse movimento se fortaleceu e passou por outras transformações com o advento do Estado Constitucional Democrático. O que se vê é uma verdadeira transformação ética da responsabilidade civil:

A ética da solidariedade - ou da responsabilidade, perante o(s) outro(s) - parece ter ocupado o lugar outrora reservado à ética da liberdade. A sociedade exigiu essa mudança ao perceber que poucos eram os que realmente poderiam ser denominados homens livres. (CATALAN, 2013, p. 49)

No Estado Democrático de Direito, o individualismo é substituído pela solidariedade, contudo esta ganha um papel muito mais relevante dentro da teoria da responsabilidade, é ela que, segundo o Direito de Danos, "funda o dever de reparar" (CATALAN, 2013, p. 49). Assim, verifica-se uma ampliação dos interesses dignos de tutela, acentua-se a função preventiva, e alarga-se o princípio da precaução. Ao contrário da responsabilidade civil tradicional, que colocava a culpa quase que como um obstáculo à reparação, ou a sistemática da culpa presumida com seus róis de hipóteses ilidentes ou, ainda, na responsabilidade objetiva, a dificuldade de demonstração do nexo de causalidade, o direito de danos visa ampliar os danos suscetíveis de reparação, e facilitar sua reparação inclusive através da coletivização dos prejuízos (NORONHA, 1999).

Abandona-se a noção de crime e castigo e a justiça corretiva para promover uma tutela dos valores existenciais e o contínuo desenvolvimento da pessoa humana. O papel de centralidade da pessoa e a cláusula geral de tutela permitem uma expansão da responsabilidade civil rumo à integral proteção do *ser*. Nesse sentido, destaca Maria Celina Bodin de Moraes (2006):

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. (MORAES, 2006, p.238)

A Responsabilidade por Danos, ou Direito de Danos, mostra-se como teoria apta a responder ao momento de insegurança e de aumento do potencial lesivo da sociedade, como denunciado por Bauman (2007, p. 91) quando diz que "[e]m vez de grandes expectativas e doces sonhos, o 'progresso' evoca uma insônia repleta de pesadelos 'de ser deixado para trás', perder o trem ou cair da janela de um veículo em rápida aceleração". A segurança da era moderna é substituída pela insegurança dos tempos de modernidade líquida. E o que Fachin (2013) aduz serem as novas lentes pelas quais se deve olhar para conter os danos na sociedade do hiperconsumo coincide com boa parte dos valores que hoje são reconhecidos como formadores de uma responsabilidade civil conforme a legalidade constitucional ou, em última análise, no surgimento de um verdadeiro direito de danos (ALSINA, 1997).

Na Responsabilidade por Danos revisitam-se as funções e pressupostos da responsabilidade em busca de alargar o alcance dos interesses tutelados para abarcar o máximo de lesões possíveis e proteger a vítima em sua integralidade. Quanto às funções da responsabilidade civil, "Normalmente, são individualizadas três funções principais da responsabilidade civil, as quais, dependendo dos momentos, são, ora uma ora outra, mais em voga: a função compensatória, a sancionatória e a preventiva." (MONATERI, 2017, p. 22).

Neste momento, não se vislumbra, pelo menos por ora, a noção de punição, visto que seria metodologicamente incoerente alegar o abandono do postulado de justiça corretiva e defender uma função punitiva para a responsabilidade civil. A teoria da responsabilidade por danos tem se voltado a priorizar a tutela da vítima, abandonando tanto o elemento culpa como a preocupação com a função de punir o ofensor (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p. 49).

A princípio, portanto, seria incompatível com o direito de danos a existência de uma função punitiva. Esta já existiu, mas não condiz com os aspectos teóricos da vertente que se denomina Direito de Danos. Diferente da função da responsabilidade civil clássica que a princípio era corretiva e da responsabilidade civil objetiva que foi a socialização dos danos causados por risco, a responsabilidade por danos tem uma missão constitucional para com a tutela da pessoa e de sua dignidade que lhe é intrínseca, tratando o ser humano como fim em si mesmo e não como meio para terceiros ou para concepções utilitaristas e patrimonialistas.

A responsabilidade por danos esteia-se nos princípios do *neminem laedere*, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima (MORAES, 2006). Ela redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, prospectivamente, com a extensão e a inovação de direitos e deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis à sociedade (FROTA, 2014). Madero anuncia uma virada epistemológica da responsabilidade civil, de forma que a responsabilidade civil pautada no ilícito estruturada a partir do *Code Civil* francês restava substituída por uma responsabilidade por danos, o Direito de Danos

El principio *aqueil 'ne pas responsabilité sans faute'* ha mudado su centro de atención para este Derecho de Daños que hoy nos rige: no hay responsabilidad si no hay daño; este último en la actualidad es el elemento clave de la responsabilidad (MADERO, 2002, p. 168)

O desenvolvimento do Direito de Danos no Brasil demanda muito mais que mudanças legislativas, mas, em verdade, uma mudança de cultura jurídica (FROTA, 2014). Ressalte-se que não se trata de um fetichismo jurídico em busca de um ideal de justiça utópico, mas uma readequação da responsabilidade civil aos novos postulados filosóficos, às transformações

sociais e aos novos fundamentos epistemológicos do Direito. A teoria do Direito de Danos tem o mérito de desenvolver-se de forma a expandir a tutela da vítima, possibilitando abarcar uma gama maior de danos. Há a construção de uma nova responsabilidade civil, que sob a ótica da reparação dos danos causados à vítima recebe a denominação de direito de danos<sup>5</sup>.

A partir dessa teoria, ainda que se compreenda que a responsabilidade civil contemporânea pode e deve manter um olhar voltado também à contenção de comportamentos, tentar-se-á averiguar a viabilidade da punição e da restituição de lucros ilícitamente obtidos como meios de resposta à visão pragmática da violação.

As radicais transformações sociais demandaram o repensar dos postulados da responsabilidade civil clássica. A adoção da teoria da Responsabilidade por Danos mostra-se compatível com boa parte dos desafios do porvir, principalmente frente ao crescente aumento de lesões, da exponencialização das relações sociais através da tecnologia, da internacionalização do mercado e apta a garantir a maximização da efetividade da tutela da pessoa a partir da reparação de danos.

## 5 OS DESAFIOS FRENTE À PRAGMATIZAÇÃO DO DANO

Diante do estudo até o momento realizado, as transformações culturais, sociais e políticas do Brasil desde o fim do Século XIX influenciaram a construção das teorias de responsabilidade civil até o definitivo abandono dos ideais liberais e individualistas da sistemática de responsabilidade civil clássica, com a adoção de uma nova visão sobre a responsabilidade civil denominada Responsabilidade por Danos, fundada na ética da solidariedade, na alteridade, tendo como fim a tutela da vítima – consequência da repersonalização, ou seja, a promoção da pessoa ao papel de centralidade no direito civil – através do alargamento dos danos, da mitigação das excludentes, da substituição do nexo de causalidade clássico pela formação da circunstância danosa, do privilégio à prevenção e à

---

<sup>5</sup> Segundo Caitlin Sampaio Mulholland (2010, p. 15, nota 5): “a expressão direito de danos deve ser utilizada preferencialmente quando nos referimos ao estado atual da Teoria Geral da Responsabilidade Civil”. No mesmo sentido Felipe Braga Netto (2019, p. 113) afirma que responsabilidade civil e direito de danos são expressões que representam um mesmo instituto em momentos históricos e com valores diferentes. Consideramos, contudo, que o Direito de Danos é o estudo da responsabilidade civil contemporânea voltada à reparação dos danos suportados pelas vítimas, enquanto por responsabilidade civil contemporânea se entende a análise com foco na contenção de comportamentos, e não de danos.

precaução, enfim, de uma série de novos aspectos a serem trabalhados sempre sob os valores constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2006).

A responsabilidade civil ressignificada no Direito de Danos orienta-se pelo magnetismo do valor constitucional máximo que é a tutela integral da pessoa humana. Foca-se a preocupação funcional na maximização da reparação de danos de forma a eliminar os obstáculos herdados do individualismo e do patrimonialismo oitocentistas.

Parece claro que, para o Direito de Danos, o sistema de responsabilidade civil não tem preocupação com o patrimônio do ofensor, tampouco deve perder energias buscando a punição deste, mas sim voltar todas suas forças para a proteção da vítima de forma a tutelar a pessoa de forma integral. Mesmo porque a referida corrente identifica no dano o elemento central do instituto (MORAES, 2006).

Ocorre que a tendência de se adotar a teoria objetiva da responsabilidade civil com o crescente abandono da culpa pode ter levado a uma consequência denunciada por Ripert, já citado neste estudo e que merece reflexão. Disse o autor francês:

Os juristas escrevem: devemos abandonar a idéia da culpa; é uma idéia antiga; o progresso a substituiu pela idéia do risco. Ousariam eles escrever: devemos esquecer que o homem deve proceder bem; devemos dizer-lhe: conduze-te como quiseres, por tua conta e risco, desde que pagues pelo dano causado. (RIPERT, 1949, p. 11)

Ou seja, Ripert adiantava a possibilidade de que os ofensores passassem a realizar um cálculo de utilidade dos danos desvinculado de juízos morais, de forma que, bastaria ao lesante realizar o cálculo de uma possível indenização de todos os danos causados por um determinado evento previsível e evitável e, caso o cálculo se mostrasse favorável, praticar a lesão. A favorabilidade do cálculo mencionado por Ripert é o lucro. Assim, uma empresa pode realizar um cálculo de utilidade e concluir que é economicamente viável lesar, tendo em vista as regras de experiência e mediante um cálculo jurimétrico dos valores médios das indenizações conferidas para a lesão em questão.

Essa realidade é identificável, por exemplo, em contratos de consumo de massa, tais como de telefonia, bancários, planos de saúde, onde há a cobrança de valores indevidos reiteradamente, de forma ilícita, portanto, sem que houvesse consequência alguma no caso de condenação que não a restituição do indébito, na forma simples, gerando um fenômeno denominado ilicitude lucrativa (FORTES, 2015).

Contra este fenômeno, parte da doutrina brasileira inclinou-se à adoção dos *punitive damages* brasileiros como forma de coibir a prática e sinalizar ao mercado que tal conduta não seria tolerada:

Há, conforme visto, um tipo de fornecedor que age em larga escala e que tem nas normas de defesa do consumidor uma variável a ser considerada no cálculo econômico de eficiência tendo como objetivo a maximização de lucro. Nesse contexto, a função punitiva da indenização por dano moral funciona como um elemento sancionatório dissuasor da reiteração da conduta lesiva pelo fornecedor. Ao cumprir essa função, do ponto de vista sistêmico, espera-se que a regra que extraída de uma decisão que afirme a imposição de valores indenizáveis com finalidade punitiva sinalize ao mercado que pode não ser eficiente inserir o nome do consumidor em cadastro de inadimplentes como mecanismo de cobrança de determinada coletividade de consumidores. (FREITAS FILHO; LIMA; 2013, p. 95)

Tal solução, contudo, encontra resistência na doutrina brasileira por dois motivos. Um dos argumentos é sua incoerência com a tradição brasileira decorrente da *civil Law* de origem romano-germânica, onde a função de punição da responsabilidade civil teria sido abandonada desde a adoção da *Lex aquilia*, e que a tendência à imitação do estrangeiro parece ser vista como mérito acadêmico e muitas vezes o trespasse de tradições jurídicas ocorre sem o necessário rigor técnico e crítico que demanda (MARTINS-COSTA; PARGENDLER; 2005). Há estudos que acabaram por indicar que os *punitive damages* haviam sido absorvidos no direito brasileiro através da teoria do desestímulo (BITTAR, 1999), ou mesmo expressamente como uma função secundária, de caráter punitivo, aplicada na quantificação dos danos morais (NORONHA, 1999).

Há, entretanto, diferenças entre a função de desestímulo, ou dissuasória, e a punição em si. A punição busca punir condutas passadas, já a dissuasão, evitar condutas futuras. Na prevenção, "o objetivo de prevenção geral de dissuasão ou de orientação sobre condutas a adotar passa a ser o fim principal. O meio para alcançá-la, contudo, passa a ser a condenação à reparação/compensação dos danos individuais" (FACCHINI NETO, 2003, p. 164.).

Pelo raciocínio punitivo, o Direito Civil estaria utilizando de alguém como meio para atingir um fim, neste caso a punição e a "educação" sobre a prevenção de condutas. Ainda que o objetivo seja louvável, há uma incoerência teórica no caso de a Responsabilidade por Danos admitir tal fator na quantificação do dano. Se a Responsabilidade por Danos é fundamentada na dignidade da pessoa humana, roga o imperativo categórico kantiano que a pessoa é um fim em si mesmo e não pode ser meio em favor de terceiros, muito menos da coletividade. Ao adotar a possibilidade de punição, a teoria estaria contrariando sua própria

base filosófica e teleológica: “O objetivo não é mais punir aqueles que causaram danos injustos, mas reparar aqueles que sofreram injustamente” (SEGUÍ, 2004, p. 275).

Outro argumento é que a punição não é função do Direito Civil na contemporaneidade e que pensá-la como punição, sanção ou castigo moral fundado na culpa seria um retrocesso aos ideais liberais do século XIX, há muito superados (CATALAN, 2013). Por fim, um terceiro argumento é de que ao impor uma pena civil, sem previsão legal que a fundamente, já que o art. 944 do Código Civil adotou como critério de quantificação da indenização a extensão do dano com o objetivo de reparar integralmente a lesão (EHRHARDT JÚNIOR, 2017), estar-se-ia violando a própria Constituição Federal em um de seus direitos fundamentais essenciais, o princípio do *nullum crimen nulla poena sine legem*, isto é, não configurará crime e não se imputará pena sem que exista previsão legal - art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Mesmo que dirigido ao direito penal, a disposição configuraria princípio geral aplicável ao direito civil (ROSENVALD; KUPERMAN, 2017, p. 13).

A responsabilidade, no contexto da constitucionalização do direito no pós-positivismo, estaria descumprindo com uma norma de eficácia direta e imediata da constituição, um direito fundamental. Constitui, assim, raciocínio contraditório, quando exige postura escorreita dos cidadãos e propõe como resposta do Direito o desrespeito a um direito fundamental. É, portanto, incoerente. A função punitiva, vencida através de argumentação sua suposta incoerência com a visão da responsabilidade civil a partir da metodologia civil constitucional, somente seria viável a partir de uma previsão legislativa anterior.

Realmente, a aplicação de uma pena civil sem fundamento legal parece desconstruir toda a fundamentação até aqui exposta, contrariando a demonstrada transformação dos princípios filosóficos e pressupostos da responsabilidade civil até a contemporaneidade. Seria realmente um regresso ao Estado Moderno. *A priori*, a indenização estaria sujeita à extensão do dano e à restituição do equilíbrio rompido com o dano, é o que conclui Paulo de Tarso Sanseverino (2010):

A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não se podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real). (SENSEVERINO, 2010, p.58)

O problema é que, ainda que se garanta a reparação integral da vítima quanto aos danos tradicionalmente identificáveis pelo direito, continua inquietante o fato de que o cálculo de utilidade seja realizado por empresas, e que vidas humanas, e seu respectivo valor indenizatório, sejam considerados como custos a fim de que sejam tomadas decisões gerenciais com um único e exclusivo objetivo: o lucro. Tal visão justamente subverte um dos pressupostos da metodologia do Direito Civil Constitucional que é a funcionalização das situações patrimoniais às situações existenciais, e não o contrário.

Se há um fundamento de solidariedade na sociedade, este não é observado nessas oportunidades. Se essa situação parece hipotética, um caso recente a trouxe para o mundo real. Recentemente foi divulgada pelos principais jornais do país a notícia de que a Vale do Rio Doce computou todos os custos indenizatórios no caso do rompimento de uma barragem no Córrego do Feijão, em Brumadinho - MG (AMÂNCIO; PAMPLONA; VETTORAZZO; 2019). A Vale acabou adotando o modelo de barragem a montante no local, mais barato e menos seguro, sendo que referido modelo foi banido no Chile, país de relevante produção minerária, e, segundo especialistas, não seria indicado para o local (ZAREMBA, 2019).

Ainda que a Vale alegue que o estudo de custos em caso de catástrofe é uma rotina das inspeções de segurança geofísica, o fato é que, mesmo ciente dos riscos, da reduzida segurança e da não indicação do modelo para aquele local, decidiu pela construção da barragem a montante por critérios puramente econômicos, de redução de custos e maximização do lucro.

Claramente que diante da tragédia sem precedentes, das centenas de vidas perdidas, do desastre ambiental incalculável e dos efeitos reflexos ainda não calculados, a reação automática é recorrer à justiça corretiva, à sanção, ao crime e castigo. A punição civil mostrou-se como um prato a ser devorado.

Pois bem, mesmo nos Estados Unidos, onde os *punitive damages* se desenvolveram justamente para hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de atos praticados sob a égide de um elemento semelhante ao dolo, a punição não se mostra mais tão eficaz (MARTINS-COSTA; PARGENDLER; 2005). As empresas estadunidenses, cientes do modelo de responsabilidade punitiva, passaram a contratar seguros de responsabilidade civil que impedem que a empresa seja levada à *banca rotta*. O capital sempre encontrará um jeito de se proteger. Cabe ao Direito Civil, portanto, tendo como elemento central a pessoa, promover a tutela das vítimas e, desde já, a responsabilização preventiva e a supressão do lucro

decorrente do ilícito. Não se trata de opor pessoa e capital, mas não permitir que a pessoa passe a ser instrumento de guarida de situações patrimoniais, invertendo-se a hierárquica axiológica constitucional.

A teoria do lucro de intervenção é uma das soluções passíveis de adaptação. Nela, aquele que causa dano através da intervenção na esfera dos direitos alheios e desta intervenção retira lucros, deve ser condenado ao pagamento dos lucros que obteve com o ilícito. Uma teoria presente em um *locus* limítrofe entre a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa e que tem por objetivo justamente impedir que se torne:

[...] indiferente para o interventor escolher entre celebrar um contrato com o titular para uso ou aquisição do bem ou dele apropriar-se deliberadamente, pois, caso decida burlar a via negocial, somente terá que pagar, a título de indenização, o valor de mercado do referido bem. (SAVI, 2017, p. 275)

A teoria no excerto acima é trabalhada por Sérgio Savi em relações contratuais envolvendo o uso ou apropriação por uma pessoa de bens ou direitos economicamente aferíveis de outra, sem sua anuência, para fins de lucro. Tal raciocínio poderia certamente ser incorporado aos casos de exploração de direitos da personalidade de outrem.

No caso de Brumadinho, por exemplo, é fato que a Vale, ao desconsiderar os riscos envolvidos para as pessoas que ali trabalhavam, viviam, para todo o ecossistema daquela região intuiu no direito destes - à vida, à integridade física, ao meio ambiente preservado e equilibrado - e dessa ponderação de possibilidades acabou por escolher o lucro sobre a vida. Ao assim agir, a Vale obteve lucros decorrentes da criação de um risco eminente e calculado. Na ilicitude pela afronta aos direitos à vida, à integridade física, ao cadáver, ao meio ambiente preservado e equilibrado. Tais lucros, portanto, são ilícitos.

Se no caso da Vale houve esse cálculo, é possível pensar na hipótese de que deve a empresa ser condenada a restituir aquilo que ilicitamente lucrou sobre as vidas perdidas e os danos ambientais causados, além das indenizações pelos danos morais e materiais. A situação é diferente da hipótese em que a empresa houvesse tomado todas as providências necessárias, adotado a melhor técnica, e decidido pelo tipo mais seguro de barragem e mesmo assim, a tragédia fosse inevitável. Nesse caso, o agir não é ilícito, há dano, deverá ser reparado, mas o lucro obtido na operação decorreu de atividade lícita.

As consequências de danos ilícitos não podem ser as mesmas dos comportamentos permitidos, enunciou o Supremo Tribunal Federal ainda no século passado (BRASIL, 1965). Segundo Sérgio Savi (2017):

Para garantir que a violação a interesses dignos de tutela seja sancionada de maneira eficaz em casos como os acima narrados, é necessário, portanto, que o juiz imponha ao interventor uma obrigação de entregar ao titular do direito o lucro obtido através da indevida intromissão na esfera jurídica deste e que excederem os danos causados. (SAVI, 2017, p.277)

A utilização do termo *sancionada* pelo autor acima citado não retira a coerência teórica do estudo, visto que o enriquecimento sem causa é fator de imputação do dever de restituir aquilo que se lucrou indevidamente, sendo instituto inserido no regramento dos atos jurídicos unilaterais. Não se trata, portanto, de sanção, mas de regra decorrente do aumento injustificado do patrimônio do ofensor e não de redução do patrimônio do lesado. O fato que determina a entrega do lucro não é o dano, mas enriquecimento da parte à custa do direito de outra pessoa. Na teoria do lucro da intervenção, derivada dos desenvolvimentos do enriquecimento sem causa no direito alemão, a obrigação de restituir pertence à categoria do enriquecimento sem causa e não da responsabilidade civil, é esse o entendimento externado por Schreiber e Guia (2018). A partir da análise funcional das obrigações, a restituição do lucro ilícito estaria compreendida, portanto, no enriquecimento sem causa.

Por outro lado, em uma análise que compreende uma responsabilidade civil polifuncional e calçada em uma classificação baseada em eventos causais das obrigações, o lucro obtido a partir de um ilícito receberia tratamento dentro da disciplina da responsabilidade civil, como defendem Rosendal e Kuperman (2017e, em especial em ofensas aos direitos da personalidade, Teffé (2014). Tal ideia não significa adotar uma função punitiva, mas restitutória, com objetivo de restituir ao ofendido os lucros que foram indevidamente obtidos pelo ofensor à custa de violações à esfera patrimonial ou existencial que, axiomáticamente, é de titularidade do lesado.

A corrente que compreende ser o enriquecimento sem causa o *locus* ideal de sistematização do lucro da intervenção defende que se o lucro obtido superar o dano causado, não deverá por ele absorvido, então a ação indenizatória poderá ser manejada em conjunto com a de restituição do lucro obtido com o enriquecimento sem causa. Visto que a vedação à utilização de ação de enriquecimento quando da disponibilidade de outro meio processual aplica-se somente quando a outra ação puder alcançar o mesmo resultado ou um mais favorável que aquele alcançado pelo exercício da pretensão de restituição do enriquecimento produto do ilícito (SAVI, 2017).

É de se reconhecer, contudo, que a remoção ou restituição do lucro ilícito atende ao primado ético de solidariedade e de alteridade que fundamenta a responsabilidade por danos (FROTA, 2014). A discussão fica, portanto, à compreensão dos limites da responsabilidade por danos e das interações desta com o enriquecimento sem causa que a avizinha.

Reconhece-se que a previsão de Ripert se cumpriu, não pelos motivos que este previu, mas pelas consequências idealizadas. O cálculo de utilidade da lesão, que também pode receber a alcunha de pragmatização dos danos, é um risco considerável a ser combatido na realização do objetivo de construção de uma sociedade solidária, pautada na justiça social e que privilegia a promoção e tutela da pessoa em sua integral dignidade.

A Responsabilidade por Danos mostra-se apta a responder às questões contemporâneas, através do alargamento da noção de danos, da eliminação da necessidade de discussão da culpa ou risco como critério de imputação, mitigação dos filtros e das transformações conceituais do nexos de causalidade. A solução para que os lucros ilícitos fossem removidos ou restituídos através da responsabilidade por danos – isto é, conforme a corrente do Direito de Danos (MADERO, 2002) – seria, para manter a coerência teórica, alargar o conceito de dano para reconhecer como integrante das consequências danosas os benefícios obtidos pelo ofensor com a lesão. E não se estaria aqui falando em punição, mas em restituição. Isso porque para o Direito de Danos, conforme as bases de sua construção teórica a responsabilidade civil, só existiria frente à existência de um dano (ZANNONI, 1982).

O Direito de Danos ainda comportaria um segundo caminho frente à pragmatização dos danos. A tutela da vítima é a primazia da responsabilidade por danos. Não cabe, segundo a visão teórica do Direito de Danos, punir ou perseguir. Apenas lhe cabe buscar elevar o conceito de pessoa através da devida proteção e principalmente da precaução e prevenção.

O desenvolvimento de uma teoria de responsabilidade de precaução ou preventiva evidencia-se elementar para o combate à pragmatização do dano através dos cálculos utilitaristas. O manejo de tutelas contra o dano em potencial ou o dano iminente é medida que também reclama espaço:

Destarte, algumas tendências podem ser extraídas da proposição de uma responsabilidade por danos: [...] c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção, prospectivamente, diante da crescente socialização dos riscos, das imprevisibilidades, dos perigos e do incremento dos casos de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa - haja vista a repersonalização do direito civil e do consumidor, também lastreada nos princípios da adequada reparação, da prioridade da vítima e da solidariedade. (FROTA, 2014, p. 230)

A precaução e a prevenção podem ainda ser promovidas pela criação de fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para danos recorrentes, pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, ação direta contra o segurador do lesante, entre outros. (FROTA, 2014).

Verifica-se, assim, que conquanto tenha o capital sistematizado as lesões através de um princípio utilitarista de cálculo, de certa forma aproximando-se da crítica de Ripert ao abandono da culpa, não se pode imputar à teoria objetiva da responsabilidade civil essa consequência. Trata-se de uma consequência lógica de mercado. É da natureza do capital a persecução do lucro, muitas vezes a qualquer custo. Se o objetivo perseguido é aquele previsto na Constituição de construir uma sociedade solidária, com base na alteridade, com justiça social e com a pessoa como ponto central, é preciso pensar em uma responsabilidade por danos que esteja apta a combater o utilitarismo do dano. Se mudar o pensamento do capital é difícil, que ao menos seu comportamento possa ser influenciado através da restituição dos lucros injustamente obtidos aos titulares dos direitos que foram lesados para a percepção de tais frutos.

Para tanto, tomando o Direito de Danos como pano de fundo teórico, seria necessário um alargamento do conceito de dano para compreender entre suas consequências também os lucros obtidos pelo ofensor com a lesão, um verdadeiro terceiro método de cálculo do dano patrimonial (SCHREIBER; SILVA, 2018) e extrapatrimonial.

Ainda, o foco da responsabilidade por danos em mecanismos de precaução e prevenção é necessário. Se a indenização – pós-dano – não se tem mostrado apta a controlar o crescimento desenfreado dos danos, a adoção de novas figuras, como a responsabilidade por dano em potencial ou por dano eminente e a restituição dos luros ilícitos, mostram-se de suma importância para que o sistema de responsabilidade construído desde a República Velha no Brasil continue a se transformar, a fim de atender, a cada vez mais, ao fim de promoção da pessoa e de sua dignidade, tal qual previsto na Constituição que direciona os rumos do Direito Civil Contemporâneo.

O fato é que no Direito de Danos compreendido a partir da metodologia do Direito Civil Constitucional – tomado nesse artigo como premissa a par de se reconhecer as diferentes visões quanto às consequências da metodologia do Direito Civil Constitucional para a responsabilidade civil, aqui não abordadas pela delimitação metodológica estabelecida – a lógica funcional é de que as situações patrimoniais (lucro) devem ser funcionalizadas às

situações existenciais (pessoa) de forma que a pragmatização do dano, especialmente do dano à pessoa, deve ser combatida sob pena de se inverter essa ordem axiológica estabelecida constitucionalmente.

A Constituição reconhecida enquanto norma estabelece a dignidade da pessoa humana como valor guia e unificadora de todo o ordenamento (art. 1º, III) e a construção de uma sociedade solidária como objetivo (art. 3º, I), de forma que qualquer visão da responsabilidade civil a partir da metodologia do Direito Civil Constitucional deve observar tais valores.

O Direito de Danos pode colocar-se frente à pragmatização dos danos de duas maneiras: alargando o conceito de dano para alcançar os lucros ilicitamente obtidos pelo ofensor a partir da lesão; e/ou desenvolvendo lógicas preventivas de danos, evitando, assim, que este se concretize.

## 6 CONCLUSÃO

O sistema de responsabilidade civil clássica no Brasil foi coerente com os aspectos sociais e políticos de sua época e refletiu os interesses da elite dominante. Seguindo a orientação liberal, e com base em uma filosofia individualista, a responsabilidade civil clássica tinha na culpa seu critério de imputação, construindo uma justiça corretiva e que refletia, como no Direito Civil em geral, o patrimônio como elemento de centralidade. Em suma, a responsabilidade civil clássica trazia, além dos anseios da elite oligárquica, patriarcal e agrária, os aspectos do Estado Moderno e das codificações européias advindas de países já com esta forma de organização.

As transformações socioeconômicas demandaram mudanças no regime de responsabilidade civil subjetiva clássico. Paulatinamente, a culpa foi abandonada dando lugar ao risco como fator de imputação de responsabilidade. A balança da responsabilidade civil passava a pender em favor da vítima. Além disso, o pilar filosófico da responsabilidade objetiva passou para a utilidade social e para a justiça distributiva, juntamente com a passagem do Estado Moderno para o Estado Social. A responsabilidade objetiva ampliou a proteção da vítima e sua tutela, contudo, a imutabilidade do Código Civil até 2002 colaborou para a manutenção do *status quo*. A pessoa, entretanto, foi tomando seu espaço como

elemento central do Direito Civil, provocando necessidade de alterações nos institutos do direito privado.

Os tempos de pós-modernidade, que marcam o Estado Democrático de Direito ao mesmo tempo e que trazem o reconhecimento da força normativa das Constituições, dos princípios e a eficácia direta dos direitos fundamentais, trazem incerteza, insegurança e um aumento exponencial nas situações lesivas em razão do avanço da tecnologia e das mudanças sociais experimentadas. Diante de um novo cenário também o Direito Civil se transforma: perde seu lugar central que passa a ser ocupado pela Constituição, que orienta e unifica o ordenamento. A pessoa, eleita o vértice axiológico constitucional, passa definitivamente ao lugar central do Direito Civil e reclama pela efetivação de seus direitos fundamentais, em especial de sua dignidade.

O Direito Civil liberal e individualista é superado. A dicotomia estanque entre Público e Privado dá lugar a um sistema axiologicamente unificado pela Constituição. A partir disso tomam-se como premissas os valores constitucionais, a funcionalização do *ter* ao *ser*, e a construção de uma hermenêutica voltada à realização substancial da Constituição e não apenas na validação formal das leis que a ela estão subordinadas.

A responsabilidade civil, a partir dessa ótica, transforma-se novamente, passando a ser reconhecida, pelos adeptos dessa corrente, como Direito de Danos. Segundo o Direito de Danos a responsabilidade civil sofre alterações de seus pressupostos ético-filosóficos, jurídicos e sociológicos passando a fundar-se na ética da solidariedade, na alteridade, na justiça social, na tutela da vítima, no rompimento com a culpa e o com o dolo, na prioridade da precaução e da prevenção, e na substituição do nexo de causalidade por outras regras de imputação com mitigação das excludentes. O objetivo do Direito de Danos é primordialmente a tutela da pessoa e a promoção de sua dignidade a partir da integral reparação dos danos. A perspectiva de investigação da conduta é alterada, deixando a conduta do lesante para se concentrar no dano. A proposta teórica nesses aspectos mostra-se condizente com o momento social, com o Estado Democrático de Direito e com o pós-positivismo.

Por outro lado, a pragmatização do dano ocorre através da realização de cálculos de utilidade onde a responsabilidade civil é mecanizada em detrimento da proteção integral da pessoa e do sacrifício de sua dignidade, a missão da responsabilidade por danos é buscar meios, teoricamente coerentes e que estejam de acordo com seus pressupostos, que sirvam a combater esse fenômeno, a evitar que se esvazie o sentido da responsabilidade. A premissa

da funcionalização das situações patrimoniais às situações existenciais é invertida, colocando-se a pragmatização do dano como um dado estranho e incoerente frente à metodologia do direito civil constitucional.

Tomando como pano de fundo a teoria do Direito de Danos, mostram-se como alternativas viáveis o tratamento do lucro de intervenção para restituição à vítima de lucros indevidamente obtidos através de lesão aos seus direitos, desde que alargado o conceito de dano para alcançar os ganhos realizados pelo ofensor com o ilícito, atentando-se à reparação integral dos danos à vítima e o reequilíbrio social. E, ainda, o estabelecimento de um sistema de responsabilidade baseado em mecanismos precaução e prevenção, com medidas prospectivas, a fim de não só reparar integralmente os danos, mas evitar que estes venham a se concretizar, em uma necessária atuação *ex ante* e não apenas *ex post facto*.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AMÂNCIO, Thiago; PAMPLONA, Nicola; VETTORAZZO, Lucas. Em documento, Vale projetou mortes, custos e até causas possíveis de colapso: Empresa afirma que fazia manutenção de barragem e defende que estrutura não estava em risco. *Folha de São Paulo*, São Paulo, jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/em-documento-vale-projetou-mortes-custos-e-ate-causas-possiveis-de-colapso.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2019.

AMARAL, Francisco. Código Civil e interpretação jurídica. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 47-66, jan. 2014.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Fundamentos filosóficos da responsabilidade civil: mapa para uma discussão. In: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 15-26.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Série Colóquios de Excelência. Brasília: Edições Câmara, 2012. v. 2.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso Extraordinário 56904/SP*. 1) Para efeito de direito autoral, a tradução é obra autônoma. Sua proteção jurídica não desaparece por ter caído no domínio público a obra original, de que se poderão fazer outras traduções (C. Civ., art. 652). 2) Na tradução anotada e comentada por outrem, o silêncio do tradutor quanto à reimpressão não acarreta nem dispensa o consentimento do comentador (C. Civ., art. 653). [...] Recorrente: José Honório Rodrigues. Recorrida: Livraria Martins Editora S.A. Relator: Min. Victor Nunes, 6 de dezembro de 1965. *Seção de Jurisprudência*, Brasília: [s.n.], 5 out. 1966 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=155098>. Acesso em 29 mar. 2019.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: teatro de sombras*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto político de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103222>. Acesso em: 04 abr. 2019.

CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 48, p. 69-84, out. 2003.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Um Código "social" e "impopular": uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916)*. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/29327>. Acesso em: 30 mar. 2019.

DEL NERO, João Alberto Schützer. "Do Estado liberal" ao "Estado social": o caso do Direito Privado? *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília: Nova Série, v. 3, p. 43-63, jan. 1997.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé enquanto dever geral de conduta*. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 45-73.

FACHIN, Luiz Edson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES

JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código Civil. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FORTES, Pedro Rubim Jorge. The Phenomenon of Lucrative Illegality. *Journal of the Oxford Centre for Socio-legal Studies*, Oxford, n. 1, 2015. Disponível em: <https://joxcsls.com/2015/10/12/issue-no-1/>. Acesso em: 10 ago. 2017.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 87, p. 93-122, mai. 2013.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 11, p. 349-358, abr. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976. Coleção Studium.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In.: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov (Orgs.). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: SÁ, Maria Fátima Freire de; FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Orgs.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.

MADERO, Jaime Fernández. *Derecho de daños: nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 741, p. 11-37, jul. 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 789, p. 21-47, jul. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, v. 28, p. 15-32, jan. 2005.

MONATERI, Pier Giuseppe. Natureza e finalidades da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 112, p. 1-34, jul. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Novo manual de responsabilidade civil*. Salvador: JusPodivm, 2019.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

RIPERT, Georges. *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. Paris: LGDJ, 1949.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do Século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, Coimbra, a. 143, v. 2, p. 43-66, ago. 2011.

ROSEVALD, Nelson; KUPERMAN, Korman Bernard. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, a. 6, n. 15, p. 11-31, jan./abr. 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVI, Sérgio. Lucro da intervenção. In: MILAGRES, Marcelo; ROSEVALD, Nelson (Orgs.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 273-286.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7815>. Acesso em 21 jan. 2020.

SEGUÍ, Adela Maria. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, p. 267-318, out./dez. 2004.

SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1974.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILHENA, Oscar. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, p. 81-94, mar. 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.

ZAREMBA, Júlia. Mais barato, modelo de barragem usado em Brumadinho foi proibido no Chile: Projeto de lei em MG tenta vetar método de construção, considerado o menos seguro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, jan. 2019. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/mais-barato-modelo-de-barragem-usado-em-brumadinho-foi-proibido-no-chile.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2019.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO JORNALISTA E DO MEIO DE COMUNICAÇÃO NO QUAL DESEMPENHA SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL

### *CIVIL LIABILITY OF THE JOURNALIST AND THE MASS MEDIA IN WHICH HE PERFORMS HIS PROFESSIONAL ACTIVITY*

Fabricio Germano Alves;<sup>1</sup>

Elias Jacob de Menezes Neto;<sup>2</sup>

Wagner Franklin da Costa.<sup>3</sup>

**Resumo:** Este estudo trata da responsabilidade civil do jornalista e do meio de comunicação no qual este desempenha sua atividade profissional. Uma das principais discussões que serão abordadas diz respeito ao conflito entre liberdade de expressão (art. 5º, IV e XIV, além do art. 220, ambos da Constituição Federal) e imprensa (art. 220, §1º da Constituição Federal) com os direitos à personalidade (art. 5º, X da Constituição Federal). Em meio a isto, objetiva-se delimitar os critérios que devem ser utilizados para a definição da responsabilização civil do jornalista por suas manifestações, bem como do meio de comunicação que as veicula. Os procedimentos metodológicos consistem em pesquisa base, com abordagem qualitativa e indutiva, com objetivo descritivo, ademais usou-se de pesquisa bibliográfica, cujo propósito é propor avaliação formativa. Conclui-se que a responsabilidade civil decorrente da atividade jornalística é do tipo solidária, entre o jornalista e o meio de comunicação ao qual esteja vinculado, e de natureza subjetiva.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Jornalismo. Liberdade de expressão. Liberdade de imprensa. Direitos da personalidade.

---

<sup>1</sup> Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo pela UNP. Especialista em Docência no Ensino Superior pelo FMU. Mestre em Direito pela UFRN. Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) Espanha. Professor da Graduação e Pós-Graduação da UFRN.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, especialização em Estatística Aplicada, mestre e doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Tem experiência na área de Direito e Inovação Tecnológica, com ênfase em novas tecnologias da informação, atuando principalmente nos seguintes temas: Ciência de Dados no Direito; transparência pública; inovação e desenvolvimento tecnológico; elaboração de aplicações de TI para o Direito. Professor efetivo da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenador do Laboratório de Governança Pública da UFRN. Bolsista de Inovação Jurídica da Escola Nacional de Administração Pública. Coordenador da Especialização em Direito da Inovação Tecnológica do Instituto Metrópole Digital/UFRN.

<sup>3</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bolsista de iniciação científica.

Artigo recebido em 19/06/2019 e aprovado para publicação em 28/09/2020.

**Abstract:** This study deals with the civil liability of the journalist and the media in which he performs his professional activity. One of the main discussions that will be addressed in this study concerns the conflict between freedom of expression (art. 5, IV, XIV and art. 220, both of the Federal Constitution) and the press (art. 220, §1, Federal Constitution) with the rights to personality (art. 5, X, Federal Constitution). In this context, the aim of this paper is to delimit the criteria that should be used to define the journalist's civil responsibility for his manifestations, as well as the means of communication that convey them. The methodological procedures consist of basic research, with a qualitative and inductive approach, with a descriptive objective, in addition to using bibliographic research, whose purpose is to present a formative evaluation. The civil liability arising from the journalistic activity is concluded to be of the solidarity type between the journalist and the media to which he is linked and of a subjective nature.

**Keywords:** Civil liability. Journalism. Freedom of expression. Freedom of the press. Personality rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Este estudo trata da responsabilidade civil do jornalista, quando desempenha sua atividade profissional isoladamente como profissional liberal ou vinculado a algum meio de comunicação. Nesse contexto, serão abordadas as questões referentes aos casos em que se deve responsabilizar o jornalista, quando o exercício da liberdade de expressão (artigo 5º, IV e XIV, além do artigo 220, ambos da Constituição Federal) e de imprensa (artigo 220, §1º da Constituição Federal) se tornam libertinagem, passando a ofender os direitos de outrem. Além disso, discute-se no presente trabalho também se a entidade empresarial do ramo da comunicação que contrata o jornalista tem alguma responsabilidade pelo conteúdo criado por ele, e em caso positivo, qual seria a forma de responsabilização.

No contexto atual, a definição do sistema de responsabilização dos jornalistas mostra-se de suma importância, uma vez que se trata de um profissional que é responsável por divulgar, investigar e comunicar eventos relevantes para as sociedades, sendo seu ofício fundamental ao bom funcionamento da democracia. Nesse viés, os jornalistas podem ser analogamente considerados como os “olhos” e “ouvidos” das próprias sociedades. Por conseguinte, torna-se interesse de toda a população que as informações sejam transmitidas pelos jornalistas sem quaisquer atos de irresponsabilidade que causem ofensas pessoais ou a determinados grupos, devendo sempre serem responsabilizados na medida dos excessos cometidos.

A problemática geral existe quanto ao eterno conflito entre liberdade de expressão e de imprensa com os direitos da personalidade. Por outro lado, a discussão se particulariza quanto a questões como: o jornalista deve responder pelas suas publicações enquanto profissional liberal? Se este profissional trabalhar vinculado a um jornal, uma entidade empresarial do ramo midiático ou em um site, a responsabilidade civil será solidária entre jornalista e o meio de comunicação? A responsabilidade nestes casos envolvendo este profissional deve ser objetiva ou subjetiva?

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a forma de aplicação da responsabilidade civil do jornalista por suas publicações enquanto profissional liberal e quando atua vinculado a um veículo de comunicação, *v.g.*, um jornal. Outrossim, almeja-se estudar qual o tipo de responsabilização deve ser aplicado em cada caso, observando, ainda, a tensão entre liberdade de expressão e imprensa frente aos direitos da personalidade.

Como procedimentos metodológicos, tem-se uma pesquisa base, pois busca as causas geradoras da responsabilização, destacando uma fundamentação teórica que sirva para futuras interpretações; com abordagem qualitativa, analisando-se os atributos dos objetos estudados; e indutiva, pois dispõe de julgados de casos específicos para se generalizar e definir critérios aplicáveis aos demais casos; com objetivo descritivo, identificando e descrevendo padrões de julgamento, discorrendo acerca da liberdade de expressão em contraste com os direitos da personalidade. Ademais usa-se de pesquisa bibliográfica, priorizando-se livros, artigos e outros trabalhos monográficos, cujo propósito é propor avaliação formativa, analisando os critérios já usados pelos juristas.

Este estudo encontra-se organizado em três partes principais: a primeira com foco na responsabilidade civil, seus pressupostos e legislação; a segunda voltada para a regulamentação específica aplicável a atividade jornalística; e a terceira parte se destina à análise de jurisprudência acerca de casos de responsabilização civil dos jornalistas.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO JORNALISTA QUANTO A SUAS PUBLICAÇÕES**

A responsabilidade civil é originada pelo descumprimento de uma obrigação, gerado por uma ação ativa ou negativa, ao não se cumprir uma regra contratual, ou ao não se ter em vista um preceito normativo regulador da vida (determinada pessoa descumprindo tal

preceito)<sup>4</sup>. No primeiro caso de descumprimento da obrigação, ocorre a chamada responsabilidade civil contratual, pois se descumpre um preceito estabelecido em contrato<sup>5</sup>. Já o segundo caso, refere-se à responsabilidade civil extracontratual, por se tratar de violação de preceito que não fora especificado em um contrato<sup>6</sup>.

Tal instituto tem como base o princípio do *neminem laedere*, este gera um dever para que as ações dos agentes não lesem direito alheio<sup>7</sup>. A partir disso, entende-se que, ao ocorrer qualquer tipo de dano (*v.g.*, moral, patrimonial ou estético) a responsabilização do ofensor é uma tentativa de reestabelecer o equilíbrio perdido, sendo este o foco da responsabilidade civil: gerar uma obrigação de indenizar um dano injustamente causado<sup>8</sup>. A indenização é dada pelo patrimônio do responsável ou dos responsáveis pela dívida. Neste último caso, todos respondem solidariamente, nos termos do artigo 942 do Código Civil<sup>9</sup>.

Esta noção de responsabilidade civil exige uma anterior atividade danosa de um agente que atua, *a priori*, ilicitamente e viola uma norma jurídica contratual ou legal preexistente à ação ilícita danosa, o que gera para o ofensor a obrigação de reparar o dano causado como efeito de sua conduta<sup>10</sup>.

A partir disso, ao analisar o artigo 186 do Código Civil<sup>11</sup>, observa-se que este dispõe sobre o cometimento de um ato ilícito por todos que injustamente violam o direito alheio, causando a esse terceiro um dano. Ao ter estabelecido que, para quem comete ato ilícito, pode-se interpretar o texto normativo contido no artigo 927 do mesmo Diploma legal<sup>12</sup>, o qual expressa que sobre aqueles causadores de dano a outrem, por meio de um ato ilícito, recairá a obrigação de reparar tal dano.

Existe, por conseguinte, um dever jurídico originário e um sucessivo. O primeiro é um dever jurídico preexistente ao dano, já o segundo é a o dever de indenizar gerado pela

---

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. único, p. 515.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 515.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 515.

<sup>7</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. único, p. 874.

<sup>8</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. único, p. 874.

<sup>9</sup> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, v. único, p. 872.

<sup>11</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>12</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

violação do dever primário<sup>13</sup>. Este segundo se confunde com a responsabilidade civil, pois esta consiste em um dever jurídico sucessivo, nascido no intuito de recompor um dever jurídico originário que foi descumprido e originou um dano<sup>14</sup>.

Para que haja essa responsabilização, são necessárias a configuração de quatro elementos: conduta humana, culpa genérica ou *lato sensu*, nexó de causalidade e dano ou prejuízo<sup>15</sup>. A conduta humana é um elemento subjetivo da responsabilidade civil, podendo ser comissiva ou omissiva voluntária ou uma conduta por negligência, imprudência e imperícia<sup>16</sup>.

O conceito de culpa deve ser compreendido a partir do seu sentido amplo, o qual inclui o dolo e a culpa estrita<sup>17</sup>. A culpa somente gera responsabilidade se decorrer de ação ou omissão humana<sup>18</sup>. Os artigos 186 e 927 do Código Civil instituem a responsabilidade civil subjetiva, cuja base é a culpa<sup>19</sup>, como regra. Todavia, existem casos em que a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa, como na maioria dos casos relacionados ao Direito das Relações de Consumo, danos ambientais, entre outros<sup>20</sup>.

A culpa, *lato sensu*, pode ser configurada a partir de uma conduta dolosa, quando o agente tem a intenção de praticar o ilícito ou quando simplesmente não se importa com os efeitos danosos de sua conduta<sup>21</sup>. Ambos os casos são regidos pelo *princípio da reparação dos danos*, como expresso no artigo 944, *caput* do Código Civil<sup>22</sup>, sem que haja

<sup>13</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 4, p. 24.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. único, p. 535.

<sup>16</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. único, p. 535-536. No mesmo sentido: MEDEIROS, Paula Raquel Dias de. *Responsabilidade civil do comunicador social que causa dano a terceiros no exercício da sua profissão*. 2017. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2017, p. 8.

<sup>17</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. único, p. 535-536.

<sup>18</sup> ROCHA, Izadora Mayara Silva da Silveira. *A responsabilidade civil das incorporadoras imobiliárias e das construtoras pelo atraso na entrega de imóveis adquiridos na planta*. 2014. 94f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014, p. 66.

<sup>19</sup> CAMARGOS, Pedro Henrique Freire. *A responsabilidade civil da mídia pela pré-condenação do sujeito noticiado: o caso do suposto estupro na festa de réveillon*. 2017. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 34-35.

<sup>20</sup> CASTRO, Carolina Pinho de. *Novos paradigmas da responsabilidade civil brasileira: o dano social*. 2017. 71 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 27.

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. único, p. 910.

<sup>22</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

necessariamente equidade no cálculo da indenização. Em sentido diverso, a conduta pode ser culposa, no momento em que, sem intenção de lesar a outrem, omite-se o agente de agir de modo a evitar os efeitos negativos, além dos casos em que o age com negligência, imprudência e imperícia. Nesses casos a indenização é calculada de acordo com a equidade, ao contrário do caso de dolo<sup>23</sup>, valendo-se também do *princípio da reparação dos danos*, como se verifica nos artigos 944 e 945 do Código Civil<sup>24</sup>.

No caso dos jornalistas, a classe almeja a consolidação de um sistema de responsabilização subjetiva, no qual o jornalista precisaria ter tido conhecimento da inveracidade da matéria ou a intenção de gerar o dano para que fosse responsabilizado<sup>25</sup>. Contudo, entende-se ser necessário à imprensa, por conseguinte ao jornalista, que verifique a veracidade do que noticia e a legalidade da publicação da notícia, pois o direito constitucional de informar e de ser informado (artigo 5º, IV e XIV da Constituição Federal) depende desse aspecto<sup>26</sup>. Entretanto, a desde a edição da Lei nº 5.250/1967 (atualmente revogada), a responsabilização dada ao jornalista foi natureza subjetiva, tendo em vista que este profissional tem que noticiar fatos com caráter tão célere que praticamente o impossibilitaria de comprovar a sua veracidade. Ademais, com a Constituição Federal de 1988, a liberdade de imprensa e expressão passam a ser mais resguardados e protegidos, o que de certa forma reforçou a natureza subjetiva na responsabilização do jornalista em oposição ao sistema de responsabilidade objetiva.

Outro elemento da responsabilidade civil o dano, que é o prejuízo ou lesão em si, como o déficit causado pela ofensa, seja um prejuízo a direito patrimonial ou não, gerado por conduta positiva ou negativa do ofensor<sup>27</sup>. Enquanto a culpa é relacionada à análise para definir se o agente ofensor teve ou não a intenção de causar a lesão, o dano constitui a própria lesão.

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. único, p. 910-912

<sup>24</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

<sup>25</sup> ANDRIOTTI, Caroline Dias. A responsabilidade civil das empresas jornalísticas. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 336.

<sup>26</sup> CAMARGOS, Pedro Henrique Freire. *A responsabilidade civil da mídia pela pré-condenação do sujeito noticiado: o caso do suposto estupro na festa de réveillon*. 2017. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 18.

<sup>27</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, v. único, p. 896.

A lesão pode ser com ou sem repercussão patrimonial na vítima. Os que a possuem são os danos patrimoniais, os que não a possuem são os danos morais ou extrapatrimoniais, que atingem os direitos da personalidade do indivíduo<sup>28</sup>. Os danos patrimoniais podem gerar indenização por dano emergente e lucro cessante, como expresso no artigo 403 do Código Civil<sup>29</sup>. No caso dos danos morais ou extrapatrimoniais, por não serem um dano pecuniário, a indenização assume um papel de compensação material ao lesado, definindo-se com base na régua lésbia da equidade a proporção da indenização em relação ao dano<sup>30</sup>. Esse último é o dano mais propenso a ser causado por jornalistas, afinal seus atos profissionais têm o condão de causar mais facilmente danos a direitos subjetivos como honra e imagem (artigo 5º, X da Constituição Federal) dos indivíduos.

O quarto e último elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, considerado o elemento imaterial da responsabilidade civil. Este é o que forma o vínculo causa e resultado entre conduta culposa (*lato sensu*) e dano ou prejuízo<sup>31</sup>. Sem tal ligação, não se verifica que a conduta do indivíduo está relacionada com o dano, não havendo, portanto, dever de indenizar<sup>32</sup>.

No contexto da atuação do jornalista, surge o questionamento de como se daria o sistema de responsabilidade civil quando ele atua vinculado a uma entidade empresarial do ramo da comunicação, *v.g.*, um jornal. Seria a entidade solidariamente responsável pelas condutas do jornalista causadoras de dano? O sistema de responsabilidade seria de natureza subjetiva ou objetiva?

Sobre esse questionamento já houve um entendimento segundo o qual quem deveria figurar no polo passivo da responsabilização civil, exclusivamente, assumindo o dever de restituir a vítima pelos danos causados pela imprensa, deveria ser quem lucra com a atividade, ou seja, a entidade empresarial, restando a ela apenas o direito de regresso contra o autor da

---

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 4, p. 54.

<sup>29</sup> Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

<sup>30</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, v. único, p. 910.

<sup>31</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. único, p. 545.

<sup>32</sup> Sobre as hipóteses de exclusão do nexo causal ver: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

mensagem danosa<sup>33</sup>. Em contraponto, já se entendeu também que seria o caso de responsabilidade solidária entre a entidade empresarial que lucra com a comunicação social e o autor da mensagem<sup>34</sup>.

A partir dessa divergência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou entendimento de que todos os agentes que concorrem para que a notícia danosa seja publicada na imprensa podem ser requeridos a ressarcir o dano à pessoa lesionada<sup>35</sup> (Súmula n° 221)<sup>36</sup>. Portanto, podem ser responsabilizados e obrigados a reparar o dano gerado por publicação na imprensa tanto o autor da mensagem (o jornalista) quanto a entidade perante a qual o autor encontra-se vinculado (jornal).

Atualmente ainda existe discussão doutrinária a respeito da sistemática de responsabilização dos jornalistas e dos veículos de divulgação com os quais encontram-se vinculados. Há entendimento no sentido de que os lesionados, para que alcancem a responsabilização do jornalista causador da lesão, devem demonstrar a sua culpa (responsabilidade civil subjetiva), deixando comprovado que ele já conhecia ou deveria ter discernimento para identificar inveracidade noticiada. E ainda, para que seja preservada a liberdade de imprensa<sup>37</sup>, caberia também à vítima que pleiteia a responsabilização provar a inveracidade. Em contrapartida, há entendimento no sentido de que a responsabilização civil seria subjetiva para o jornalista e objetiva para a imprensa, mesmo com a não recepção da Lei n° 5.250/1967, fundamentando-se no fato de que a atividade da imprensa envolve como risco inerente o dano a direitos da personalidade dos indivíduos (teoria do risco)<sup>38</sup>.

Apesar da existência dos quatro elementos básicos que permitem a configuração da responsabilização civil, considerando que os casos das atividades desenvolvidas pelos profissionais da comunicação social possuem peculiaridades advindas da tênue diferenciação entre a responsabilização e a censura antidemocrática, o legislador pátrio optou por instituir também uma regulamentação específica. Nesse contexto, pode-se questionar se nela haveria

<sup>33</sup> BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Responsabilidade civil por danos causados pela imprensa. *Raízes Jurídicas: Revista de Graduação e Especialização em Direito*, Curitiba, v. 3, n. 2, p.525-544, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/191>. Acesso em: 01 fev. 2019. p. 532.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 532.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 533.

<sup>36</sup> "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 221*. Segunda Seção. Julgado em: 12/05/1999. DJ 26/05/1999.

<sup>37</sup> ANDRIOTTI, Caroline Dias. A responsabilidade civil das empresas jornalísticas. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 336.

<sup>38</sup> ROSSI, Carolina Nabarro Munhoz; MELLO GUERRA, Alexandre Dartanhan de; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 418-424.

alguma mudança relevante quanto aos pressupostos apresentados, uma resposta definitiva capaz de solucionar as discussões acerca da responsabilização civil do jornalista, se essa regulamentação aborda expressamente a possibilidade de responsabilização solidária da entidade empresarial que contrata o jornalista ou ainda a respeito da natureza (subjéctiva ou objectiva) do sistema de responsabilidade civil.

### 3 REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DA PROFISSÃO DE JORNALISTA

Inicialmente, é preciso observar a importância da liberdade de imprensa e dos comunicadores sociais na Constituição Federal. O Constituinte de 1988 filiou-se a uma corrente democrática para superar o regime antidemocrático anterior, promovendo esforços para que as liberdades dos cidadãos fossem protegidas dos excessos estatais<sup>39</sup>. Assim, instituiu diversos dispositivos sobre a liberdade de expressão (artigo 5º, IV, V, IX e XIV da Constituição Federal), mas privilegiou, ao mesmo tempo, a liberdade de imprensa com dispositivo próprio (artigo 220 da Constituição Federal)<sup>40</sup>, que pode ser considerado o núcleo de qualquer regulamentação acerca da actividade jornalística.

A Constituição Federal instituiu de maneira expressa a liberdade de comunicação social ao dispor que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição” (artigo 220, *caput* da Constituição Federal). Assim, foi garantido ao jornalista o direito constitucional de exercer a sua liberdade de comunicação de forma ampla, desde que não venha a ofender outros dispositivos da própria Constituição Federal. Inclusive o legislador Constituinte determinou ainda que “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (artigo 220, §1º da Constituição Federal), respeitando-se limites impostos pelos direitos da personalidade (artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV da Constituição Federal). Consta ainda na Constituição Federal uma vedação expressa de “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (artigo 220, §2º da Constituição Federal).

<sup>39</sup> TEOPHILO, Maria Raphaella Burlamaqui. *Liberdade de expressão e protecção dos direitos humanos na internet: reflexos do discurso de ódio nas redes sociais e a acção #Humanizaredes*. 2015. 78 f., il. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 17.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 18.

Quanto à regulamentação específica da profissão de jornalista, durante o regime ditatorial, sancionou-se a Lei nº 5.250/1967<sup>41</sup>, que dispunha acerca da liberdade de manifestação de profissionais e entidades empresariais do ramo da comunicação, com Capítulo específico sobre a responsabilidade civil (Capítulo VI). Contudo, essa disposição normativa foi declarada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009<sup>42</sup>. Devido a isso, a referida legislação não estaria mais apta a fundamentar nenhum recurso ou ação de indenização<sup>43</sup>.

No que tange ainda à regulamentação específica, existe também o Decreto-lei nº 972/1969<sup>44</sup>, que dispõe sobre o exercício da profissão dos jornalistas e o Decreto nº 83.284/1979<sup>45</sup>, que regula o Decreto-lei último. Entretanto, nenhum dos dois possui referência em seu texto acerca da responsabilidade civil.

Os “Princípios Internacionais da Ética Profissional no Jornalismo”<sup>46</sup> são diretrizes internacionais declaradas pela quarta reunião consultiva de organizações internacionais e regionais de jornalistas profissionais, em Praga e Paris, no ano de 1983. Foram geradas pela concordância internacional como uma inspiração para códigos de ética nacionais<sup>47</sup>. Por não terem sido ratificadas pelo Brasil, não possuem eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, podem servir como diretrizes éticas.

O primeiro parâmetro de texto normativo para delimitar a responsabilização dos profissionais que atuam na seara jornalística seria a própria Constituição Federal<sup>48</sup>, pois tanto os jornalistas quanto às demais pessoas devem observância aos direitos da personalidade.

A Constituição Federal já assegurou dentre os direitos fundamentais o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido, além da possibilidade de indenização por danos

---

<sup>41</sup> BRASIL. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF: 130 DF*. Relator: Min. CARLOS BRITO. Data de Julgamento: 30/04/2009. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 05/11/2009 PUBLIC 06/11/2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag: 1421794 RJ 2011/0130842*. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento em 04/02/2014. T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2014.

<sup>44</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 972, de 17 de outubro de 1969*. Dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista.

<sup>45</sup> BRASIL. *Decreto nº 83.284, de 13 de março de 1979*. Dá nova regulamentação ao Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista, em decorrência das alterações introduzidas pela Lei nº 6.612, de 7 de dezembro de 1978.

<sup>46</sup> IMPRENSA, Associação Brasileira de. *Princípios Internacionais de Ética Profissional no Jornalismo*. Disponível em: <http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/principios-internacionais-da-etica-profissional-no-jornalismo/>. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* promulgada em 1988.

materiais, morais ou à imagem (artigo 5º, V da Constituição Federal), não sendo alternativos entre si<sup>49</sup>. No âmbito infraconstitucional o direito de resposta foi regulamentado pela Lei nº 13.188/2015<sup>50</sup>. Tal direito dá a possibilidade de a vítima redarguir a mensagem danosa exposta no meio de comunicação<sup>51</sup>. Trata-se de uma forma de reação da vítima perante os abusos realizados pela mídia, sejam eles feitos por um jornalista individualmente ou não.

Ademais, no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal está prevista a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. São justamente estes os direitos da personalidade que, quando violados, geram o dever de indenizar por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Note-se que só há esse dever de indenizar quando o resultado da conduta do agente passa de um mero dissabor para uma violação de direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Tais direitos da personalidade podem ser objeto de ações judiciais visando resguardar a dignidade humana, ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto<sup>53</sup>, nos termos do artigo 12 do Código Civil<sup>54</sup>. Ou seja, é possível que o jornalista que violou os direitos, seja alvo de uma ação pleiteando danos morais até mesmo do(a) companheiro(a) da pessoa lesada (Enunciado 275 da IV Jornada de Direito Civil)<sup>55</sup> ou dos demais herdeiros legitimados conforme dispõe o artigo 12, parágrafo único do Código Civil, desde que, após a morte do lesionado, possam provar o nexo de causalidade, o prejuízo e a culpa<sup>56</sup>.

Assim, pode-se afirmar que os direitos da personalidade constituem limites à atividade jornalística, afinal as publicações, quando dotadas de vícios e inverdades, podem gerar danos de diversas naturezas. Por isso, há a necessidade de se harmonizar a liberdade de expressão (artigo 5º, IV, V, IX e XIV da Constituição Federal) com os direitos da personalidade (artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV da Constituição Federal), pois o abuso e a

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 271.

<sup>50</sup> BRASIL. *Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015*. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 271.

<sup>52</sup> MEDEIROS, Paula Raquel Dias de. *Responsabilidade civil do comunicador social que causa dano a terceiros no exercício da sua profissão*. 2017. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2017, p. 10.

<sup>53</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 198.

<sup>54</sup> BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

<sup>55</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 275 da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/220>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>56</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 201.

exacerbação do exercício de quaisquer dos dois vai de encontro ao interesse social, seja no que diz respeito ao acesso à informação (artigo 5º, XIV da Constituição Federal) ou à proteção da honra e da intimidade (artigo 5º, X da Constituição Federal).

Apesar da existência de um certo vácuo legislativo quando se trata da regulamentação específica da responsabilidade civil decorrente da atividade jornalística, o Código Civil e a Constituição Federal possuem parâmetros gerais para o julgamento dos casos concretos pelos Tribunais. Entretanto, há na doutrina entendimento no sentido de que um vácuo legislativo específico seria um campo fértil para o ativismo judicial<sup>57</sup>, pois, o juiz não deixa de decidir por lacuna ou obscuridade legal (artigo 140 do Código de Processo Civil), sendo inclusive vedada a não decisão quando o Poder Judiciário é provocado (artigo 3º do Código de Processo Civil). Essa vedação é consubstanciada a partir do *princípio da inafastabilidade da jurisdição* (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal). Por isso, todo problema submetido a julgamento deve ser apreciado<sup>58</sup>. Nesse sentido, é possível afirmar que existe uma atividade criativa da jurisdição que se revela em duas faces: a regra jurídica para o caso concreto e a regra jurídica geral aplicável a outros casos similares, a *ratio decidendi*<sup>59</sup>.

A ação do Poder Judiciário é fundamental para a caracterização da responsabilização dos profissionais que atuam na comunicação social. A atividade judicante assume uma grande relevância na conformação da responsabilização civil do jornalista aos casos concretos na medida em que apresenta como se resolvem os pleitos com fundamento no ordenamento jurídico. Assim, a liberdade de imprensa é levada à apreciação dos Tribunais que por sua vez estabelecem a fronteira entre liberdade e libertinagem em cada caso concreto.

A liberdade de imprensa encontra-se prevista em diversos trechos da Constituição Federal<sup>60</sup>, a exemplo do artigo 5º, XIV, que trata do direito de todos ao acesso à informação, e do artigo 5º, IV, que dispõe sobre a liberdade de expressão. Paralelamente, o principal dispositivo que rege a liberdade de imprensa na Constituição Federal é o artigo 220, *caput* e §1º, por trazerem especificamente a impossibilidade de restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo,

<sup>57</sup> MEDEIROS, Paula Raquel Dias de. *Responsabilidade civil do comunicador social que causa dano a terceiros no exercício da sua profissão*. 2017. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2017, p. 6.

<sup>58</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 194.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 193-196.

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* promulgada em 1988.

observando-se o disposto na própria Constituição Federal, e proibição de disposições legislativas que venham a constituir “embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” observados a conformação com outros direitos constitucionais<sup>61</sup>.

No caso da responsabilidade civil jornalística, serão sempre diversos direitos fundamentais que estarão em conflito, tais como o direito à dignidade (artigo 1º, III da Constituição Federal), à personalidade (artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV da Constituição Federal), à liberdade de imprensa (artigo 220 da Constituição Federal) e à liberdade de expressão (artigo 5º, IV, V, IX e XIV da Constituição Federal). O próprio legislador Constituinte observou a necessidade de conformação para convivência pacífica entre os direitos da personalidade, intervindo por uma reserva legal qualificada para compatibilizar esses valores constitucionais, de acordo com o que se interpreta do artigo 220, §1º da Constituição Federal<sup>62</sup>.

Marx entende que na falta da liberdade de imprensa todas as outras liberdades, por conseguinte, são ilusórias, pois cada aspecto dessa liberdade condiciona os demais. Todos são faces do mesmo prisma, se uma face desse todo não existe, então o todo em si será uma ilusão. A falta de um aspecto da liberdade compromete as demais, por isso todas são necessárias ou nenhuma delas estará preservada<sup>63</sup>. Quando a liberdade de imprensa é negada, a própria liberdade como um todo é repudiada, a “não liberdade” se torna dominante<sup>64</sup>. Nesse espectro, destaca-se a relevância da atividade jornalística para a efetivação das liberdades.

O momento histórico atual exige de todos os profissionais, incluindo os jornalistas, uma reflexão sobre uma realidade social fluida. Esta reflexão deve pautar sua inserção nas sociedades com um compromisso verdadeiro com o destino do país, do povo e dos seres humanos em concreto<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> CAMARGOS, Pedro Henrique Freire. *A responsabilidade civil da mídia pela pré-condenação do sujeito noticiado: o caso do suposto estupro na festa de réveillon*. 2017. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 13.

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 208-209.

<sup>63</sup> MARX, Karl. *Liberdade de imprensa*. Trad. Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 87.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>65</sup> FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 13.

Para o Código de Ética dos Jornalistas<sup>66</sup>, tal compromisso seria com a verdade dos fatos, se guiando à precisa apuração dos acontecimentos e à sua correta divulgação (artigo 7º do Código de Ética profissional dos jornalistas). Afinal, é dever do jornalista, mas também do meio de comunicação ao qual eles se vinculam, a exposição precisa e correta da informação (artigo 2º do Código de Ética profissional dos jornalistas). Assume assim, o jornalista, o dever de respeito perante o direito à privacidade dos cidadãos (artigo 9º do Código de Ética profissional dos jornalistas). Quanto à responsabilização prevista neste Código de Ética, verifica-se que o jornalista é responsável pelo que expõe nos meios de comunicação, excetuando-se a hipótese de o seu trabalho tiver sido modificado por terceiros. Em todo caso, deve ser apoiado por entidades representativas da categoria (artigo 11 e 12 do Código de Ética dos Jornalistas).

Assim, agindo em conformidade com a lei e com a ética pode-se alcançar a paz, que é o objetivo do Direito. Tanto os direitos da personalidade quanto a liberdade de imprensa foram alcançados com a luta e ainda se mantém por intermédio dessa luta contra a injustiça<sup>67</sup>. Nesse contexto, torna-se necessário, pois, que os intérpretes do Direito, com base na Justiça (em punho a espada), com a força do *jus imperi*<sup>68</sup> e com a harmonia do Direito (segurando a balança,) definam o que é justo para os casos concretos da responsabilização civil dos jornalistas<sup>69</sup>.

Desse modo, a partir da regulamentação dada pela Constituição Federal, pelo Código Civil, bem como pela Lei nº 13.188/2015, os Tribunais tem o dever apreciar as causas relacionadas à responsabilização civil dos jornalistas e das entidades empresariais com as quais encontram-se vinculados. Resta saber como os julgados relacionados a essa temática vêm se desenvolvendo na prática dos Tribunais brasileiros.

#### 4 JULGADOS ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO JORNALISTA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

<sup>66</sup> IMPRENSA, Associação Brasileira de. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. Disponível em: <http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros/>. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>67</sup> IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 23.

<sup>68</sup> No caso da jurisdição, sendo esta a manifestação de um poder, é dotada de imperatividade e inevitabilidade. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 190.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 190.

Tendo sido observado a regulamentação a respeito da responsabilização civil do jornalista e os critérios para surgimento do dever de indenizar, torna-se importante analisar a compreensão dos tribunais superiores sobre o assunto, pois a jurisprudência é primordial na construção do Direito. Com uma jurisprudência uniforme e pacífica, sobretudo quando é cristalizada em súmulas é que de fato se forma a interpretação que prevalece<sup>70</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já adotou entendimento no sentido de que “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (Súmula n° 221)<sup>71</sup>. Essa sistemática de responsabilização está em consonância com o previsto na Lei n° 5.250/1967<sup>72</sup> (não recepcionada), no sentido de que a responsabilidade é solidária entre o jornalista e o meio de comunicação que veiculou a ofensa. Sendo assim, ambos possuem legitimidade passiva para uma suposta ação de reparação de danos<sup>73</sup>.

O conteúdo da súmula não se limita à imprensa escrita, mas é aplicável também aos demais meios de comunicação, v.g., rádio, televisão, *sites*, *blogs*<sup>74</sup>. Assim, é possível afirmar que possui legitimidade passiva tanto o veículo de comunicação quanto a pessoa responsável pela inserção da mensagem nesse veículo, que é justamente o jornalista. Nesse contexto, ambos desempenham papéis diretos na geração do dano, o que demonstra a existência de nexo de causalidade entre as atitudes dos violadores e o dano sofrido pela vítima.

Além disso, mesmo na vigência da Lei n° 5.250/1967, o Superior Tribunal de Justiça já havia interpretado, a partir do art. 49<sup>75</sup> *caput* e §2º, que a legitimidade passiva era tanto do jornalista quanto do proprietário do jornal (responsabilidade solidária), a partir de analogia com o artigo 1.547 do então vigente Código Civil de 1916<sup>76</sup> (substituído pelo Código Civil de 2002).

---

<sup>70</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 200-202.

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 221*. Segunda seção. Julgado em: 12/05/1999. DJe 26/05/1999.

<sup>72</sup> BRASIL. *Lei n° 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

<sup>73</sup> LIMA, Renata Murta de. *A responsabilidade civil dos meios de comunicação: uma análise da jurisprudência do STJ*. 2013. 89 f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013, p. 52.

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1652588/SP*. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. T3 - Terceira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe 02/10/2017.

<sup>75</sup> Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar [...].

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 14321 RS*. Rel. Ministro Dias Trindade. T3 - Terceira Turma. Julgado em 05/11/1991. DJ 02/12/1991.

Com fundamento no artigo 49, *caput* da Lei n° 5.250/1967, entendia-se que a responsabilidade civil do jornalista e de outros comunicadores sociais era de natureza subjetiva, pois o mencionado dispositivo legal fazia referência expressa ao violador que atua com dolo ou culpa. Assim, essa característica assumia relevância para a responsabilização do jornalista<sup>77</sup>. Por outro lado, o artigo 49, §2º da mesma lei, além de legitimar passivamente a pessoa natural ou jurídica que é detentora do meio de comunicação no qual for veiculada ofensa, também institui uma forma de responsabilização deste veículo de informação que prescinde de culpa ou dolo, o que caracterizaria um sistema de responsabilização objetiva para a imprensa, *site*, jornal ou outro meio em que a notícia estivesse vinculada<sup>78</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a aplicação do artigo 186 do Código Civil exige que o intérprete-aplicador identifique os elementos da responsabilidade civil: conduta humana, culpa do violador, nexos de causalidade e o dano sofrido pela vítima, seguindo a regra geral da responsabilidade civil<sup>79</sup>. De tal forma, verifica-se que a responsabilidade civil objetiva é a exceção, devendo ser aplicada somente quando a lei expressamente a impõe, ou seja, a responsabilidade civil subjetiva continua sendo a regra para que ocorra a responsabilização. Não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer exceção a respeito da responsabilização de jornalistas ou veículos de comunicação, o que permite concluir que estes devem ser responsabilizados subjetivamente, exigindo-se da vítima a comprovação da culpa *lato sensu* do agente<sup>80</sup>. Assim, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela responsabilidade civil subjetiva dos jornalistas, da imprensa, do *site* ou de outros meios de comunicação.

Vê-se também julgados nos quais tem-se constatado uma nítida intenção por parte do jornalista de denegrir a imagem, a honra ou vida privada de alguém, o que sustenta a possibilidade de responsabilização civil<sup>81</sup>. Quando se usa da libertinagem para se expressar,

<sup>77</sup> ROSSI, Carolina Nabarro Munhoz; MELLO GUERRA, Alexandre Dartanhan de; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 421.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 421.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 884.009/RJ*. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. T3 – Terceira Turma. Julgado em 10/05/2011. DJe 24/05/2011.

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 884.009/RJ*. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. T3 – Terceira Turma. Julgado em 10/05/2011. DJe 24/05/2011.

<sup>81</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Proc. n° 0628953-80.2000.8.06.0001*. Rel. Maria Vilauba Fausto Lopes. 4ª Turma Cível. Julgado em 08/11/2017. DJe: 23/09/2013.

denegrindo, desse modo, os direitos a personalidade de outrem, verifica-se o dolo do comunicador<sup>82</sup>.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que o dano à honra decorrente de comunicações jornalísticas na imprensa constitui ofensa de maiores proporções, porque atinge um grande número de pessoas, gerando um maior fervor coletivo. Nesses casos, tem-se como atributos potencializadores do dano a grande circulação do veículo de comunicação e a identidade entre o meio em que foi publicada a mensagem danosa e o meio de atuação da vítima<sup>83</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu também no sentido de que a liberdade de imprensa contém os direitos à crítica e à opinião, mas não são absolutos, restringindo-se no que diz respeito ao interesse público e aos direitos da personalidade dos noticiados<sup>84</sup>. Assim, seria possível a responsabilização civil por danos morais nos casos de matérias midiáticas, quando comprovada a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro<sup>85</sup>.

Conforme o Superior Tribunal de Justiça, reportagens televisivas agregando ofensas desnecessárias são sensacionalistas e extrapolam o dever de informar, sendo inaplicável a excludente do regular exercício de direito de imprensa, para os fins do artigo 188, I, do Código Civil. No caso do julgado em tela, explorou-se falácia relativa à embriaguez “ao volante”, lesionando a honra e a imagem pessoal das recorridas<sup>86</sup>.

Portanto, a crítica pautada no direito à liberdade de expressão não legitima atos irresponsáveis, *v.g.*, xingamentos, pois matérias midiáticas danosas com esse tipo de ultraje podem gerar lesões, que podem adquirir ainda maiores proporções quando envolvem políticos, por estes necessitarem da imagem ilibada para as eleições<sup>87</sup>. Pessoas públicas e notórias não perdem os direitos da personalidade, pois estes são indisponíveis e imprescritíveis. Verificando a condição de pessoa de um político, logo se conclui que ele é

---

<sup>82</sup> MEDEIROS, Paula Raquel Dias de. *Responsabilidade civil do comunicador social que causa dano a terceiros no exercício da sua profissão*. 2017. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2017, p. 12.

<sup>83</sup> CAMARGOS, Pedro Henrique Freire. *A responsabilidade civil da mídia pela pré-condenação do sujeito noticiado: o caso do suposto estupro na festa de réveillon*. 2017. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 35.

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1652588/SP*. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. T3 – Terceira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe 02/10/2017.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1652588/SP*. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. T3 – Terceira Turma. Julgado em 26/09/2017. DJe 02/10/2017.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1328914/DF*. Rel. Ministra Nancy Andrichi. T3 – Terceira Turma. Julgado em 11/03/2014. DJe 24/03/2014.

igualmente detentor dos direitos fundamentais, independentemente de sua função ou cargo, mesmo que esteja mais exposto a críticas nos noticiários, tais críticas devem respeitar a sua honra, imagem e vida privada<sup>88</sup>. Havendo ato ilícito ao se atribuir a outrem qualificações pejorativas e xingamentos, consubstanciam-se os danos morais<sup>89</sup>.

Em outro sentido, acerca do direito à crítica do jornalista, o Supremo Tribunal Federal (STF) já entendeu que se trata de um dos direitos que compõem a própria liberdade de imprensa, a qual também contém o direito de informar, buscar a informação e opinar<sup>90</sup>. Desse modo, tais direitos são circunscritos pelo conjunto da liberdade de imprensa, possuindo caráter de direito fundamental constitucional, assumindo relevo e legitimidade de interesse social tamanha que se torna oponível às pessoas públicas<sup>91</sup>.

Dada a necessidade de que se preserve a liberdade de imprensa, o direito à crítica jornalística deve ser preservado com ela para que seja garantida a própria democracia no Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição Federal)<sup>92</sup>. Então, não há responsabilidade civil do jornalista sobre a mensagem, independentemente do meio de veiculação (*v.g.*, *site*, jornal, televisão etc.), por haver conteúdo com observações em irônicas ou em tom de crítica severa, inclusive se a pessoa contra quem tais observações forem dirigidas for uma figura pública, porque a liberdade de crítica, no caso, é uma excluyente anímica, capaz de afastar o intuito doloso de ofender<sup>93</sup>. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, a crítica em si é característica fundamental da liberdade de imprensa inerente ao trabalho analítico dos próprios jornalistas, principalmente se for acerca de pessoa pública, não periclita necessariamente os direitos da personalidade<sup>94</sup>.

Isto posto, em síntese, a liberdade de imprensa, de expressão e os direitos a personalidade podem ser objeto de ponderação, podendo ser relativizados para sua coesão no ordenamento jurídico. Os tribunais superiores, para isso, analisam o ímpeto do jornalista com a notícia ou crítica, observando se houve intenção de lesionar ou atingir a esfera pessoal

---

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 705630 AgR.* Rel. Min. Celso De Mello. T2 – Segunda Turma. Julgado em 22/03/2011. DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-02 PP-00400 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 435-446.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 705630 AgR.* Rel. Min. Celso De Mello. T2 – Segunda Turma. Julgado em 22/03/2011. DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-02 PP-00400 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 435-446.

<sup>94</sup> *Ibid.*

da vítima, em caso positivo, incide sobre ela a responsabilização civil. Quando se tratar de crítica apenas para divulgar informações não há que se falar em responsabilização por dano à imagem, honra ou vida privada.

## 5 CONCLUSÃO

A responsabilização do jornalista tanto como profissional liberal quanto quando se encontra vinculado a um *site* ou jornal é caracterizada pelos elementos típicos da responsabilidade civil, incidindo na regra geral da responsabilidade civil subjetiva. Assim, para que haja responsabilização, é necessária a comprovação dos seguintes elementos: conduta humana, culpa do violador (*lato sensu*), nexo de causalidade e dano sofrido pela vítima.

Essa sistemática de responsabilização subjetiva foi instituída nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que juntamente com o artigo 944, *caput* do mesmo Código, tratam do dever de reparar genericamente um dano causado a outrem. Entretanto, o dano causado a partir da atividade jornalística pode afetar de maneira diferenciada os sensíveis e fundamentais direitos da personalidade, normalmente gerando uma maior repercussão em virtude da sua capacidade de difusão.

Em âmbito constitucional, tem-se como balizadores da responsabilização civil decorrente da atividade jornalística o direito de informar e de ser informado (artigo 5º, IV e XIV da Constituição Federal), a liberdade de expressão (artigo 5º, IV, V, IX e XIV da Constituição Federal) e a liberdade de imprensa ou comunicação social (artigo 220 da Constituição Federal), em contraposição aos limites impostos pelos direitos da personalidade (artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV da Constituição Federal).

No que tange à regulamentação específica da profissão de jornalista, foi editada a Lei nº 5.250/1967, que trata da liberdade de manifestação de profissionais e entidades empresariais do ramo da comunicação. Porém, a referida disposição legislativa foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como não recepcionada no sistema instituído pela Constituição Federal de 1988.

No âmbito infraconstitucional, a legislação que guarda relação mais específica com a atividade jornalística é a Lei nº 13.188/2015, que dispõe sobre o direito de resposta, possibilitando a vítima de redarguir a mensagem danosa veiculada em um meio de

comunicação. Porém a referida disposição normativa não aborda a questão da responsabilidade civil dos jornalistas ou dos veículos de divulgação.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de que a liberdade de imprensa é limitada pelos direitos da personalidade e que a intenção de denegrir quaisquer destes direitos gera a responsabilidade civil do jornalista. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal reconhece os direitos da personalidade como limitações externas à liberdade de imprensa, mas que incidem apenas nos em casos de intenção de prejudicar e não de informar, criticar ou opinar.

Restou evidente o papel de protagonismo das decisões judiciais para a compreensão acerca do tema, sendo a responsabilização do jornalista uma medida extrema que deve ser utilizada em último caso. Afinal, a liberdade do jornalista é de tamanha importância para o Estado Democrático de Direito que, mesmo as críticas severas, se não forem maculadas pela intenção de ofender diretamente, não devem ser restritas. O que deve ser alvo de responsabilização é a libertinagem que ofende os direitos da personalidade, não a crítica, opinião ou informação que fazem parte naturalmente da liberdade de imprensa que se constitui essencial para a democracia.

Por fim, conclui-se que a sistemática de responsabilização civil que incide sobre a atividade jornalística encontra-se organizada da seguinte forma: a responsabilidade é solidária entre os profissionais jornalistas e os meios de comunicação perante os quais estejam vinculados; e possui natureza subjetiva, ou seja, prescinde da comprovação de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*), independentemente do fato de estarem atuando os jornalistas como profissionais liberais ou vinculados a uma entidade empresarial que atua no ramo da comunicação social (v.g., jornal).

## REFERÊNCIAS

ANDRIOTTI, Caroline Dias. A responsabilidade civil das empresas jornalísticas. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Responsabilidade civil por danos causados pela imprensa. *Raízes Jurídicas: Revista de Graduação e Especialização em Direito*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 525-544, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/191>. Acesso em: 1 fev. 2019.

BRASIL. Código Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988).] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 83.284, de 13 de março de 1979*. Dá nova regulamentação ao Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista, em decorrência das alterações introduzidas pela Lei nº 6.612, de 7 de dezembro de 1978.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 972, de 17 de outubro de 1969*. Dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015*. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). *Súmula nº 221*, 12 de maio de 1999.

CAMARGOS, Pedro Henrique Freire. *A responsabilidade civil da mídia pela pré-condenação do sujeito noticiado: o caso do suposto estupro na festa de réveillon*. 2017. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

CASTRO, Carolina Pinho de. *Novos paradigmas da responsabilidade civil brasileira: o dano social*. 2017. 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 275 da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/220>. Acesso em: 22 out. 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

IMPrensa, Associação Brasileira de. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. Disponível em: <http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros/>. Acesso em: 16 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Princípios internacionais de ética profissional no jornalismo*. Disponível em: <http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/principios-internacionais-da-etica-profissional-no-jornalismo/>. Acesso em: 16 out. 2018.

LIMA, Renata Murta de. *A responsabilidade civil dos meios de comunicação: uma análise da jurisprudência do STJ*. 2013. 89 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

MARX, Karl. *Liberdade de imprensa*. Trad. Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2006.

MEDEIROS, Paula Raquel Dias de. *Responsabilidade civil do comunicador social que causa dano a terceiros no exercício da sua profissão*. 2017. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROCHA, Izadora Mayara Silva da Silveira. *A responsabilidade civil das incorporadoras imobiliárias e das construtoras pelo atraso na entrega de imóveis adquiridos na planta*. 2014. 94f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

ROSSI, Carolina Nabarro Munhoz; MELLO GUERRA, Alexandre Dartanhan de; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Dano à honra pela opinião do entrevistado ou do leitor. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEOPHILO, Maria Raphaella Burlamaqui. *Liberdade de expressão e proteção dos direitos humanos na internet: reflexos do discurso de ódio nas redes sociais e a ação #Humanizaredes*. 2015. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

SEGURANÇA JURÍDICA EM DIREITO TRIBUTÁRIO, MODULAÇÃO DE EFEITOS E O  
ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015)

*LEGAL SECURITY IN TAX LAW, MODULATION OF EFFECTS AND ARTICLE 927 OF  
THE CODE OF CIVIL PROCEDURE (LAW N. 13.105/2015)*

Jeferson Teodorovicz.<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho busca compreender a modulação de efeitos em matéria tributária em relação ao sobreprincípio da segurança jurídica. A previsão legislativa da modulação de efeitos, antes primordialmente ligada ao controle concentrado de constitucionalidade, passa a ser gradualmente reconhecida no controle difuso, sobretudo em alteração de jurisprudência dominante e em sede de recursos repetitivos, passando também a ser incorporado no art.927, parágrafo 3<sup>a</sup> do Novo CPC (Lei 13.105/2015). O estudo verificou, partindo de revisão bibliográfica, que os primeiros – e importantes – impactos dessa nova realidade legislativa já podem ser observados na realidade doutrinária e jurisprudencial brasileira.

**Palavras-chave:** Modulação de efeitos. Direito tributário. Art. 927. Código de Processo Civil.

**Abstract:** The present work seeks to understand the modulation of tax effects in relation to the overprinciple of legal certainty. Legislative prediction of the modulation of effects, previously primarily linked to the concentrated control of constitutionality, is gradually recognized in diffuse control, especially in a change in dominant jurisprudence and in repetitive appeals, and is also incorporated in art. 3 of the New CPC (Law 13,105 / 2015). The study verified, starting from a bibliographical review, that the first - and important - impacts of this new legislative reality can already be observed in Brazilian doctrinal and jurisprudential reality.

**Keywords:** Effects modulation. Tax law. Art. 927. Code of Civil Procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR. Especialista em Gestão Contábil e Tributária pela UFPR. Advogado. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB. Professor Substituto de Direito Empresarial, Direito Tributário e Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor de Direito Tributário da Unidombosco (licenciado) e da Uninter.

Artigo recebido em 02/04/2019 e aprovado para publicação em 15/12/2020.

O presente artigo busca apresentar breves delineamentos sobre alguns aspectos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), em seus respectivos efeitos em matéria tributária.

Em verdade, o objeto deste trabalho busca pautar-se no instituto da modulação de efeitos em decisões judiciais, que recentemente foram objeto de importante adição no Código de Processo Civil de 2015, ao inserir o art.927, parágrafo 3<sup>a</sup>, que dispõe: “§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Contudo, embora relevante, a inserção do parágrafo 3<sup>a</sup> do art. 927 consagra tendência legislativa, doutrinária e jurisprudencial gradualmente sedimentada, incluindo-se em matéria tributária, ao dispor sobre a modulação de efeitos em decisões judiciais. Inova em alguns aspectos, embora se baseie diretamente na experiência legislativa, doutrinária e jurisprudencial precedente (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

Por esse motivo, o trabalho buscará: 1) apresentar linhas preliminares sobre a segurança jurídica em matéria tributária; 2) analisar a modulação de efeitos trazida em sede de controle concentrado, inclusive em casos de alteração de jurisprudência dominante, já que inspiração direta para a modulação de efeitos prevista no art.927, parágrafo 3<sup>a</sup>; 3) refletir sobre a modulação de efeitos trazida pelo art.927, parágrafo 3<sup>a</sup>, que, embora inspirado em experiência legislativa precedente, apresenta algumas pontuais distinções.

## **2 ALGUMAS NOTAS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA E O CONSEQUENCIALISMO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Primeiramente, não se pode dizer que o estudo e a atenção à problemática do princípio da segurança jurídica em matéria tributária encontrem-se ainda esgotados, como se pode observar nas obras de Paulo de Barros Carvalho (2011, p.198-200), Misabel Derzi (2009, p.159), Roque Carrazza (1996, p. 463-464), Heleno Taveira Tôres (2011, p. 15 e ss) e Humberto Ávila (2011a, p. 113 e ss), todas tocando diretamente a problemática da segurança em matéria tributária.

Considerando a existência de diversas acepções e sentidos possíveis que a segurança jurídica implica, prefere Humberto Ávila conceituá-la como

(...) uma norma princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro. (ÁVILA, 2011a, p. 682)

O conceito de segurança jurídico-tributária não difere do conceito geral de segurança jurídica, apenas enfatiza e realça o caráter eminentemente protetor que a segurança assume nesse âmbito normativo, em virtude da existência de normas tributárias que instituem uma perspectiva defensiva dos direitos fundamentais dos contribuintes, porém em equilíbrio com uma moderada atuação estatal no exercício do poder de tributar.

Logo, a segurança jurídica, possuindo status de princípio que fundamenta diversos outros, enquanto princípio geral ou sobreprincípio, reflete-se em todos os meandros do ordenamento jurídico. No que tange ao direito tributário, não poderia ser diferente, como é o caso da legalidade genérica e tributária, da irretroatividade da lei tributária, da anterioridade tributária, da vedação do efeito confiscatório, da tipicidade em matéria tributária, etc. Princípios esses que encontram fundamento na segurança jurídica<sup>2</sup>.

A segurança jurídica encontra-se prevista já no preâmbulo da Constituição Federal, relacionando o Estado Democrático destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, dentre outros valores ínsitos ao Estado Brasileiro. E o *caput* do art. 5.º, da CF/1988, reforça o reconhecimento do direito fundamental à segurança, ou seja, que essa segurança seja garantia do cidadão brasileiro e aos estrangeiros residentes no país.

É interessante notar que, no direito tributário, em razão de suas peculiaridades, próprias da legalidade, irretroatividade e anterioridade, assim como da demarcação de competência e das demais limitações ao poder de tributar (CARRAZZA, 1996, p. 463-464),

---

<sup>2</sup> Conforme reforça Humberto Ávila, no título relativo aos direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5.º, *caput*, não se prevê apenas o direito fundamental à segurança, mas também se fixam uma série de “garantias”, instrumentos assecuratórios destinados a garantir esses direitos. A Constituição Federal, nesse sentido, estabelece diferentes garantias e limitações ao exercício do poder estatal, que são tradicionalmente compreendidas enquanto frações ou elementos parciais do princípio da segurança jurídica e, nesse contexto, recordam-se o princípio da legalidade, previsto no art. 5.º, II e no art. 150, I, o princípio da irretroatividade (art. 150, III, *a*), e o princípio da anterioridade (art. 150, III, *b*), todos enquanto elementos que compõem a ideia geral de segurança jurídica ínsita ao ordenamento jurídico (ÁVILA, 2011a, p.34).

fortalece-se o ideal de segurança jurídica diante da tributação, o que, sem dúvida, não ocorre por acaso, pois, como alerta Misabel Derzi, no direito tributário, a segurança é fortalecida em sua máxima intensidade (DERZI, 2009, p. 159).

Contudo, Klaus Tipke e Joachim Lang, transportando a importância do princípio da segurança jurídica para o ordenamento jurídico alemão, questionando qualquer possibilidade de alteração retroativa dos efeitos tributários em decisões ou normas prejudiciais ao contribuinte, destacam que no direito tributário

(...) a segurança jurídica é intensamente prejudicada especialmente quando leis são revogadas ou modificadas agravando para o futuro; o sujeito passivo planeja com base em uma determinada situação jurídica. Essa situação jurídica é afastada ou tão essencialmente alterada que o motivo e a finalidade do planejamento tornam-se caducos. (TIPKE; LANG, 2009, p.245 e ss)

A preocupação formulada pelos autores germânicos tem aplicação ao problema a ser analisado na sequência, e mostra a oportunidade de se ponderar, em certos casos, sobre a necessidade de efeitos *ex tunc*, refletindo-se mais detidamente sobre a chamada “modulação de efeitos”, especialmente em matéria tributária (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

Por outro lado, traz-se à tona a oportuna lição de Humberto Ávila, que prenuncia como características do Sistema Tributário Nacional a delimitação exaustiva na Constituição, bem como a abertura do sistema. Essa abertura sistemática reflete a abertura inerente aos próprios direitos e garantias fundamentais (ÁVILA, 2002, p.107-109).

É no contexto peculiar do Direito Tributário, em que a segurança jurídica se plasma por diferentes dispositivos legais e constitucionais, que se discute justamente a possibilidade de modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade, seja oriunda do controle concentrado, ou em sede de controle judicial difuso de primeiro grau ou de segundo grau que, por sua vez, conecta-se, de certa forma, ao processo de “judicialização da política”, conforme a lição de Ricardo Lobo Torres.

A judicialização da política, segundo Torres, liga-se ao fenômeno denominado “consequencialismo” (TORRES, 2016, p. 129-131; TORRES, 2010, p.434-469) ou “consequencialismo decisório”, referente a decisões judiciais no âmbito do controle concentrado.

Na lição de Heleno Taveira Tôrres, a literatura brasileira, influenciada pelo Common Law de países de tradição anglo-saxônica, passou a utilizar a expressão “consequencialismo

jurídico”, para referir-se à “(...) possibilidade de acomodação do julgamento de certa matéria com exame das questões materiais e repercussões concretas, com vistas a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade” (TÔRRES, 2012, p. 01 e ss).

Ricardo Lobo Torres foi, sem dúvida, um dos maiores cultores do consequencialismo no âmbito do Direito. Para Torres, a modulação de efeitos em sede de controle concentrado do Supremo Tribunal Federal é reflexo direto do “consequencialismo”.

Por isso, para Ricardo Lobo Torres, o

(...) argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais – prejudiciais ou favoráveis à sociedade – devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias”, cujos fundamentos estariam previstos no próprio sistema jurídico, já que (...) está ligado ao Estado Ponderador e se baseia nos valores e princípios. (TORRES, 2016, p. 129-131)

A propósito de se discutir a modulação de efeitos em matéria de controle de constitucionalidade, não se pode negar que o consequencialismo decisório, que encontra origens anglo-saxônicas da Common Law, é um dos principais fatores que favoreceram o gradual reconhecimento, inclusive legislativo, da modulação de efeitos em sede de controle de constitucionalidade (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

Porém, evidentemente, a averiguação dos efeitos ou das consequências trazidas por modificações de jurisprudência também deve ser realizada conforme o princípio da segurança jurídica. Assim, o consequencialismo encontra na modulação de efeitos em decisões de controle concentrado ou difuso ainda amplo campo para desenvolvimento, inclusive no Direito Público, já que, para Ricardo Lobo Torres,

(...) a superação dos precedentes exige a formulação de sólida jurisprudência contrastante e deve se fundar em argumentos vinculados à boa-fé e à proteção da confiança do cidadão, sopesados com os princípios da igualdade, da responsabilidade e do excepcional interesse social e econômico. Se assim não acontecer, cresce o consequencialismo às avessas. (TORRES, 2016, p. 160)

Portanto, o consequencialismo aduzido por Ricardo Lobo Torres tem direta conexão com a modulação de efeitos.

Não se pode deixar de considerar também que o consequencialismo jurídico foi inserido expressamente na mais recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que, por sua vez introduziu os artigos 20

a 30. Desses novos artigos, o artigo 20 e 21, especificamente, trazem a regulamentação jurídica do consequencialismo jurídico no direito brasileiro.

Nesse sentido, dispõe o Art. 20: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. No mesmo passo caminha o caput do art. 21: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”.

Pode-se ver que o legislador brasileiro, ao introduzir tais dispositivos na LINDB, busca elevar o consequencialismo e o pragmatismo, oriundos da Common Law, para o Direito Brasileiro (FILHO, 2018, p. 13-41; MENDONÇA, 2018, p. 43-61). Não obstante, embora tais reflexos sejam de grande relevância para o Direito Brasileiro, nesse trabalho, não serão dedicadas mais linhas às inovações da LINDB ligadas ao consequencialismo jurídico no Brasil, pois se entende que tal problemática merece análise específica.

Naturalmente, o reconhecimento e o fortalecimento do fenômeno consequencialista na realidade jurídica brasileira não significa ignorar que eventuais reflexos tributários surgidos nesse contexto devem também atender às premissas da segurança jurídica. É justamente essa a linha de raciocínio que orienta a presente investigação, conforme se observará nas linhas seguintes.

### **3 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE CONCENTRADO E OUTRAS HIPÓTESES DE MODULAÇÃO DE EFEITOS**

Embora a regra geral seja a fixação de efeitos *erga omnes* e *ex tunc* às decisões de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato, o sistema jurisdicional do controle de constitucionalidade brasileiro sofreu, nos últimos anos, importantes alterações, que modificaram em parte o regime jurídico constitucional – e infraconstitucional – que o sedimenta (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

Inicialmente, a possibilidade de modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade, sejam oriundas do controle concentrado, ou em sede de controle judicial difuso de primeiro grau ou de segundo grau, liga-se, de certa forma, ao processo de “judicialização da política”, elevado por Ricardo Lobo Torres, que, por sua vez, conecta-o

ao chamado “consequencialismo”,<sup>3</sup> especialmente no âmbito de decisões judiciais em sede de controle concentrado, com particular atenção à modulação de efeitos em decisões das Cortes Superiores.

Evidentemente, os efeitos ou consequências das modificações de jurisprudência também devem ser observados conforme o princípio da segurança jurídica. Assim, o consequencialismo encontra na modulação de efeitos em decisões de controle concentrado ou difuso ainda amplo campo para desenvolvimento, especialmente no direito tributário, isso também porque, para Ricardo Lobo Torres,

(...) a superação dos precedentes exige a formulação de sólida jurisprudência contrastante e deve se fundar em argumentos vinculados à boa-fé e à proteção da confiança do cidadão, sopesados com os princípios da igualdade, da responsabilidade e do excepcional interesse social e econômico. Se assim não acontecer, cresce o consequencialismo às avessas. (TORRES, 2016, p. 160)

Portanto, o consequencialismo aduzido por Ricardo Lobo Torres tem direta conexão com a modulação de efeitos, e seus reflexos tributários devem também atender às premissas da segurança jurídica, essa que deve ser ponderada em estudos relacionados ao consequencialismo, especialmente em matéria tributária (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

Destarte, o princípio da segurança jurídica também deve ser elevado em discussões acerca da modulação de efeitos em matéria tributária, determinando inclusive sua gradual previsão legislativa, e seu sopesamento – e limitações ou restrições – em face do próprio Sistema Constitucional Tributário Brasileiro.

No âmbito infraconstitucional, duas leis foram determinantes para a alteração dos efeitos de decisões de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. Em primeiro lugar, a Lei 9.868/1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. Em segundo lugar, a Lei 9.882, de 1999, que fixa o processo de julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental,

---

<sup>3</sup> A modulação de efeitos em sede de controle concentrado do Supremo Tribunal Federal é reflexo direto do fenômeno denominado por Ricardo Lobo Torres como “consequencialismo”, para quem o “(...) argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais – prejudiciais ou favoráveis à sociedade – devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias”, cujos fundamentos estariam previstos no próprio sistema jurídico, já que “(...) está ligado ao Estado Ponderador e se baseia nos valores e princípios” (TORRES, 2016, p. 129-131).

fundamentado no § 1.º do art. 102, da CF/1988. Essas duas leis alteraram a interpretação quanto à automática eficácia *ex tunc* de decisões proferidas nessas duas ações.

A partir das leis supracitadas, qualquer decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ou em ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, pode ter seus efeitos restringidos, flexibilizados, modulados, ou, em outras palavras, apresentando eficácia *ex nunc* (daqui para frente), com fundamento em hipóteses legalmente previstas (BARROSO, 2006, p. 187 e ss). Logo, as referidas Leis autorizam a concessão de efeitos prospectivos em decisões versadas sobre inconstitucionalidade pelo STF (MARTINS; RODRIGUES, 2007, p.185-187).

O “dimensionamento temporal dos efeitos”, ou a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade das decisões prolatadas pelo STF, “(...) consiste na prerrogativa atribuída por lei ao Supremo Tribunal Federal de estipular as condições de eficácia de suas decisões” (MARTINS; RODRIGUES, 2007, p.185-187).

A modulação dos efeitos em decisões prolatadas pelo STF tem por fundamento dois dispositivos legais, conforme se observa, primeiramente, no enunciado do art. 27 da Lei 9.868/1999:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999)

Por sua vez, o enunciado do art. 11 da Lei 9.882/1999 também abriu a possibilidade de modulação ou “flexibilização” dos efeitos em decisões do STF prolatadas no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999)

Em outras palavras, abriu-se expresso permissivo legal para que as decisões emanadas pelo STF, ordinariamente com efeitos *ex tunc*, sejam flexibilizadas, moduladas, restringidas ou limitadas de acordo com determinadas circunstâncias (BARROSO, 2006, p.187 e ss).

Não é, porém, qualquer situação que viabiliza a modulação dos efeitos das decisões pelo STF, e nem pode esse egrégio tribunal superior utilizar essa técnica decisória indiscriminadamente. Dois requisitos legais são necessários para autorizar a modulação de efeitos: (a) razões de segurança jurídica; (b) excepcional interesse social.

Não é preciso que os dois requisitos sejam cumulados para autorizar a modulação de efeitos. Basta que um dos requisitos acima seja cumprido, e o STF poderá lançar mão desse instrumento para restringir os efeitos da decisão.

A partir da interpretação literal dos supracitados dispositivos legais, *a priori*, seria possível antecipar que a modulação de efeitos do STF pode ser invocada no âmbito restrito das seguintes decisões: (i) decisão que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF (art. 27 da Lei 9.868/1999); (ii) decisão que declare inconstitucionalidade de ato normativo ou lei em processo de arguição de descumprimento de preceito federal (art. 11 da Lei 9.882/1999).

Em outras palavras, os efeitos no tempo serão *ex tunc* (retroativos), mas o STF tem a prerrogativa de, fundamentado pela segurança jurídica ou excepcional interesse social, limitar ou restringir os efeitos da decisão, ou seja, poderá decidir no sentido de que essa somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado ou de outro momento futuro a ser fixado. Nessa esteira, ambas as leis citadas fixaram como requisito formal da aprovação da modulação de efeitos o *quorum* de dois terços dos membros do STF (BARROSO, 2006, p. 187 e ss).

Nesse mesmo sentido é a posição de Robson Maia Lins, que, interpretando o enunciado do art. 27 da Lei 9.868/1999, evidencia as seguintes possibilidades: (i) existindo razão de segurança jurídica; ou (ii) existindo excepcional interesse social; e (iii) alcançada a maioria de dois terços dos membros, poderá o STF restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou fixar outro momento a partir do trânsito em julgado para que a declaração de inconstitucionalidade gere efeitos. Assim: "(...) os dois primeiros requisitos são alternativos; o terceiro é cumulativo com um dos dois primeiros" (LINS, 2004, p. 183).

James Marins explica ainda que a modulação de efeitos poderá ser configurada em duas hipóteses, quais sejam: *modulação material* ou *modulação temporal*, conforme as questões de segurança jurídica ou excepcional interesse social em jogo. Assevera, entretanto, que a hipótese mais comum é a restrição temporal, que ocorre com a fixação de eficácia *ex nunc* à decisão declaratória, deixando, na opinião do autor, de ser

(...) propriamente declaratória de inconstitucionalidade – pois que a declaração é forçosamente *ex tunc* – para, na prática, operar autênticos efeitos constitutivos da inconstitucionalidade, ou seja, constitui nova realidade jurídica a partir da publicação do reconhecimento da inconstitucionalidade. (MARINS, 2012, p.742 e ss; MARINS, 2016, p. 724-726)

Robson Maia Lins, em outro passo, ressalta que a modulação dos efeitos para o controle abstrato somente poderia ser autorizada se verificados casos específicos, ou seja, se há resquícios da teoria da nulidade *ab initio* da norma declarada inconstitucional. Por esse motivo, via de regra, todos os efeitos devem ser retirados da ordem jurídica, a não ser que haja excepcional interesse social ou razões de segurança jurídica. Para o autor, por outro lado, não se deve compreender que não sendo alcançados os requisitos previstos no art. 27 da Lei 9.868/1999, a norma seria automaticamente retirada do ordenamento jurídico, pois, a dicção do art. 27 da Lei em foco não prescreve tudo da retirada dos efeitos da norma declarada inconstitucional, existindo outros limites impostos pela CF/1988, e no próprio ordenamento jurídico, que condicionam os efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de norma, e nesse rol se incluem o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Assim:

presentes uma dessas formas de preclusão, que têm o condão de estabilizar direitos subjetivos, mesmo que ausente algum daqueles requisitos exigidos pelo art. 27 da referida lei, não poderá o STF com a decisão de inconstitucionalidade simplesmente “limpar” o sistema jurídico. (LINS, 2004, p. 183 e ss)

Nesse contexto, contrariando a opinião de Moreira Alves, que teria defendido expressamente que a validade de uma lei declarada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da constituição, entendeu que o não reconhecimento de validade de uma norma jurídica que tenha sido declarada inconstitucional, porém implicando na manutenção de efeitos jurídicos diante do ordenamento jurídico, quando presentes certas razões de natureza constitucional, a exemplo do ato jurídico perfeito, do direito adquirido ou da coisa julgada, seria, em verdade, um “imperativo” do próprio princípio da segurança jurídica (LINS, 2004, p. 186; BARROSO, 2006, p. 187 e ss).

James Marins, em semelhante sentido, fundamenta que, embora a regra geral seja que os efeitos de decisão que declara a inconstitucionalidade sejam geralmente *ex tunc*, em algumas situações, pode ocorrer também eficácia *ex nunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade em controle difuso, em sede de recurso extraordinário.

Para o autor,

(...) se durante o período que medeia entre o ingresso da norma inconstitucional no sistema e a declaração definitiva de inconstitucionalidade a eficácia da norma não foi suspensa por meio de medida liminar na respectiva ação com eficácia *erga omnes*, esse efeito axiomático que conduz à necessidade de restauração fático-jurídica poderá atingir – em incomensurável fenômeno de retroação – milhões de relações jurídicas tributárias ocorridas sucessivamente. Muitas vezes estas relações jurídicas estarão compreendidas em dilargado período de tempo, já que amiúde a declaração definitiva de inconstitucionalidade somente ocorre muitos anos depois da publicação da lei inconstitucional, gerando com isso situações de grave insegurança jurídica ou de excepcional interesse social. (MARINS, 2012, p. 742 e ss)

Para Marins, outra situação que enseja a modulação de efeitos ocorre quando o STF, no bojo de ação direta de inconstitucionalidade, concede medida liminar com eficácia geral suspensiva dos efeitos da norma supostamente inconstitucional. Porém, pode ocorrer também que, no final do trâmite processual, depois de considerável período em que a norma foi provisoriamente declarada ineficaz, acaba deixando de confirmar a decisão originalmente prolatada para considerá-la constitucional (MARINS, 2012, p. 742 e ss).

Nesses casos, defende o autor que, caso seja identificado grave risco à segurança jurídica ou por motivos de excepcional interesse social, mesmo no bojo de ação declaratória de constitucionalidade, há espaço para ser aplicada a modulação dos efeitos, pois, "(...) toda declaração de inconstitucionalidade – e muitas vezes até a declaração de constitucionalidade – gera efeitos exponenciais" (MARINS, 2012, p. 742 e ss).

Assim, pode-se perceber que a literatura especializada, a despeito da previsão legislativa ligada especificamente ao controle concentrado de constitucionalidade, em ações diretas de inconstitucionalidade, já tendia a flexibilizar o uso da modulação de efeitos, especialmente tomando como referência aos imperativos da segurança jurídica e excepcional interesse social, com o intuito de proteger o contribuinte potencialmente lesado em tais circunstâncias.

#### **4 A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS EM ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NA INTERPRETAÇÃO DA LITERATURA ESPECIALIZADA**

Conforme explica James Marins, o instituto da modulação de efeitos não se restringe ao controle concentrado de constitucionalidade, já que

(...) a aplicabilidade dessa regra não está limitada às declarações de inconstitucionalidade ocorridas no bojo de ações diretas (controle concentrado), de modo que também podem ser alvo de modulação eficaz as declarações de inconstitucionalidade ocorridas em sede de recurso extraordinário (controle difuso). (MARINS, 2012, p. 742 e ss)

Além disso, a doutrina (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260) tem proclamado a possibilidade de modulação de efeitos em casos de alteração de jurisprudência dominante, defendendo que a mudança de jurisprudência dominante é fundamento suficiente para autorizar a modulação dos efeitos, prescindindo, inclusive, em sede de controle abstrato, do *quorum* especial previsto para ADINs e ADPFs.

Reporta-se oportuno também destacar a posição de Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2006, p.358-372), para quem a possibilidade de divergência entre os julgados, entre os tribunais ou entre os órgãos fracionários de um mesmo tribunal é um fator que provoca insegurança jurídica no jurisdicionado, afetando a sua confiança na manutenção da estabilidade do ordenamento. Logo, visando atenuar os efeitos gerados por tal possibilidade, o próprio sistema cria técnicas, mecanismos para uniformizar e consolidar a jurisprudência, diminuindo ou eliminando a hipótese de surgimento de divergências entre os órgãos julgadores. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro foram previstos o incidente de uniformização (art. 476 e ss., do CPC/1973 e atualmente previsto no art. 926 e ss., do CPC/2015) e também a súmula com efeito vinculante (art. 103-A, da CF/1988) para evitar, segundo o autor, insegurança gerada na oscilação da jurisprudência, concedendo um sentido geral de orientação.

Especializando a problemática para a seara tributária, atesta o autor que tal possibilidade de mudança gera grande instabilidade para o contribuinte, afetando sua faculdade de prever os efeitos jurídicos dos seus comportamentos e reduzindo a possibilidade de planejamento de sua atividade econômica. E ainda reforça:

(...) como não é possível impedir a alteração jurisprudencial, mesmo aquela já sedimentada, pois isso equivaleria a um engessamento dos tribunais, inconcebível no sistema continental europeu, o problema que se põe é justamente o de fixar limites a tais modificações. Sem dúvidas que estas atingem a segurança, como afirmado anteriormente, mas uma segurança absoluta em face do Poder Judiciário é de alcance impossível, pois a decisão judicial é produto da interpretação, processo de caráter eminentemente subjetivo, no qual ingressam vários ingredientes, inclusive a ideologia do intérprete. (PIMENTA, 2006, p.358-372)

Logo, justifica-se a busca por um critério para tentar a harmonização entre segurança jurídica, proteção da confiança e modificação jurisprudencial. Nesse sentido, o autor inclusive

reforça que, para hipóteses em que esteja em discussão nova orientação jurisprudencial, gravosa ao contribuinte, não haverá de ser aplicada aos processos judiciais ainda em andamento, mas apenas dali em diante (PIMENTA, 2006, p. 358-372).

Complementarmente, em caso de mudança de jurisprudência constitucional, Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2006, p. 358-372) elenca uma série de possibilidades, já que no controle concentrado à CF é possível ao STF modificar posicionamento acerca de constitucionalidade de determinada lei, passando a tê-la como inconstitucional. Nessa hipótese, se a decisão admite efeitos prospectivos, para o contribuinte não haverá problema algum, pois a segurança jurídica será assegurada na medida em que as situações jurídicas já consolidadas serão preservadas.

Por outro lado, em caso de eficácia retroativa da decisão, duas possibilidades surgem: se a norma atribuir ao contribuinte alguma vantagem tributária (isenção, por exemplo) as consequências jurídicas decorrentes da invalidação só serão admitidas *pro futuro*, sob pena de infringir o princípio da segurança jurídica. Contudo, se não houver prejuízo ao contribuinte, os efeitos poderão ser retroagidos, lembrando da impossibilidade jurídica de ocorrer declaração de inconstitucionalidade seguida por mudança jurisprudencial destinada a reconhecer sua constitucionalidade, pois a decisão de inconstitucionalidade importa em invalidação da norma retirando-a do sistema, não havendo sentido em afirmar eficácia declaratória da invalidade e constitutivo-negativa de eficácia. Ademais, o autor reforça que existem ainda duas hipóteses em sede de controle abstrato que merecem ser lembradas, especificamente relacionadas com a medida liminar, que é provimento em sede de ADIN, mas que apenas afasta a vigência, bem como a questão da eficácia da lei ou da norma impugnada.

A primeira situação refere-se à concessão do provimento de urgência com o posterior julgamento da improcedência do pedido. É possível, por exemplo, que a Corte conceda a medida liminar afastando a vigência de norma instituidora de tributo e, posteriormente, altere esse entendimento, julgando o pedido improcedente.

Para Pimenta, nesse caso, o fisco não poderia exigir tributo relativo ao período em que a norma estava com sua vigência suspensa, ou seja, no momento em que os contribuintes estavam beneficiados pelo deferimento da liminar, pois se aplica o dispositivo do art. 146 do

CTN,<sup>4</sup> que veicula o princípio da segurança jurídica à vedação de cobrança do tributo relativo ao período mencionado.

Em situação oposta, com decisão denegatória da medida liminar seguida pelo julgamento de procedência do pedido, não poderá burlar a segurança jurídica, pois o afastamento, em caráter provisório, da alegação de inconstitucionalidade da lei não gera para o contribuinte qualquer situação de vantagem nem de confiança. Ainda, Pimenta (2006, p. 358-372) recorda outra situação, relativa à repriminção constitucional estabelecida no art. 11, § 2.º da Lei 9.868/1999, e já amplamente admitida na jurisprudência do STF, onde se entendeu que a concessão da medida liminar e o julgamento definitivo de pronúncia da inconstitucionalidade importam na restauração da vigência da norma revogada pela norma declarada inconstitucional. Quando houver imposição de ônus ao contribuinte diante da norma repriminada, tendo em vista os princípios jurídicos já mencionados, os efeitos produzidos pela norma inconstitucional deverão necessariamente ser respeitados.

Na esteira da doutrina de James Marins (2012, p. 742 e ss), concorda Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2006, p. 358-372) que, em situações em que ocorre controle difuso, com efeitos *inter partes*, retira-se a presunção de constitucionalidade da norma, gerando no contribuinte sentimento de confiança quanto à inconstitucionalidade da lei. Nesse sentido, Pimenta (2006, p. 358-372) questiona a solução possível em caso de mudança de jurisprudência pacificada, produzida, em julgamento de recurso extraordinário, por exemplo. Assim, tudo dependerá do conteúdo do novo critério jurisprudencial e do tipo de texto normativo objeto de interpretação, reforçando que os mesmos problemas supra analisados poderão ser analogamente aplicados aos casos de controle difuso, adotando-se como premissa básica de proteção à confiança embasada na segurança jurídica. É também possível a alteração, no julgamento de recurso extraordinário, de entendimento manifestado pelo STF em controle abstrato, e tal alteração evidentemente poderá repercutir em situações jurídicas de que é titular o contribuinte.

Nesses casos, como regra geral,

(...) não será admitida a retroatividade gravosa para o sujeito que, em sede de controle abstrato, apresenta efeito vinculante (art. 102, § 2.º, da CF/1988), e

---

<sup>4</sup> *In verbis*: “Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

orientou sua conduta pelos parâmetros fixados no provimento jurisdicional, confiando na manutenção desse entendimento. (PIMENTA, 2006, p. 358-372)

Conclusões assemelhadas do autor podem ser visualizadas nas hipóteses de vedação da retroatividade prejudicial ao contribuinte em cancelamento e revisão de Súmula de Efeito Vinculante, além de modificação jurisprudencial em órgãos julgadores do Contencioso Administrativo, hipóteses em que se reproduzem semelhantes considerações às já citadas (PIMENTA, 2006, p. 358-372).

Portanto, a modulação de efeitos não se restringe em hipótese alguma aos casos trazidos pelas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, alcançando um leque maior de possibilidades (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260), sempre tendo em vista a segurança jurídica, que se reflete na estabilidade e continuidade das relações jurídicas e na proteção da confiança, inclusive em matéria tributária.

## **5 MODULAÇÃO DE EFEITOS EM DECISÕES QUE SE PRONUNCIAM ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE – OU NÃO – DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS**

A modulação de efeitos, enquanto instituto destinado a preservar a segurança jurídica e o relevante interesse público, não se direciona, em matéria tributária, a apenas um dos polos da relação tributária. Logo, devem ser observadas as peculiaridades tanto quanto correspondente aos interesses do contribuinte, assim como dos interesses do Fisco ou da Fazenda Pública.

A consideração – ou a negação - da modulação de efeitos, enquanto instituto destinado a preservar a segurança jurídica e o relevante interesse público, não se direciona, em matéria tributária, a apenas um dos polos da relação tributária. Logo, devem ser observadas as peculiaridades tanto quanto correspondente aos interesses do contribuinte, assim como aos interesses do Fisco ou da Fazenda Pública, quando legítimas suas pretensões (TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

O Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito da FGV-SP, nessa linha, realizou interessante pesquisa, divulgada pelo coordenador do Núcleo, Eurico Diniz de Santi, a respeito da proporção de modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade pelo STF. Segundo Eurico Diniz de Santi, em todas as declarações de inconstitucionalidade de norma de incidência tributária negou-se a modulação de efeitos *ex nunc*, permitindo-se a proteção do princípio da legalidade tributária, já que se permitiu a repetição do indébito

tributário *ex tunc*, até os prazos legalmente estabelecidos de decadência e prescrição em matéria tributária (SANTI, 2014, p. 01 e ss).

Assim, respeitou-se a segurança jurídica, e outros princípios decorrentes, a exemplo da própria legalidade, nos seguintes casos julgados pelo STF: a) empréstimo compulsório sobre veículos; b) FINSOCIAL; c) progressividade do IPTU; d) ICMS importação de pessoas físicas; e) ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS; f) Funrural (SANTI, 2014, p. 01 e ss).

Em outro retrospecto, foram pesquisados também casos em que a declaração de constitucionalidade da norma tributária foi reconhecida pelo STF, isto é, quando o Fisco sagrou-se vencedor. Nesses casos, foi igualmente negado o pedido de modulação dos efeitos contra o contribuinte, decidindo-se que o tributo declarado constitucional deve ser exigido *ex tunc*.

Nesse contexto, a pesquisa analisou os seguintes julgados que tiveram declaração de constitucionalidade reconhecida, porém ser ter efeitos modulados: a) FINSOCIAL sobre receita bruta de prestadoras de serviço (a modulação não foi objeto de decisão); b) Creditamento de IPI por insumos sujeitos à alíquota zero, isentos ou não tributados; c) COFINS sobre faturamento de sociedades de profissão regulamentada (SANTI, 2014, p. 01 e ss).

Para Eurico Diniz de Santi, a jurisprudência do STF sobre controle de constitucionalidade de lei instituidora de tributo declarada inconstitucional sinalizou atenção especial à proteção do princípio da legalidade tributária e da interpretação conforme a Constituição, garantindo eficácia *ex tunc*. Já no caso de declaração de constitucionalidade de leis instituidoras de tributo, ou seja, quando o Fisco venceu a demanda, igualmente, em todas as decisões analisadas, assegurou-se eficácia *ex tunc* (SANTI, 2014, p. 01 e ss).

As conclusões de Santi merecem também ser refletidas à luz de outros precedentes (ainda que não necessariamente referentes à matéria tributária) do STF relativos aos efeitos prospectivos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, ou seja, que declaram a aplicação de efeitos *ex nunc*, superando efeitos retroativos para preservar a segurança jurídica, tornando intangível o direito que já nasceu, garantindo assim efeitos prospectivos (TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

Nota-se que, em certos casos, há inclusive a consideração dos efeitos políticos negativos (sobretudo sob a perspectiva do prejuízo às finanças governamentais) que determinadas decisões acarretariam.

Igualmente, colecionam-se uma gama de precedentes do STF relativos aos efeitos prospectivos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou seja, declaram a aplicação de efeitos *ex nunc* superando efeitos retroativos para preservar a segurança jurídica, tornando intangível o direito que já nasceu, para efeitos prospectivos, também abordados por Ives Gandra Martins, Marilene Talarico Martins Rodrigues (2007, p.185-187) e James Marins (2012, p. 742 e ss), a exemplo do RE 105.789/MG (2.<sup>a</sup> T.), e do RE 122.202-6/MG, recordando que, em ambos os casos supracitados, se não fossem adotados os efeitos *ex nunc*, ocorreriam inequívocas repercussões negativas para as partes.

Na primeira situação (RE 197.917-8/SP, rel. Min. Maurício Corrêa), discutiu-se a garantia de irredutibilidade de vencimentos ao magistrado, sendo que nova qualificação por tempo de serviço depois de averbado e de ter produzido efeitos pecuniários em favor do magistrado, tangenciava-se à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, que torna intangível o direito que já nasceu e não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo. Assim, garantiu-se, por decisão de inconstitucionalidade, a eficácia prospectiva (efeitos *ex nunc*) dos efeitos da nova qualificação de tempo de serviço, viabilizando a preservação do período em que o magistrado se via protegido por regime mais favorável.

Conforme apresentou o Relator:

(...) a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu, e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas dos que suportam o seu cargo. Daí por que tal garantia supera o efeito 'ex tunc' da declaração de constitucionalidade da norma, pois a averbação não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, como previa o dispositivo da Constituição do Estado, mas para o de adição de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência do cargo. À luz dessas considerações, conheço do recurso e lhe dou provimento, para conceder o mandado de segurança. É o meu voto (RTJ, n. 118, outubro/1986, p. 300-302)". (MARTINS; RODRIGUES, 2007, p.189-193)

Outro caso interessante foi o RE 122.202-6/MG, tendo por Relator o Ministro Francisco Rezek, discutindo-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo STF, sob a alegação do direito adquirido. Nesse caso, o acórdão prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta lei pelo STF, subsistindo o pagamento

de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte. Nesse sentido, a Jurisprudência do STF já se orientou no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não deveria ser devolvida "(...) no período de validade inquestionada na lei de origem, mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade" (MARTINS; RODRIGUES, 2007, p.189-193).

Nesse caso em específico, a decisão contrária ao Estado de Minas Gerais, em sede de recurso extraordinário, obrigaria a Fazenda Pública Estadual a repetir todos os valores indevidamente arrecadados dentro do prazo decadencial, acaso se utilizasse a regra geral dos efeitos de decisões de inconstitucionalidade (*ex tunc*). Por isso, levando-se em conta o relevante interesse público (secundário) da Fazenda Pública, acarretaria imenso prejuízo aos cofres do governo.

Outro caso recente lembrado pelos autores foi o julgamento do Caso "Mira Estrela", no qual, apesar do número de vereadores para aquele Município ser maior do que o permitido na Constituição, admitiu-se a manutenção do quadro inconstitucional de vereadores até o final do mandato, e somente na próxima composição da Câmara de Vereadores seria adotado o número permitido pela CF/1988 (RE 197.917-8/SP) (MARTINS; RODRIGUES, 2007, p.189-193; MARINS, 2012, p. 742 e ss).

Também se recorda a decisão na ADI 1.102-2, quando o Ministro Sepúlveda Pertence proferiu decisão em sede de controle de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade das expressões "empresários" e "autônomos", contidas no art. 22, I, da Lei 8.212/1991, embora não tendo atribuído efeito prospectivo à decisão,

(...) por considerar que o vício da lei fora objeto de questionamento desde o início de sua vigência, alertava aquele ministro para a necessidade de se graduar os efeitos de sua decisão para afastar a invalidade da norma com efeitos 'ex tunc', mesmo no caso de reconhecimento do vício maior que é a inconstitucionalidade. (MARTINS; RODRIGUES, 2007, p.194-197)

Portanto, há casos em que a modulação de efeitos pode ser feita tanto em benefício do Estado (leia-se Fazenda Pública) como do cidadão. Basta que, *a priori*, seja verificada a possibilidade evidente de lesão ao interesse social ou à segurança jurídica e, dependendo do caso em específico, observando-se os requisitos previstos nos arts. 27 e 11 das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, para o controle concentrado.

Ainda, cabe lembrar o julgamento do RE 38196/MG, sobre a decisão da Corte no sentido da incidência da Cofins sobre as sociedades prestadoras de serviços profissionais,

contrariando expressamente o enunciado da Súmula 276, na época ainda vigente, interpretação que foi repetida em decisões posteriores, como no julgamento do RE 377.457/PR, e que, por sua vez, foi decidido em conjunto com o RE 381964/MG. A decisão da Suprema Corte reforçou a incidência da contribuição sobre sociedades prestadoras de serviços profissionais.

Entretanto, a decisão contrariou expressamente interpretação já pacificada do STJ, a ponto de se ver sumulada. Nesse sentido, oportuna é a reprodução da Súmula 276 do STJ: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”. A decisão prolatada pelo STF causou surpresa aos contribuintes, que tinham como certa e inequívoca a interpretação dada pelo STJ.

Na decisão houve análise de possibilidade de modulação de efeitos em favor dos contribuintes, com votação nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999. Contudo, na votação não se alcançou o quórum necessário para autorizar a modulação de efeitos. Tal situação gerou críticas por parte da literatura especializada já que a violação à segurança jurídica era manifesta, incutindo inclusive parcela da doutrina em considerar que a modulação de efeitos, em certas circunstâncias, como era o caso de tão somente alteração de jurisprudência dominante<sup>5</sup> (e não de declaração de inconstitucionalidade), poderia prescindir da necessidade do quórum previsto no art. 27<sup>6</sup>, pois não produziria realidade jurídica nova (como é o caso de decisão de inconstitucionalidade que, em face da própria rigidez constitucional, impunha a necessidade de quórum de votação nesses casos) (MARINS, 2012, p. 744).

Nenhuma norma que crie obrigação tributária a ser cumprida pelos contribuintes está eximida de se submeter ao sólido sistema de limitações constitucionais ao poder de tributar

---

<sup>5</sup> Nesse contexto, Luís Roberto Barroso vai além, e afirma não assiste razão à imposição de *quorum especial*, fundamentado no art. 27 da Lei supra ventilada, pois não houve declaração de inconstitucionalidade, “(...) mas apenas mudança de orientação jurisprudencial, o que não poderia autorizar o quórum qualificado, já que não se encontra entre as hipóteses que autorizam a adoção do quórum de dois terços” (BARROSO, s/d, p. 01 e ss).

<sup>6</sup> Nesse sentido, por exemplo, Luís Roberto Barroso que, antes de ser empossado ministro daquela Suprema Corte, manifestou-se contrariamente à decisão do STF, pois entendeu pela desnecessidade do cumprimento dos requisitos previstos no art. 27 para autorizar a modulação dos efeitos da decisão supra. Barroso fundamentou sua posição defendendo existir apenas quatro hipóteses que autorizariam a modulação dos efeitos: “a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) declaração incidental de inconstitucionalidade; c) declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) mudança de jurisprudência”. Naturalmente, o autor não se restringiu apenas às hipóteses previstas no art. 27 da Lei 9.868/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999, referindo-se às diversas possibilidades que implicam na modulação de efeitos, escapando inclusive da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. A principal discussão aqui reside na necessidade ou não de se cumprir o *quorum especial* previsto no art. 27 da Lei 9.868/1999, (2/3), tendo em vista que o problema em tela refere-se à alteração de jurisprudência dominante, e não à hipótese de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato (BARROSO, s/d, p. 01 e ss).

e, nesse contexto, é indiscutível que o novo entendimento do STF deveria atentar aos princípios constitucionais tributários.<sup>7</sup>

No âmbito doutrinário, ainda, no que se refere à possibilidade de modulação de efeitos em matéria tributária, alguns autores foram mais longe e chegaram a afirmar a inaplicabilidade dos arts. 27 e 11 das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 em matéria tributária, como é o caso de Ives Gandra da Silva Martins, em situações contrárias ou prejudiciais aos interesses do contribuinte.<sup>8</sup>

Em verdade, não se pode deixar de recordar a oportuna reflexão de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, para quem a alteração jurisprudencial, que importe em majoração do tributo não poderá ter efeito retroativo, "(...) pois àquele a quem se assegurou a estabilidade do ordenamento e a possibilidade de previsão e de cálculo dos efeitos jurídicos das suas condutas não se deve surpreender" (PIMENTA, 2006, p. 358-372).

No mesmo sentido, assinala Misabel Derzi:

"(...) As modificações da jurisprudência não podem configurar surpreendentes reviravoltas judiciais, sem que o juiz atenuar os efeitos da mudança, protegendo a confiança e a boa-fé daqueles que tinham pautado seu comportamento de acordo com os comandos judiciais superados (...)" (DERZI, 2009, p. 25 e ss).

Não por acaso, Ricardo Lobo Torres complementa:

A modulação dos efeitos da decisão judicial é fruto do pensamento consequencialista, seja favorável ao fisco, seja benéfico ao contribuinte. É via de mão dupla. O argumento *ad consequentiam* passa a ter grande peso nas modernas teorias da justiça constitucional. A doutrina brasileira tem avançado ultimamente, para defender a *prospective overruling* mesmo fora do controle de constitucionalidade. Misabel Derzi entende que "a regra deve ser a retroação (efeitos *ex tunc*) nas sentenças declaratórias, e a exceção, a modulação de efeitos; mas em relação às modificações jurisprudenciais, prejudiciais ao contribuinte, a solução se inverte, a regra deverá ser a modulação de efeitos, com a aplicação plena dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva";

---

<sup>7</sup> Nesse diapasão, recorda-se também da lição de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, para quem a modificação de jurisprudência, em matéria tributária, poderá visar pelo menos cinco hipóteses normativas: "a) norma impositiva tributária (norma que institui o tributo); b) norma que prescreve obrigação acessória; c) norma que estabelece qualquer tipo de benefício fiscal (ex: anistia, isenção, etc); d) norma que versa sobre procedimento administrativo ou jurisdicional; e) norma que prescreve uma sanção tributária" (PIMENTA, 2006, p. 358-372).

<sup>8</sup> Assim, Ives Gandra Martins defende a modulação de efeitos a favor do contribuinte, e cita o exemplo da Súmula 8 do STJ. Fundamenta sua opinião no art. 150, I, da CF, que estabelece o princípio da legalidade tributária. E reforça: "À evidência, se os artigos das referidas Leis admitissem que tributos ilegais e inconstitucionais pudessem ser exigidos, cobrados e mantidos, estariam a ferir, dramaticamente, a Lei Suprema, sobre gerar irresponsabilidade fiscal ilimitada. Sua admissão seria irracional, pois o caos decorreria da modulação. Já em casos como o de Mira Estrela, o caos decorreria da não modulação. A meu ver, portanto, não se aplicam ambos os artigos em matéria tributária, contra o contribuinte. A favor, podem ser aplicados, como ocorreu no caso da Súmula n.8 do pretório Excelso" (MARTINS, 2010, p. 48-58).

tal posição configura, a nosso ver, um consequencialismo às avessas. (TORRES, 2016, p.159-160)

Assim, considerando os antecedentes doutrinários ligados à modulação de efeitos, bem como a experiência legislativa e jurisprudencial antecessora, encaminha-se ao tópico derradeiro que abordará a modulação de efeitos no contexto do art.927, parágrafo 3<sup>a</sup> do Novo Código de Processo Civil, de 2015.

## **6 A MODULAÇÃO DE EFEITOS E O ART. 927, PARÁGRAFO 3<sup>a</sup> DO NOVO CPC/2015 (LEI N.13.1015/2015)**

Em primeiro lugar, não há que duvidar que o acréscimo trazido pelo parágrafo 3<sup>a</sup> do art. 927 do Novo CPC em grande parte reforça tendência já abalizada no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, expandindo a possibilidade do uso de modulação de efeitos (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260). Mais precisamente, o artigo 927<sup>9</sup>, § 3<sup>o</sup> do “Novo CPC” (Lei n.º 13.105/2015) consagra expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos de decisões por parte de juízes e tribunais, alargando também a materialidade a ser objeto de modulação.

No mesmo sentido aponta Cássio Scarpinella Bueno:

A menção (no § 3<sup>o</sup>) a ‘tribunais superiores’ com iniciais minúsculas merece ser interpretada para albergar também os Tribunais de Justiça dos Estados, o do Distrito Federal e Territórios e os Tribunais Regionais Federais. (BUENO, 2015, p. 571 e ss)

Em síntese, dispõe o art. 927 sobre a necessidade de juízes e tribunais observarem: a) decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade (inc. I); b) enunciados de

---

<sup>9</sup> Assim, o artigo 927 traz o seguinte conteúdo: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1<sup>o</sup> Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1<sup>o</sup>, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2<sup>o</sup> A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3<sup>o</sup> Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4<sup>o</sup> A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5<sup>o</sup> Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

súmula vinculante (inc.II); c) acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inc.III); d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inc.IV); a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inc.V).

Adicionalmente, o próprio art. 927 impõe às decisões judiciais o dever de observarem os artigos 10<sup>10</sup> e 489<sup>11</sup>, parágrafo 1<sup>a</sup> do CPC/2015, consagrando o dever de fundamentação das decisões por magistrados e tribunais, a proporcionarem a correta manifestação das partes.

Trata-se, em verdade, de tendência trazida pelo Novo CPC, observável nos artigos 926 e 927, e que se refere à valorização dos chamados “precedentes” (STRECK, 2016, p. 01 e ss) oriundos de tribunais superiores, especialmente em relação à sua observância por tribunais e juízes de primeiro grau (JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 338 e ss; 352 e ss; BUENO, 2015, p. 567 e ss).

Por outro lado, o § 3º do artigo 927 trouxe o seguinte acréscimo:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (BRASIL, 2015)

Trata-se de importante adição ao Código de Processo Civil, especialmente no que tange à expansão da possibilidade de modulação de efeitos em decisões que versem sobre duas

---

<sup>10</sup> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>11</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

hipóteses específicas: a) em caso de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores; b) na hipótese de julgamento de casos repetitivos.

Pode-se ver que a estrutura do parágrafo 3º do art. 927 inspira-se no art.27 da Lei 9.868/1999, ao proferir que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999)

Ainda, recorde-se também que o enunciado do art. 11 da Lei 9.882/1999, nesse caminho, favoreceu a possibilidade de modulação de efeitos em decisões do STF prolatadas em arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999)

Nos termos da Lei 9.868/1999 e art.11 da Lei 9.882/1999, bem como do art.927, parágrafo 3º do CPC/2015, e observando-se o excepcional interesse social e a segurança jurídica, a princípio, o poder judiciário estará autorizado a modular os efeitos de suas decisões, atendidas essas circunstâncias.

A diferença preliminar entre os citados dispositivos refere-se a dois quesitos: a) quanto à titularidade ativa da modulação de efeitos: no caso do art. 27 da Lei 9868/1999 e do art.11 da Lei 9.882/1999, o Supremo Tribunal Federal; no caso do art. 927, parágrafo 3º, do CPC/2015, os tribunais e os juízes; b) quanto ao procedimento para deflagrar a modulação de efeitos: segundo a Lei 9868/1999, no art.27, e da mesma forma no art.11 da Lei 9.882/1999, exige-se quórum de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal para autorizar a restrição dos efeitos da declaração ou mesmo decidir que ela só possua efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou a partir de outro momento pré-fixado; no caso do art.927, parágrafo 3º, não há previsão expressa de quórum de aprovação (TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

Noutro aspecto, apontam Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos que

(...) a única diferença entre a modulação dos efeitos temporais nas ações de controle de constitucionalidade (processo coletivo especial), prevista nos artigos 27 da Lei

9868/99 e 11 da Lei 9882/99, para a modulação de efeitos temporais na alteração/revogação de um precedente, é que naquele caso a ampliação é exclusiva para questões constitucionais, enquanto neste é aplicável em sentido mais amplo (questões infraconstitucionais e constitucionais. (FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2016, p.653-655)

Embora o art. 927, parágrafo 3<sup>a</sup> constitua importante novidade para o Processo Civil, já que amplia a titularidade ativa e o campo de atuação no uso da modulação de efeitos, deve-se ter em conta que tal inovação insere-se em já amadurecida tendência que tem sido absorvida pelos Tribunais brasileiros, motivo pelo qual o art. 927 não causa surpresa. Essa tendência de averiguar as consequências negativas ou positivas de decisões, restringindo seus efeitos em determinadas circunstâncias, e originalmente ligadas a casos de repercussões gerais analisadas em sede de controle concentrado (pelo STF), passa também a incutir-se em controle difuso, feita por tribunais e juízes de primeiro grau, também por força do chamado “consequencialismo”, conforme já observado nos tópicos antecedentes, e no caso do parágrafo 3<sup>a</sup> do art. 927, ligado às duas hipóteses, quais sejam, em alteração de jurisprudência dominante ou em sede de julgamento de recursos repetitivos.

Além disso, a própria literatura especializada, como visto, já defendia a expansão do uso da modulação de efeitos, para além do controle concentrado, mesmo antes da alteração legislativa trazida pelo CPC/2015, por conta de vários casos em que contribuinte poderia ser prejudicado em face de alteração de jurisprudência dominante, por exemplo.

Em muitos aspectos, a experiência doutrinária e jurisprudencial impulsionadas pelos dispositivos da Lei 9868/1999, no art.27, e da mesma forma no art.11 da Lei 9.882/1999, inspiraram a posterior inclusão do art.927 do Novo CPC, autorizando juízes e tribunais à modulação dos efeitos de suas decisões atendendo às necessidades de observância de segurança jurídica ou de relevante interesse social no caso de alteração de jurisprudência dominante ou em sede de recursos repetitivos. Da mesma forma, não se pode negar também que tal inclusão no Novo CPC liga-se à crescente tendência de valorização dos precedentes oriundos de tribunais superiores para serem observados em instâncias inferiores, tendo em vista a harmonização de julgados.

Em matéria tributária, a consideração da modulação de efeitos tal como prevista no art.927, parágrafo 3<sup>a</sup> do Novo CPC, já pode ser vista em alguns julgados, conforme se observa em recentes acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>, e por Tribunais Regionais

---

<sup>12</sup> “(...) 6. Não há contradição na modulação de efeitos da decisão recorrida realizada, pois se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de

Federais<sup>13</sup>, especialmente tendo em vista a repercussão geral do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 574.706, que decidiu pela exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, d.j. 15/03/2017)<sup>14</sup>. Como ainda não houve trânsito em julgado, resta aguardar eventual e posterior pedido por parte da Fazenda Pública para que haja modulação de efeitos, em face da segurança jurídica.

Por outro lado, o sistema de flexibilização da capacidade ativa para a modulação dos efeitos baseados na segurança jurídica e excepcional interesse social por parte de tribunais ou juízes de primeiro grau, assim como a expansão material trazida com ela, gera também o receio de que casos semelhantes sejam julgados ou recebam efeitos distintos de acordo com o momento em que sejam decididos, ainda que essas pessoas estejam em situações idênticas (o que poderia indicar potencial violação ao princípio da isonomia) (TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260).

Finalmente, registra-se a oportuna reflexão de Rodrigo Martone e Alice Marinho, para quem:

---

interesse social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente (*prospective overruling*). Art. 927, §3º, do CPC. 7. O comando dispositivo do acórdão detém densidade suficiente para a satisfação executiva da pretensão deduzida em juízo, sendo assim o montante e as parcelas devidas ultrapassam o âmbito de cognoscibilidade do recurso extraordinário e de conveniência da sistemática da repercussão geral. RE-QO 593.995, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.06.2014. 8. Embargos declaratórios rejeitados. (RE-ED-segundos 593849, Relator Ministro Luis Edson Fachin)

<sup>13</sup> Conferir, por exemplo, (AI 00008642320174030000, TRF 3ª Região, Relator Des. Antonio Cedeno): “PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE EXECUTIVIDADE. IMPUGNAÇÃO DE AVALIAÇÃO. PRECLUSÃO. EDITAL DE LEILÃO JÁ PUBLICADO. INCLUSÃO DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE PARCELAMENTO. INUTILIDADE. BAIXO VALOR DO DÉBITO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO”.

<sup>14</sup> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706/PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 15/03/2017).

Ocorre, contudo, que as previsões trazidas no artigo 927 e, em especial, a previsão contida no parágrafo 3º no sentido de que pode haver modulação de efeitos por parte do juiz de primeiro grau ou tribunal, seja de segunda instância ou superior, quando ocorrer alteração de jurisprudência dominante, podem acabar por violar os princípios da segurança jurídica e da isonomia, trazendo inclusive decisões contraditórias que tratam de maneira distinta pessoas em situação idêntica. Isso porque, dentro dessas novas diretrizes, um determinado caso concreto pode tratar de um litígio que ocorreu em um determinado momento, quando havia um entendimento jurisprudencial, depois ser julgado com base em súmula ou enunciado que venha a ser revisado por um tribunal, e poderá, ainda, sofrer a modulação de efeitos, em que será aplicado o entendimento jurisprudencial mais recente. Ou seja, a parte que ajuizou uma ação com determinada expectativa sobre a causa poderia ter a sua expectativa frustrada com a aplicação retroativa de uma jurisprudência consolidada posteriormente. (MARTONE; MARINHO, 2017, p. 01 e ss)

Logo, mesmo em matéria tributária, onde a segurança jurídica é vista com particular atenção (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260), o sistema de modulação de efeitos alargado trazido pelo parágrafo 3º do art.927 do Novo CPC, que, afinal, consolida tendência ampliativa do recurso à modulação de efeitos no Poder Judiciário, merece cuidados e atenção por parte dos julgadores, especialmente pelo potencial risco à segurança jurídica e mesmo à isonomia tributária.

## 7 CONCLUSÕES

Portanto, apresentados alguns breves apontamentos sobre o princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos no Sistema Tributário Brasileiro (particularmente no que diz respeito à possibilidade de modulação de efeitos no âmbito do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade), observou-se que o tema impulsiona importantes discussões, sobretudo no que tange aos precedentes judiciais.

Não por acaso, decisões emanadas do Poder Judiciário, conforme ensina Misabel Derzi, constituem

(...) direito novo, como expectativa normativa. Não apenas o direito 'inter partes'. A nova norma 'judicial' (com seus efeitos específicos 'ex tunc ou ex nunc'), em certo momento, será convertida em expectativa normativa, para aplicação igual aos casos similares que pertencem ao mesmo grupo de casos. (DERZI, 2009, p. 248-258)

Essas reflexões ligam-se à temática da natureza dos efeitos de decisões judiciais, em sede de controle de constitucionalidade repressivo, com fundamento nos arts. 102 e 103, da CF/1988, e, para o que interessa ao presente estudo, à problemática da modulação de efeitos de decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

Após breve revisão doutrinária, jurisprudencial e legislativa ligada à segurança jurídica e ao consequencialismo, em suas respectivas relações com a modulação de efeitos trazida nos artigos 27 e 11 das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, incluindo-se a inovação prevista no artigo 927, parágrafo 3<sup>a</sup> do Novo CPC, acrescentam-se algumas conclusões complementares.

Nesse aspecto, o dispositivo do parágrafo 3<sup>a</sup> do art. 927 do Novo CPC/2015, autoriza a modulação de efeitos, expandindo a titularidade ativa da modulação, para os Tribunais e os Juízes, bem como estendendo a matéria potencialmente atingida pela modulação. A autorização para modulação de efeitos se coaduna também com os objetivos do art. 926 e 927 do Novo CPC/2015, especialmente tendo em vista a consagração (inclusive vinculante) dos chamados “precedentes” em matéria processual, sobretudo ligada à modificação de jurisprudência dominante e no julgamento de recursos repetitivos.

Reforce-se, contudo, que essa expansão já vinha sendo praticada inclusive pela jurisprudência, e abalizada pela literatura especializada, especialmente no âmbito de alteração de jurisprudência dominante, de forma que a consagração legislativa do art. 927, parágrafo 3<sup>a</sup>, apenas consolida o fenômeno, dando-lhe suporte legal, tendo em vista a produção das partes, em situações de potencial insegurança jurídica, sobretudo.

Diferentemente das Leis 9.868/1999, no art. 27, e do art. 11 da Lei 9.882/1999, não há previsão expressa de quórum de votação pelos Tribunais, já que se encaixa nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivo. Além disso, o art. 927 do Novo CPC refere-se diretamente aos casos de alteração de jurisprudência dominante e no julgamento de recursos repetitivos.

A modulação de efeitos, enquanto reflexo do consequencialismo aplicado ao direito brasileiro, deve ser refletida com ponderações e reservas, especialmente à luz das relações entre o consequencialismo e a segurança jurídica em matéria tributária. Entende-se, que, no entanto, atentando-se às considerações apresentadas no presente estudo (e à própria segurança jurídica), a modulação de efeitos deve ser fortalecida. Não é por acaso que, em matéria tributária, a modulação de efeitos tal qual prevista no art. 927, parágrafo 3<sup>a</sup>, já começa a aparecer em alguns julgados recentes.

Por outro lado, a gradual consideração da modulação de efeitos prevista no art. 927, parágrafo 3<sup>a</sup> do Novo CPC também leva a preocupações sobre se a sua aplicabilidade não poderia acabar gerando vícios à segurança jurídica e à própria isonomia, em certas

circunstâncias. De qualquer forma, tais riscos deverão ser ponderados e sopesados conforme a situação, exigindo-se do julgador a diligência adequada em face dos interesses envolvidos no caso concreto em análise.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bérghmann. *Sistema Constitucional Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Parecer. Modulação de Efeitos. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Documento anexo aos Embargos de Declaração promovidos em sede de *Recurso Extraordinário 377457*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312030323&tipoApp=.pdf>. Acesso em 27 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2011.

DERZI, Misabel. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

FILHO, Marçal Justen. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Jus Podium: Salvador, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. 9. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Efeitos das Decisões do STF, em matéria tributária, em situações de mudança de jurisprudência (Créditos de IPI, nas hipóteses de alíquota zero). In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos prospectivos de decisões judiciais em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, jun. 2010.

MARTONE, Rodrigo; MARINHO, Alice. *O sistema de precedentes e a modulação de efeitos no novo CPC*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/sistema-precedentes-modulacao-efeitos-cpc>. Acesso em 27 fev. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O Princípio da Segurança Jurídica em face de Mudança da Jurisprudência Tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2006. v. 10.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança Jurídica no Direito Tributário e Modulação de Efeitos em Decisões de Inconstitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, n. 130, 2016.

TEODOROVICZ, Jeferson. Modulação de Efeitos e Tributos Inconstitucionais. In: DANTAS, José André Wanderlei; ROSENBLATT, Paulo. *Direito Tributário: os 30 Anos do Sistema Tributário Nacional na Constituição: estudos em Homenagem a Ricardo Lobo Torres*. Recife: Edição dos Organizadores, 2018.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachin. *Direito Tributário*. Trad. da 18. ed. alemã. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. 1.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *O consequentialismo e a modulação de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal*. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi

(Coords.). *Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos – UERJ, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. O consequencialismo e a modulação de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética-IBDT, n. 24, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em 27 fev. 2018.