

ISBN:978-65-87582-62-7

O DIREITO E O FUTURO

Organizadores

Carla Piffer

Bruno Makowiecky Salles

Paulo Márcio Cruz



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



Universitat 'Alacant
Universidade de Alicante

Widener University 
Delaware Law School

2022

O DIREITO E O FUTURO

Organizadores

Carla Piffer

Bruno Makowiecky Salles

Paulo Márcio Cruz



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



Universitat 'Alacant
Universidade de Alicante

Widener University 
Delaware Law School

2022

Reitor
Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão
Rogério Corrêa

Vice-Reitoria de Graduação
José Everton da Silva

Diretor de Internacionalização
Paulo Márcio Cruz

Organizadores
Carla Piffer
Bruno Makowiecky Salles
Paulo Márcio Cruz

Autores
Adilor Danieli
Airto Chaves Junior
Alexandre Morais da Rosa
Alexandre Orion Reginato
Benedito Antonio Alves
Bruno Makowiecky Salles
Carla Piffer
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Dirajaia Esse Pruner
Gilson Jacobsen
Marcelo Buzaglo Dantas
Márcio Ricardo Staffen
Pablo Milanese
Paulo Márcio Cruz
Pedro Manoel Abreu
Romano José Enzweiler
Thiago Aguiar de Pádua
Wastony Aguiar Bittencourt
Ygor Felipe Távora da Silva

Projeto Editorial/Capa
Alexandre Zarske de Mello

Diagramação
Pedro Gabriel Cardoso Passos

Revisão
Jaqueline Cristina de Fátima Okubo Rangel
Pedro Gabriel Cardoso Passos

Comitê Editorial E-books/PPCJ

Presidente
Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo
Alexandre Zarske de Mello

Membros
Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)
Dra. Flávia Noversa Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)
Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)
Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)
Dr. Javier Gonzaga Valencia Hernandez
(UCALDAS/COLÔMBIA)
Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)
Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED)
Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)

Projeto de Fomento
Essa obra é resultado da socialização de pesquisas realizadas em estágios pós-doutorais em renomadas instituições estrangeiras como a Università Degli Studi di Perugia - UNIPG, a Universidad de Alicante – UA e a Delaware Law School – Widener University, estimulando à produção do conhecimento científico, conta ainda com apoio da COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES – CAPES/MEC, através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX.

FICHA CATALOGRÁFICA

D628 O direito e o futuro [recurso eletrônico] / organizadores Carla Piffer, Bruno Makowiecky Salles, Paulo Márcio Cruz – Dados eletrônicos. – Itajaí : Ed. da Univali, 2022.

Vários autores
Inclui bibliografias
Modo de acesso: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>
ISBN 978-65-87582-62-7 (e-book)

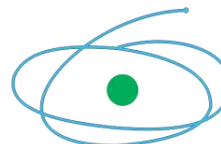
1. Direito. 2. Sustentabilidade. 3. Direitos humanos. 4. Poder judiciário. 5. Futuro. 6. Responsabilidade (Direito) I. Piffer, Carla. II. Salles, Bruno Makowiecky, III. Cruz, Paulo Márcio. IV. Universidade do Vale do Itajaí. V. Título.

CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Comunitária da Univali Campus Itajaí

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.



Programa de Excelência Acadêmica - PROEX

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| APRESENTAÇÃO | 6 |
| Paulo Márcio Cruz..... | 6 |
| ÁGUAS DE REÚSO: INTERSECÇÕES E EXPERIÊNCIAS ENTRE BRASIL E ESPANHA..... | 7 |
| Adilor Danieli..... | 7 |
| Denise Schmitt Siqueira Garcia | 7 |
| BENS JURÍDICOS COLETIVOS E TUTELA PENAL: ANOMIA DE CRITÉRIOS E EXPANSÃO <i>AD HOC</i> DE INCRIMINAÇÃO | 27 |
| Airto Chaves Junior | 27 |
| Thiago Aguiar de Pádua | 27 |
| A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM UMA VISÃO MACROECONOMICA..... | 60 |
| Alexandre Orion Reginato | 60 |
| PODER JUDICIÁRIO: DA EXPANSÃO GLOBAL ÀS AMEAÇAS CONTRA A INDEPENDÊNCIA..... | 79 |
| Bruno Makowiecky Salles..... | 79 |
| Marcelo Buzaglo Dantas..... | 79 |
| Paulo Marcio Cruz..... | 79 |
| A REINVENÇÃO DO ESTADO NA ERA DIGITAL..... | 103 |
| Carla Piffer | 103 |
| Benedito Antonio Alves | 103 |
| A RECENTE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI DE AGROTÓXICOS NO BRASIL E A PROTEÇÃO HÍDRICA: VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL?..... | 124 |
| Adilor Danieli..... | 124 |
| Denise Schmitt Siqueira Garcia | 124 |
| A OIT E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES..... | 138 |
| Dirajaia Esse Pruner | 138 |
| Alexandre Moraes da Rosa..... | 138 |
| JURISDIÇÃO E FUTURO: ENTRE O INEVITÁVEL E O ESSENCIAL | 166 |
| Gilson Jacobsen | 166 |
| A (I)LIMITADA RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: outro desafio da turboglobalização para a jurisdição criminal..... | 173 |
| Gilson Jacobsen..... | 173 |
| Pablo Milanese | 173 |
| MECANISMOS DE REGULAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO EM TEMPOS DE PATENTES DE MICROORGANISMOS TRANSGÊNICOS E CULTIVARES: DESAFIOS TRANSNACIONAIS PARA A PRODUÇÃO DO DIREITO | 189 |
| Márcio Ricardo Staffen | 189 |
| RESPONSABILIDADE CIVIL EM PERSPECTIVA: A FUNCIONALIDADE PREVENTIVA..... | 211 |

| | |
|--|-----|
| Pedro Manoel Abreu | 211 |
| Romano José Enzweiler | 211 |
| Educação fiscal e transparência fiscal: faces da mesma moeda na consecução dos direitos fundamentais do contribuinte | 243 |
| Wastony Aguiar Bittencourt | 243 |
| DIREITOS HUMANOS NA IMIGRAÇÃO VENEZUELANA AO BRASIL: DIREITO AO AMANHÃ .. | 264 |
| Ygor Felipe Távora Da Silva | 264 |

APRESENTAÇÃO

O livro que tenho a satisfação de apresentar reúne estudos produzidos no âmbito do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Itajaí - UNIVALI. Trata-se de um projeto acadêmico novo, mas já bem-sucedido, marcado com a nota de internacionalização que caracteriza os Cursos da UNIVALI ao possibilitar a realização de estágios pós-doutorais em renomadas instituições estrangeiras como a Università Degli Studi di Perugia - UNIPG, a Universidad de Alicante – UA e a Delaware Law School – Widener University. O resultado reflete produtos científicos de alta qualidade, a exemplo daqueles contidos neste volume.

A coletânea constitui-se em um e-book de vanguarda destinado a explorar, inclusive em uma perspectiva interdisciplinar, uma série de problemas, tendências e respostas sobre os desafios que a Ciência Jurídica enfrentará em curto espaço de tempo. O rico universo temático abordado abrange assuntos da mais alta relevância, que compreendem desde Direitos Humanos e Fundamentais até os desafios da Revolução Tecnológica. A obra antecipa ao leitor, enfim, reflexões pertinentes e oportunas sobre << o Direito e o Futuro >>.

Trata-se de uma importante contribuição que o Pós-doutorado em Direito com Especialização em Ciência Jurídica e o programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica entregam à comunidade jurídica.

Paulo Márcio Cruz¹

Coordenador do PPCJ - UNIVALI

¹ Pós-doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela mesma instituição. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perúgia, na Itália. CV: <http://lattes.cnpq.br/4660675787614166>. E-mail: pcruz@univali.br.

ÁGUAS DE REÚSO: INTERSECÇÕES E EXPERIÊNCIAS ENTRE BRASIL E ESPANHA

Adilor Danieli¹
Denise Schmitt Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

A atual crise hídrica no Brasil (mais degradante que as anteriores), bem como as dos últimos anos, advém das mesmas condições climáticas resultantes das ações humanas, ou seja, hábitos não sustentáveis da população em geral e políticas públicas de proteção ambiental ineficientes por ação ou omissão políticas. Em que pese a imagem do passado tenha sido construída no imaginário social, diariamente apresentada pelos meios de comunicação a todas as regiões do país e fora dele, sobre o impacto das crises ambientais, principalmente nas regiões áridas e semiáridas, nos deparamos com esta realidade em outros países e no Brasil, em regiões com recursos hídricos abundantes sazonalmente, mas insuficientes para as demandas de consumos.

As crises anteriores demonstravam seu agravamento futuro e organizações internacionais voltadas à proteção dos recursos hídricos chamam a atenção desta crise e a causa da mesma, bem como apontaram soluções para amenizar ou erradicar a falta de água do planeta.

Há que se apontar sobre a atual crise hídrica no país. O período de estiagem em grande parte do país trouxe, igualmente, o esvaziamento dos reservatórios de água dos quais se originam as principais hidrelétricas, tornando a produção de energia difícil e, conseqüentemente, cara. Há que se destacar o posicionamento da Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), que aponta a atual

¹ Pós-Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI com estágio junto à Universidade de Alicante – Espanha. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, em dupla titulação com Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI. Juiz de Direito da Vara da Família, Órfãos e Sucessões de Balneário Camboriú/SC - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Professor junto à graduação da Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, lecionando a disciplina Direito Empresarial.

² Doutora em Derecho pela Universidade de Alicante, Espanha, revalidado e reconhecido no Brasil. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI - Conceito Capes 6). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante, Espanha, revalidado e reconhecido no Brasil. Especialista em Direito Processual Civil pela FURB. Professora de Graduação em Direito, de pós graduação *latu sensu* e *stricto sensu*. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado (Conceito Capes 6) e, na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Coordenadora da Pós Graduação *Latu Sensu* em Direito Processual Civil na UNIVALI. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI Dedicar suas atividades acadêmicas ao estudo do Direito Civil, Direito Processual Civil, Sustentabilidade, Governança e Meio ambiente. Advogada militante desde 1997 em processos em âmbito nacional. Autora de diversos artigos, capítulos de livros e livros. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1710-3642>

crise energética como a pior em 91 anos.³

Nesta seara, o presente artigo pauta-se em uma dessas soluções: a utilização da água de reúso para oferta de água segura para fins essenciais e outros fins. Assim, abordar-se-á aspectos conceituais do reúso; a base legal e experiências de reúso na Espanha e, finalmente, no Brasil.

Para a elaboração do artigo foi utilizado o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas do fichamento e da revisão bibliográfica.

1. O REÚSO NO CONTEXTO DA CRISE HÍDRICA NO BRASIL

A crise atual oriunda da escassez de água acabou afetando os sistemas abastecimento, promovendo amplo debate relativo às possibilidades de soluções que sejam economicamente viáveis para a crise hídrica. Neste cenário de discussões sobre tecnologias e processos solucionadores, há certo consenso em torno da necessidade de melhorias técnicas aplicáveis aos sistemas de coleta, tratamento e distribuição que não apenas afete as hidroelétricas, mas também, os sistemas de esgoto e água potável, qualidade dos corpos de água e diminuição de infiltrações. Não se quer com isso negar a crise energética, tendo em vista o alto consumo de energia acima da capacidade das hidrelétricas.

Assim, insere-se no tema do artigo o reúso das águas, constantemente presente no cenário das soluções por meio dos profissionais diretamente ou indiretamente vinculados à área ambiental.

A temática reúso surge na década de 1960, mas, apenas nos anos 2000 torna-se relevante cientificamente com o consenso no entorno da escassez de água em âmbito global. Alia-se os grandes eventos ambientais na seara internacional, tais como a ECO 92 e a Agenda 21, ambas elaboradas na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992 no Rio de Janeiro.

Com o objetivo de ir de encontro aos desafios ambientais do presente século, a Agenda 21 acabou por trazer o reúso ao centro do debate ao recomendar o mesmo aos países partícipes do

³ NOS. Operador Nacional do Sistema Elétrico. **Nota à imprensa:** esclarecimentos em relação à Nota Técnica sobre avaliação das condições de atendimento elétricoenergético do sistema interligado nacional – estudo prospectivo junho a novembro de 2021: “O ONS reforça que o país passa pela pior crise hidrológica desde 1930 e que nos últimos sete anos os reservatórios das hidrelétricas receberam um volume de água inferior à média histórica. É neste contexto que todos os esforços estão sendo envidados, com transparência e informação à população, para que o país atravesse a crise hídrica sem problemas no fornecimento de energia, que como dito anteriormente, está garantido este ano”. Disponível em: <http://www.ons.org.br/Paginas/Noticias/Nota-a-imprensa-Esclarecimentos-em-relacao-a-nota-tecnica-Avaliacao-das-Condicoes-de-Atendimento-Eletoenergetico-do-SIN.aspx>. Acesso em 26 jul. 2021.

evento, que implementem em suas políticas públicas, ações implementadoras de novas formas de uso e reciclagem de água que integrem, ainda, práticas ambientais adequadas e proteção da saúde pública.⁴

Para tanto, o que se deve analisar com urgência é a gestão dos recursos hídricos, tendo em vista que na gestão será definido como se utilizará e reciclará a água com base da política. Nesta perspectiva, deve se considerar o engajamento da sociedade pois, uma imagem não positiva do recurso (água de reúso), pode dificultar nas mentalidades e práticas sociais, a adesão da população ao reúso.⁵

Assim, delimitaremos o conceito de reúso. Para Lavrador Filho e Nucci⁶, o reúso deve ser compreendido como o aproveitamento das águas já utilizadas anteriormente em algumas atividades humanas para suprir as necessidades de outros usos benéficos e/ou, inclusive, seu uso original. Para Barros *et al*⁷, as águas de reúso se caracteriza como a reutilização de águas provenientes de efluentes tratados, bem como o produto de esgotos tratados e polidos, ou seja, que passam por tratamento nas estações de tratamento de esgoto (ETEs) e, posteriormente, por tratamento de água de reúso (ETAR).

Verifica-se duas perspectivas para ao reúso das águas: a de reúso e a reciclada, com ambas confundidas facilmente, uma com a outra. A água de reúso é popularmente conhecida como as águas pluviais aproveitadas. Neste caso, o mais acertado seria chamá-la de água reciclada, pois a água pluvial (importante instrumento de gestão hídrica), após percorrer o ciclo hidrológico natural, será captada para primeira utilização.⁸

No Brasil, o reúso é classificado quanto ao objetivo de sua utilização posterior (aproveitamento para o reúso local), reúso direto planejado e reúso indireto, seja planejado ou não.

⁴ HESPANHOL, Ivanildo. Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Indústria, Municípios, Recarga de Aquíferos. **RBRH - Revista Brasileira de Recursos Hídricos**. v. 7, n.4 Out/Dez, 2002, p. 75-95. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305306332_Potencial_de_Reuso_de_Agua_no_Brasil_Agricultura_Industria_Municipios_Recarga_de_Aquiferos. Acesso em 15 mar. 2022.

⁵ HESPANHOL, Ivanildo. **Um novo paradigma para a gestão de recursos hídricos**. Estudos Avançados, v. 22, n. 63, p. 131-158. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/Zh4fJ3wvVjJ3GsQY8rNYHPm/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁶ LAVRADOR FILHO, José; NUCCI, Nelson Luiz Rodrigues. **Contribuição para o entendimento do reúso planejado da água e algumas considerações sobre suas possibilidades no Brasil**. 1987. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/000743999>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁷ BARROS, Helder Moraes Mendes; VERIATO, Mara Karinne Lopes; SOUZA, Leandro de Pádua; CHICÓ, Luciana Rodrigues; BAROSI, Karina Xavier Leite. Reúso de água na agricultura. **Revista Verde de Agroecologia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 10, n. 5, p. 11 - 16, 3 Dec. 2015. Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RVADS/article/view/3868>. Acesso em 15 mar. 2022.

⁸ FERNANDES, Vera Maria Cartana. **Padrões para reúso de águas residuárias em ambientes urbanos**. 2009. Disponível em: <http://cbhpf.upf.br/phocadownload/2seminario/padroesreusoaguaii.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

Esta classificação é oriunda da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), nº 13.969/97.⁹

Deve ser considerado, ainda, neste contexto, a ausência de regulamentação bem específicas e de padrões reguladores que forneçam suporte ao reúso, garantindo qualidade e segurança para o consumo e seu reúso das águas para qualquer forma de contato direto.

1.1 Reuso local

No caso do esgoto de origem essencialmente doméstica ou com características similares, o esgoto tratado deve ser reutilizado para fins que exigem qualidade de água não potável, mas sanitariamente segura, tais como irrigação dos jardins, lavagem dos pisos e dos veículos automotivos, na descarga dos vasos sanitários, na manutenção paisagística dos lagos e canais com água, na irrigação dos campos agrícolas e pastagens etc. O uso local de esgoto tem a vantagem de evitar problemas como a ligação com a rede de água potável, flexibilidade nos graus de qualidade das águas a serem reusadas conforme a necessidade local etc. O tipo de reuso pode abranger desde a simples recirculação de água de enxágue da máquina de lavagem, com ou sem tratamento aos vasos sanitários, até uma remoção em alto nível de poluentes para lavagens de carros. Frequentemente, o reuso é apenas uma extensão do tratamento de esgotos, sem investimentos adicionais elevados; assim como nem todo o volume de esgoto gerado deve ser tratado para ser reutilizado. Admite-se também que o esgoto tratado em condições de reuso possa ser exportado para além do limite do sistema local para atender à demanda industrial ou outra demanda da área próxima. No caso de utilização como fonte de água para canais e lagos para fins paisagísticos, dependendo das condições locais, pode ocorrer um crescimento intenso das plantas aquáticas devido à abundância de nutrientes no esgoto tratado. Neste caso, deve-se dar preferência à alternativa de tratamentos que removam eficientemente o fósforo do esgoto. [...]

1.2 Os usos previstos para o esgoto tratado

Devem ser considerados todos os usos que o usuário precisar, tais como lavagens de pisos, calçadas, irrigação de jardins e pomares, manutenção das águas nos canais e lagos dos jardins, nas descargas dos banheiros etc. Não deve ser permitido o uso, mesmo desinfetado, para irrigação das hortaliças e frutas de ramas rastejantes (por exemplo, melão e melancia). Admite-se seu reuso para plantações de milho, arroz, trigo, café e outras árvores frutíferas, via escoamento no solo, tomando-se o cuidado de interromper a irrigação pelo menos 10 dias antes da colheita.¹⁰

Tomaremos a ABNT n.º 13.969/97 como parâmetro, tendo em vista ser a única norma de abrangência nacional, classificada quanto à forma de aproveitamento. A partir desta classificação, os tipos de reúso podem ser reúso local, reúso direto e reúso indireto. No reúso direto, os efluentes após o tratamento, são enviados diretamente para o local do reúso, planejadamente. No reúso indireto, efluentes, tratados ou não tratados, são descarregados nos corpos subterrâneos ou

⁹ ABNT. Associação Brasileira De Normas Técnicas. **NBR-13.969/97**. Tanques sépticos - Unidades de tratamento complementar e disposição final dos efluentes líquidos - Projeto, construção e operação. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=3633>. Acesso em 15 jul. 2021.

¹⁰ ABNT. Associação Brasileira De Normas Técnicas. **NBR-13.969/97**. Tanques sépticos - Unidades de tratamento complementar e disposição final dos efluentes líquidos - Projeto, construção e operação. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=3633>. Acesso em 15 jul. 2021. p. 21.

superficiais, sujeitos às ações naturais dos ciclos hidrológicos (depuração e autodepuração) captadas de forma planejada ou não planejada nas jusantes.

No Brasil, a maior demanda por água se fixa nas atividades da agricultura, principalmente, na irrigação (65% da demanda), seguindo do uso doméstico (com 18%) e, posteriormente a indústria e, por último, as atividades da pecuária. Para a produção de energia, este recurso sempre foi o mais utilizado, em detrimento de outros. A própria legislação na época (Código das Águas, de 1934)¹¹ apontava a necessidade do aproveitamento das águas industriais para a implementação de medidas que possibilitassem o potencial de geração de energia hidrelétrica. Apesar do diversificado uso das águas nas bacias hidrográficas (navegação, pesca, irrigação, abastecimento, geração de energia), ocorreram vários conflitos nas regiões sob forte demanda.

A Lei das Águas¹² brasileira, do ano de 1997, institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, criando Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SNGRH), responsável por determinar o uso prioritário da água nos tempos de escassez e nas situações de conflito supracitadas. A partir da ressignificação dada à água na medida em que o debate ambiental se aprofunda, o abastecimento humano e a dessedentação animal com água de boa qualidade, acabam por materializar a Constituição Federal de 1988. No papel.

Em alguns países ao norte da América, no Oriente Médio, na Ásia e na Europa, com escassez maior de água, o reúso se apresenta como solução bastante eficaz. Será apresentada a experiência da Espanha.

2. O REÚSO E A GESTÃO DAS ÁGUAS NA ESPANHA

Pratica-se o reúso das águas desde as grandes civilizações antigas e, na agricultura especialmente, desde o século XVIII utilizava-se o reúso direto, de efluente não tratado, tanto na América do Norte quanto na Europa. No início do século XX, os países desenvolvidos acabaram por diminuir a prática do reúso, em razão da poluição dos corpos hídricos diante da utilização de esgoto bruto constantemente, sem qualquer controle. Já os antes denominados “países em desenvolvimento” (China, Egito, Índia Líbano, Marrocos, México, Peru e Vietnam), continuaram

¹¹ BRASIL. Decreto N. 24.643, 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

¹² BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em 18 jul. 2021.

utilizando o reúso na agricultura, considerando a quantidade de nutrientes da água.¹³

A partir dessa realidade, organizações internacionais (OIs) criaram diretrizes estruturadas para o reúso das águas. Neste contexto, a Organização Mundial da Saúde (OMS) orienta que somente à utilização segura das águas residuais podem ser afetas à agricultura e, neste caminho, também aponta a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO). Também as diretrizes do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) direcionam essas águas apenas para a irrigação de campos de golfe, e recarga de aquíferos.

O uso de forma indiscriminada acabou por provocar perturbações de natureza grave ao meio ambiente e, especialmente, à água. A utilização por parte da humanidade das reservas de água, conseqüentemente acarretou poluição. Nesse contexto, a Espanha possui mais de 1.2 grandes reservatórios com mais de 15 metros de altura das barragens, o que o torna o quinto país do mundo em infraestrutura e o primeiro na União Europeia com essa capacidade¹⁴, com um total de 45 represas¹⁵, não estando livre a problemas relacionados ao abastecimento de água, pois possui o maior consumo de água per capita por dia, ou seja, 265 litros.¹⁶ Em contrapartida, no tocante às águas, o território da Espanha apresenta irregularidades de natureza temporal e espacial, ou seja, em épocas mais favoráveis apresenta, em média, uma disponibilidade de 2800m³ habitantes/ano e, em situações extremas, convive com aproximadamente 220m³ habitantes/ano. Por essa razão, para satisfazer as necessidades de todos os setores, foram desenvolvidas no país 1200 grandes barragens/reservatórios e cerca de meio milhão de poços e perfurações construídos pela iniciativa privada.¹⁷

A situação geográfica da Espanha pode ser caracterizada pela diversidade de tipos climáticos oriundos de fatores igualmente diversificados.

¹³ Jimenez-Cisneros, B. **Responding to the challenges of water security**. The eight phase of the International Hydrological Programme 2014-2021. Hydrological Sciences and Jorgensen, S., Tundisi, J.G. & Matsumura-Tundisi T. Handbook of Inland Aquatic Ecosystem Management. 422pp. Taylor & Francis, CRC Press, 2012.

¹⁴ BARAJAS, Santiago Martín. **No necesitamos más embalses**. In: Ecologismo de emergência. Publicación de 09 de febrero de 2018. Disponível em: <<http://blogs.publico.es/ecologismo-deemergencia/2018/02/09/no-necesitamos-mas-embalses/>>. Acesso em 18 jul. 2021.

¹⁵ ESPAÑA. Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. **Inventario de Presas y Embalses**. Disponível em: <<http://sig.mapama.es/snczi/visor.html?herramienta=Presas>>. Acesso em 17 jul. 2021.

¹⁶ GREENPEACE. **Agua: la calidad de las aguas en España: un estudio por cuencas**. Disponível em: <<http://archivo-es.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/other/agua-la-calidad-de-lasaguas.pdf>> Acesso em: 17 jul. 2021.

¹⁷ CAMPOS, Valéria Nagy de Oliveira. O Comitê de Bacia Hidrográfica do Alto Tietê e o Consejo de Cuenca del Valle de México. 2008. **Tese** (Doutorado em Integração da América Latina) – Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-22112010-121756/pt-br.php>> Acesso em: 17 jul. 2021.

Segundo Dominguez Alonso¹⁸:

El rasgo básico que caracteriza el marco físico y biótico del territorio español es la diversidad. Diversidad de climas, de sustratos geológicos, de regímenes fluviales, de especies animales, de vegetación, de suelos, de paisajes, etc. Desde la perspectiva hídrica, tal diversidad de ambientes supone la existencia de muy distintos entornos hidrológicos, de fuertes gradientes, de aridez, de islas de humedad en contextos secos, de fuerte variabilidad de las escorrentías, de una hidrogeología con importantes diferencias regionales y de una muy alta heterogeneidad en la distribución del agua, tanto en la España peninsular como en los archipiélagos canario y balear.

A regulamentação e gestão dos recursos hídricos espanhóis se apresenta de maneira satisfatória. No entanto, assemelha-se ao Brasil em alguns aspectos, como poluição, secas, exploração dos aquíferos e, nesta medida, as dificuldades em administrar seus bens ambientais na perspectiva da sustentabilidade. Assim como no Brasil, a Espanha dispõe de legislação que regulamenta os recursos hídricos: a Lei de Águas, Ley 29, de 1985, verdadeiro marco para a adaptação das instituições espanholas ao paradigma constitucional.

Como novo marco jurídico, a lei acabou por adequar a legislação às novas necessidades de natureza social, política e econômica, representando verdadeira ruptura com um modelo centenário estabelecido pela política hídrica da antiga lei de 1879, pautada na exploração intensa dos recursos hídricos, em desprestígio à realização de obras que garantissem a disponibilidade de água, como canais, aquedutos, para o desenvolvimento de atividades econômicas como a indústria e a agricultura, a título de exemplo, ainda que nos períodos de seca, de forma a auxiliar uma melhor distribuição da água no território espanhol.¹⁹ Esta lei sofreu modificações posteriores para sua adequação ao marco normativo comunitário, especificamente, a Directiva Marco Águas ²⁰, internalizado em âmbito espanhol pela “LEY 62/2003” que alterou “medidas fiscales, administrativas y del orden social.”²¹

A Constituição espanhola de 1978 exigiu uma atualização da regulamentação da gestão das águas, assim como ocorreu no Brasil a partir de 1988, adequando tanto a estrutura administrativa estatal responsável pela gestão das águas, a distribuição das competências e funções do Estado e

¹⁸ DOMINGUEZ ALONSO, A. P. **La administración hidráulica española e iberoamericana**. Murcia: Instituto Euromediterráneo del Agua, 2008. p.49.

¹⁹ DELGADO PIQUERAS, F. **Derecho de aguas y medio ambiente: el paradigma de la protección de los humedales**. Madrid: Tecnos, 1992. p. 122.

²⁰ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Disponível em: <http://www.mapama.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/directiva2000_60marcoaguas_tcm7-28986.pdf>. Acesso em 17 jul. 2021.

²¹ ESPAÑA. **Ley 62/2003, de 30 de diciembre**, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Disponível em: <http://www.mapama.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/ley62-2003_tcm7-29015.pdf>. Acesso em 01 dez. 2020.

de suas comunidades autônomas, quanto a determinação dos critérios e pressupostos para esta competência e operabilidade das ações. Neste sentido, determinou a localização territorial das bacias hidrográficas como critério de competência, bem como, a necessidade da solidariedade coletiva e coordenada da gestão das águas.²²

A Lei de Águas de 1985, com a atual regulamentação dada pelo “Real Decreto Legislativo 1/2001”, traz e apresenta entre seus princípios (I) um novo conceito à natureza pública das águas, (II) um planejamento hidrológico e (III) a organização das bacias. Deste modo, primeiramente, uma das novas contribuições da Lei fica a cargo do estabelecimento do conceito de que todas as águas interiores de superfície e subterrâneas são parte integrante do domínio público hidráulico. Assim, os indivíduos só podem adquirir o direito de uso, não a propriedade da água, uma vez que a sua aquisição e uso dependem de autorização administrativa prévia. Na prática, todavia, é importante ressaltar que esse extraordinário poder que foi conferido à Administração Pública não foi acompanhado de uma alocação adequada de recursos humanos e materiais, o que explica a atual realidade apresentada em território espanhol: a falta de controle de milhares de poços ilegais e a superexploração dos aquíferos.²³

Esta lei objetiva assegurar a disponibilidade da água em quantidade e qualidade de acordo com as demandas da sociedade.

Pero, a diferencia del pasado, para alcanzarlo, ahora se considera que el uso racional del agua, el respeto de su papel en la naturaleza y la conservación de los medios hídricos constituyen la mejor garantía. De ahí que se apueste por medidas como la reutilización de aguas depuradas, el control de los vertidos, la desalación de aguas salobres, la protección de los acuíferos subterráneos y de los humedales, hasta entonces apenas ensayadas.²⁴

De acordo com Embid Irujo⁵⁶², tanto a qualidade da água, quanto os problemas de quantidade são equiparáveis formalmente na exposição de motivos da lei, ressaltando ainda o autor espanhol, que a lei incorporou novidades como a utilização racional da água, entre outros. São princípios reitores da gestão das águas segundo a legislação espanhola, aqueles dispostos no seu artigo 13.²⁵

²² DOMINGUEZ ALONSO, A.P. **La administración hidráulica española e iberoamericana**. Murcia: Instituto Euromediterráneo del Agua, 2008. p. 37.

²³ DANTAS, Marcelo Buzaglo; SCHMITT, Guilherme Berger. Os desafios da sustentabilidade ambiental na gestão dos recursos hídricos: o papel do direito e do poder público no Brasil e na Espanha. In: GIMÉNEZ, Andrés Molina; *et al.* **Água, sustentabilidade e direito (Brasil e Espanha)**. Itajaí: Univali, 2015. p. 24-25.

²⁴ DELGADO PIQUERAS, F. El proceso de aplicación de la Ley de Aguas de 1985 y las nuevas exigencias de protección del dominio hidráulico que plantea la Directiva Marco del Agua. Murcia: Instituto Euromediterráneo de Aguas, 2008. p. 839.

²⁵ “Artículo trece. El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios: 1.º Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de

Notadamente, vislumbra-se as políticas de saneamento possibilitadas por meio da regulamentação dada pela Diretiva nº. 91/271/CEE do Conselho Europeu sobre o tratamento das águas residuais urbanas, de maio de 1991, alterada posteriormente por meio da Diretiva nº. 98/15/CE da Comissão Europeia, sobre a qualidade das águas, bem como o “Plan Nacional de Calidad de las Aguas 2007-2015” surge a partir do acordo realizado com cada uma das Comunidades e Cidades Autônomas, que apontaram a conveniência de se coordenar esforços, bem como a iniciativa governamental através de seu Ministério do Meio Ambiente, dentro do absoluto respeito às competências estabelecidas em matéria de saneamento e depuração da Conferência Setorial do Meio Ambiente celebrada nas Canárias em 2006.²⁶

Enquanto integrante da União Europeia, o país demonstra preocupação com a sua gestão dos recursos hídricos, tendo avançado no tocante à sustentabilidade, principalmente a partir do desenvolvimento de um aparato instrumental para o reuso das águas residuais. O reuso, no contexto espanhol, promove a qualidade e quantidade das águas, contribuindo, assim, para os objetivos do desenvolvimento sustentável.

O reuso seria a técnica que permite a obtenção de novos recursos hídricos, recomendável enquanto serviço público concreto que requer um empenho maior da Administração Pública no sentido de construir e explorar instalações de regeneração da água. Assim, determina que “Las aguas residuales tratadas se reutilizarán cuando proceda. Las vías de evacuación reducirán al mínimo los efectos adversos sobre el medio ambiente”, a Diretiva 91/271/CEE²⁷, relativa ao tratamento das águas residuais urbanas, impõe a necessidade do reuso a partir do ordenamento jurídico espanhol.²⁸

Após, a Diretiva Marco de Água²⁹ (Directiva 2000/60/CE) inseriu no marco comunitário, o

los usuarios. 2.º Respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico. 3.º Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.” ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas**. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-16661>. Acesso em 17 jul. 2021.

²⁶ ESPAÑA. **El Plan Nacional de Calidad de las Aguas: saneamento e depuración 2017-2015**. Disponível em: <http://www.mapama.gob.es/es/agua/planes-y-estrategias/PlanNacionalCalidadAguas_tcm7-29339.pdf>. Acesso em

²⁷ Artigo 12.1. CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Diretiva 91/271/CEE, **de 21 de maio de 1991**, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0271&from=PT>>. Acesso em 20 nov. 2017.

²⁸ NAVARRO CABALLERO, Teresa María (Coord.). **Reutilización de aguas regeneradas: aspectos tecnológicos y jurídicos**. Múrcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, 2010. p. 261.

Artigo 12.1. CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Diretiva 91/271/CEE, **de 21 de maio de 1991**, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0271&from=PT>>. Acesso em 20 nov. 2017.

²⁹ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/60/CE, de 23 de outubro de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ambito de la política de aguas. Disponível em:

reuso, determinando em seu artigo 11.B uma série de medidas importantes para o alcance da sustentabilidade e, no mesmo artigo em posição diferente (11.X), estabeleceu medidas para a o fomento de tecnologias de eficiência hidráulica para as indústrias com vistas a promover a economia de água. O reuso foi apurado posteriormente à Diretiva 91/271/CEE, tendo sido internalizado a legislação espanhola por meio do Real Decreto-Lei nº. 11/1995³⁰ e do Real Decreto nº. 09/1996³¹, sendo estabelecido como regime jurídico posteriormente, pelo Real Decreto nº. 1620/2007³².

O regime jurídico para o reuso da água caracteriza-se como significativo avanço na área, considerando ter regulado o uso das águas regeneradas na agricultura, na indústria, nas regiões urbanas, nos usos recreativos, bem como no próprio uso ambiental, adequando-se ao bom estado das águas defendido pela Diretiva Marco de Água. De igual forma, os Planos Hidrológicos deverão implementar o reuso, igualmente estabelecido no Livro Branco³³ como “intrínseco del ciclo del agua mediante el vertido de efluentes a los cursos de agua y su dilución con el caudal circulante, las aguas residuales han venido siendo reutilizadas tradicionalmente por tomas aguas abajo del punto de incorporación al cauce”, aliado a necessidade de utilização de “modernas técnicas, de cara a incrementar las disponibilidades de agua (depuración para su posterior reutilización, desalación, mejores técnicas de aplicación más ahorradoras etc)³⁴, para a superação da crise do modelo tradicional de reutilização. Verifica-se assim, a preocupação para com o meio ambiente e a saúde humana, materializando-se na determinação do reuso na legislação espanhola, os princípios da prevenção, da cautela e da sustentabilidade.

O sistema espanhol de administração da água, com vistas a uma gestão sustentável, acaba buscando seus fundamentos na gestão integrada dos recursos hídricos. Na perspectiva da gestão, o

http://www.mapama.gob.es/es/agua/temas/planificacionhidrologica/directiva2000_60marcoaguas_tcm7-28986.pdf. Acesso em 17 jul. 2021.

³⁰ ESPAÑA. Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-27963>>. Acesso em 17 jul. 2021.

³¹ ESPAÑA. Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1996-7159>. Acesso em 18 jul. 2021.

³² ESPAÑA. Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-21092>>. Acesso em 18 jul. 2021.

³³ COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental**. COM(2000) 66 final. 9 de Fevereiro de 2000. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_pt.pdf. Acesso em 18 jan. 2018. p. 237.

³⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental**. COM(2000) 66 final. 9 de Fevereiro de 2000. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_pt.pdf. Acesso em 18 jan. 2018. p. 34.

sistema espanhol combina medidas típicas da gestão de demanda e oferta, assentando o uso sustentável e eficiente do recurso com vistas a garantir o fornecimento de maneira ampla, para todas as possibilidades de uso, em todo o território nacional e de forma harmoniosa e respeitosa para com o meio ambiente.

Salienta-se que a Espanha segue o modelo de gestão de recursos hídricos europeu, disposto na Diretiva 2000/60/CE, que em seu sistema de gestão tem como objetivo principal manter a boa qualidade da água em toda União Europeia, tendo como foco principal, o ambiental, na gestão como forma de garantir a preservação da água, com a finalidade de assegurar a todos o suprimento das necessidades ambientais e humanas das presentes e futuras gerações.

3. A GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL: EXPERIÊNCIAS SOBRE REÚSO

Como se observou, a água é utilizada em todo local para variadas finalidades, no ritmo do crescimento econômico. Em algumas regiões, o consumo é superior ao absolutamente necessário. No Brasil, consome-se aproximadamente 200 litros diários por pessoa quando bastariam 110 litros. Ou seja, se desperdiça gerando problemas ambientais, além do aumento no valor da energia. O reúso seria uma das alternativas ideais para a crise nacional.

Sobre o reúso, não dispomos de uma legislação específica que garanta qualidade sanitária para as diferentes possibilidades de uso. Como explicitado anteriormente, a normativa da ABNT nº 13.969/97 dispõe de instruções para o sistema de reúso, define parâmetros de qualidade da água de reúso de acordo com a utilização, sem, no entanto, estar em total concordância com as leis de balneabilidade e potabilidade.³⁵ Destaca-se, ainda, que uma normativa e/ou diretriz, não tem a mesma importância que lei. Não é obrigatória, dificultando a aplicação da água de reúso por causa da ausência de orientações técnicas e fiscalização. Entre os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, consta que devemos assegurar, à atual e às futuras gerações, a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos.

As experiências nos Estados e municípios com o reúso, foram elencadas algumas das poucas existentes no Brasil. Assim, avaliação aponta, inicialmente na região sudeste, a Lei do Estado do Rio

³⁵ CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução n. 247**, Portaria de consolidação 05. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=272>. Acesso em: 15 jul. 2021.

de Janeiro, Lei nº 7.424 de 2016³⁶, cuja a utilização de água de reúso não potável pelos órgãos integrantes da administração pública estadual direta, das autarquias, das fundações instituídas ou mantidas pelo poder público, das empresas que têm participação no capital do estado do Rio de Janeiro, bem como pelas demais entidades por ele controladas direta ou indiretamente, é obrigatória. Salienta-se que esta lei determina a obrigação de instalação de equipamentos de reúso e tratamento para todas as indústrias situadas no Estado do Rio de Janeiro. Sinaliza, ainda, que outros critérios podem ser estabelecidos em regulamentação posterior, determinando as utilizações para a água de reúso:

- I – Agricultura em geral;
- II – Irrigação de áreas verdes, parques, jardins, áreas turísticas, campos de esporte;
- III – Lavagem de veículos públicos de qualquer tipo;
- IV – Lavagem de pisos, pátios e logradouros públicos;
- V – Outros usos similares.

O Estado do Espírito Santo possui a Lei nº 10.487/16³⁷, que regulamenta o programa de reúso de efluentes das estações de tratamento de esgotos, minimizando a utilização de água potável naqueles processos industriais que não requerem potabilidade. A lei cria incentivos que permitem que o governador estabeleça mecanismos de estímulo para empresas públicas e privadas de grande porte e, potencialmente poluidoras, para que invistam na implementação do respectivo programa. A lei determina aos municípios, ainda, que nos processos de licenciamento ambiental das empresas potencialmente poluidoras sejam definidas condicionantes que obriguem a utilização de água de reúso, seja da Companhia Espírito Santense de Saneamento, ou do Serviço Autônomo de Água e Esgoto. Quanto ao monitoramento e fiscalização da qualidade do efluente, é de competência das próprias estações de tratamento do esgoto e do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, respectivamente.

O poder público municipal da cidade de São Paulo guia-se pela Lei nº 16.174/15³⁸, que cria

³⁶ RJ. Governo Do Estado Do Rio De Janeiro. **Lei N. 7.424, de 24 de agosto de 2016**. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/379240994/lei-7424-16-rio-de-janeiro-rj>. Fica obrigada a utilização de água de reúso pelos órgãos integrantes da Administração Pública estadual direta, das autarquias, das fundações instituídas ou mantidas pelo poder público, das empresas em cujo capital do Estado Do Rio De Janeiro tenha participação, bem como pelas demais entidades por ele controladas direta ou indiretamente. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁷ ES. Governo do Estado do Espírito Santo. **Lei N. 10.487, de 12 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre a prática do reúso de efluentes das Estações de Tratamento de Esgoto – ETEs para fins industriais. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI104872016.html>. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁸ CIDADE DE SÃO PAULO. **Lei n. 16.174, de 22 de abril de 2015**. Estabelece regramento e medidas para fomento ao reúso de água para aplicações não potáveis, oriundas do polimento do efluente final do tratamento de esgoto, de recuperação de água de chuva, da drenagem de recintos subterrâneos e de rebaixamento de lençol freático e revoga a Lei Municipal nº 13.309/2002, no âmbito do Município de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16174-de-22-de-abril-de-2015/detalhe>. Acesso em: 01 ago. 2021.

regras e medidas de fomento ao reúso de água para aplicações não potáveis, oriundas do polimento do efluente final do tratamento de esgoto, da recuperação de água de chuva, da drenagem de recintos subterrâneos e de rebaixamento de lençol freático. A lei municipal determina que a água de reúso seja utilizada para lavagem de pisos, pátios e logradouros públicos; lavagem de lagos e fontes ornamentais; lavagem de caminhões e carretas de lixo e pátios de transbordo de resíduos sólidos urbanos; lavagem de fachadas e jateamento para sua recuperação e envidraçamento; operações de rescaldo após incêndios, realizadas por bombeiros; na construção civil, em perfurações unidirecionais, em serviços de pavimentação asfáltica; e lavagem de veículos. Determina, ainda, que a qualidade da água de reúso siga os parâmetros de qualidade físico-química e microbiológica compatíveis com as aplicações previstas e normas aplicáveis. No entanto, a lei é silente quanto qual legislação ou norma serve de parâmetro para esses casos.

Difere-se das demais leis elencadas, em razão da sua recomendação especial relativa a possibilidade do uso da irrigação apenas quando assegurada, por avaliação de natureza agrônômica, que a qualidade da água não causará prejuízos à vegetação, nem desagregação de solo por acúmulo de sódio e, que haja intervalo de tempo pós-aplicação e exposição ao sol que limite o risco de contaminação de pessoas, animais domésticos e silvestres, em contato direto com a vegetação.³⁹

Além disso, a cidade de São Paulo também legislou especificamente sobre reúso na Lei n. 16.160/15⁴⁰. Voltada para os estabelecimentos comerciais de combustíveis (postos de gasolina) ou em local no qual funcione lava-rápidos, a lei determina que ambos devem fazer o reúso da água utilizada na lavagem de veículos após passar pelo tratamento adequado sem, no entanto, recomendar o tratamento ideal.

No mesmo sentido que as anteriores, a Lei n.º 16.033/16⁴¹ do Estado do Ceará, dispõe sobre a política de reúso de água não potável, estabelecendo critérios para tanto, com a intenção de estimular e viabilizar o reúso nos limites do seu território. Proibindo o uso das águas de reúso para abastecimento humano, esta lei define modalidades de reúso de água para reúso com as seguintes

³⁹ CIDADE DE SÃO PAULO. **Lei n. 16.174, de 22 de abril de 2015**. Estabelece regramento e medidas para fomento ao reúso de água para aplicações não potáveis, oriundas do polimento do efluente final do tratamento de esgoto, de recuperação de água de chuva, da drenagem de recintos subterrâneos e de rebaixamento de lençol freático e revoga a Lei Municipal nº 13.309/2002, no âmbito do Município de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16174-de-22-de-abril-de-2015/detalhe>. Acesso em: 01 ago. 2021.

⁴⁰ CIDADE DE SÃO PAULO. **Lei n. 16.160, de 13 de abril de 2015**. Cria o Programa de reúso de água em postos de serviços e abastecimento de veículos e lava-rápidos no Município de São Paulo, e dá outras providências. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/busca?nr_lei=16.160&ano-inicial=2015. Acesso em: 01 ago. 2021.

⁴¹ CE. Governo do Estado do Ceará. **Lei nº 16.033, de 20 de junho de 2016**. Dispõe sobre a política de reúso de água não potável no âmbito do Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.srh.ce.gov.br/leis-2016/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

finalidades: urbana, agrícola, florestal, ambiental, industriais e da aquicultura.

Art.4º O reúso da água não potável, para efeito desta Lei, abrange as seguintes modalidades:

I - reúso para fins urbanos: utilização de água de reúso para fins de irrigação paisagística, lavagem de logradouros públicos e veículos, desobstrução de tubulações, construção civil e combate à incêndios;

II - reúso para fins agrícolas e florestais: utilização de água de reúso para irrigação na produção agrícola e cultivo de florestas plantadas, tendo ainda como subproduto a recarga de lençol subterrâneo;

III - reúso para fins ambientais: utilização de água de reúso para implantação de projetos de recuperação ambiental;

IV - reúso para fins industriais: utilização de água de reúso em processos, atividades e operações industriais;

V - reúso na aquicultura: utilização de água de reúso para a criação de animais ou para o cultivo de vegetais aquáticos.

§1º As modalidades de reúso não são mutuamente excludentes, podendo ser empregadas simultaneamente.

§2º É vedado o reúso de água não potável para fins de abastecimento humano.

§3º A aplicação das técnicas de reúso de água não exclui a utilização de outros métodos de uso racional da água, como a redução do consumo.

Art.5º O reúso de água não potável depende previamente do seguinte:

I - caracterização do efluente a ser tratado;

II - identificação das atividades que admitem água de reúso;

III - identificação da qualidade de água requerida para cada atividade descrita.⁴²

A lei cearense aborda os atores com a responsabilidade de manter a estrutura para o reúso, bem como a fiscalização – a Secretaria de Recursos Hídricos como órgão responsável. A Secretaria do Meio Ambiente e a Superintendência Estadual de Meio Ambiente, são responsáveis pela fiscalização sobre a qualidade da água de reúso. A lei determina que todos as tubulações, equipamentos, bem como, os instrumentos em contato com água de reúso deverão ser identificados e separados dos que utilizam água potável. Deve ser criado um selo de reúso devidamente licenciado que servirá para diferenciar os usuários da água de reúso interno e externo.

No sul do país, merece destaque a Lei n. 6.616/06 da cidade de Caxias do Sul no estado do Rio Grande do Sul. Esta lei institui no município o “Programa municipal de conservação, reúso e uso racional da água”, com vistas a adequar as habitações do município ao uso racional da água e às fontes alternativas.⁴³ Pela análise, observa-se que dentre as leis estaduais, a mais apta, abrangente, completa, é a Lei n. 16.033/16 do Ceará.

Na perspectiva dos fundamentos legais, temos o suficiente para a sólida construção de um arcabouço jurídico cujas bases sustentem as políticas públicas de implementação do reúso no Brasil. Deve ser considerado quando da sua interpretação, a imensa disparidade entre as águas disponíveis

⁴²CE. Governo do Estado do Ceará. **Lei nº 16.033, de 20 de junho de 2016**. Dispõe sobre a política de reúso de água não potável no âmbito do Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.srh.ce.gov.br/leis-2016/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

⁴³ MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. **Lei n. 6.616, de 5 de dezembro de 2006**. Institui, no município de Caxias do Sul, o Programa Municipal de Conservação, Reuso e Uso Racional da Água. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/c/caxias-do-sul/lei-ordinaria/2006/662/6616/lei-ordinaria-n-6616-2006-institui-no-municipio-de-caxias-do-sul-o-programa-municipal-de-conservacao-reuso-e-uso-racional-da-agua>. Acesso em: 01 ago. 2021.

no Brasil e sua distribuição, o que surge como questão de fundo deste problema da crise hídrica que se vivencia. A falta de gestão hídrica, de planejamento, aliadas a certo descontrole na exploração dos recursos naturais, nos comprova essa ausência de ação. Dentre as consequências, sobra base normativa e falta alternativas tecnológicas sustentáveis, processos possibilitadores dos vários tipos de reúso.

A comparação atual dos dois sistemas jurídicos ampara, na medida em que nos mostra que é possível implantar sistemas de reúso no Brasil. Há semelhanças, neste aspecto. Basta uma gestão integrada e a uma conscientização social aberta à uma nova ética ambiental. No entanto, entre as diferenças mais significativas, nota-se a ausência de regulamentação por parte do Estado brasileiro em relação ao reúso das águas residuais. Considerada como um método eficaz de promoção do uso sustentável da água e do equilíbrio ambiental, este instrumento está regulado por lei na Espanha e acaba por adequar, enquanto regime jurídico, o ordenamento do país ao catálogo e princípios reitores estabelecidos pela União Europeia.

No tocante ao Brasil, mesmo com as definições constitucionais relativas ao meio ambiente como direito fundamental, o que se verifica é a omissão em legislar sobre esta temática, demonstrando-se a necessidade de uma regulamentação jurídica de reúso que se materialize nos planos hidrológicos de forma a enfrentar a crise hídrica presente.

Os problemas de gestão hídrica do Brasil já foram superados há muito tempo na Espanha, tendo em vista a sólida e experiente estrutura administrativa aliada a investimentos garantidores da melhoria da gestão das águas naquele do país europeu. Estes aportes comparativos dão a dimensão basilar das dificuldades e do que é necessário melhorar para se atingir uma gestão dos recursos hídricos adequada. De igual forma, dão a medida exata do potencial hídrico brasileiro. Esta falsa percepção acaba por obscurecer problemas reais como a demanda e disponibilidade de água e a poluição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A água é utilizada, em todos os países, para diversas finalidades, como o abastecimento de cidades, geração de energia, pesca, irrigação, usos domésticos, navegação etc. O desenvolvimento dos países, com conseqüente aumento da agricultura e indústrias é proporcionalmente igual ao uso e consumo equivocado dos recursos hídricos, tendo em vista o cenário de escassez. Frente a este cenário, há, ainda, o aumento dos custos para o tratamento da água que em tempos de crise pode

ser motivador de práticas aqui inovadoras: o reúso.

Apesar de se ter uma base normativa federal considerada adequada perante os compromissos internacionais, ainda carecemos de legislação reguladora no âmbito da União. A política ambiental, assim como outras áreas da política pública, também deve ter implementada eficientemente no território. Nossos problemas hídricos se dão onde as pessoas moram. No Brasil, em que pese a presença de 5.570 municípios, apenas menos de 1% dos municípios possuem leis regulamentadoras do reúso. É notória a necessidade do arcabouço legal para a prática do reúso.

Ainda nesta seara, dois apontamentos são observados a partir da observância da incipiente normativa no Brasil: a) ao se considerar as necessárias restrições quanto à qualidade, deve-se ter atenção na elaboração das leis pois, não podem ser frágeis de forma a permitir o uso indiscriminado das águas de reúso, trazendo risco à saúde da população e do meio ambiente e; não devem ser muito restritivas, sob o risco de tornar o reúso impraticável.

Para que a prática do reúso de água seja ampliada no país, deve-se elaborar diretrizes e programas por meio de legislação de nível federal, que deve conter as definições das origens da água de reúso, assim como as formas de utilização, os parâmetros de qualidade, os instrumentos que ajudem a melhorar a pesquisa e desenvolver o tema em todo o país. Sendo assim, precisa-se de legislação específica que assegure todas as possibilidades de uso sem colocar em risco a saúde humana, animal e ambiental.

A Lei de Águas e a Política Nacional de Recursos Hídricos de 1997 acabou por recepcionar a base principiológica da Constituição Federal de 1988 e, ainda, os compromissos da seara internacional, o que reforça a necessidade de acesso à água, o uso de tecnologias sustentáveis, bem como, um novo um sistema de gestão dos recursos hídricos, estruturada de maneira integrada e participativa. O Brasil não prevê o reúso de águas em norma padronizadora federal, de onde se retira o novo apontamento.

No ordenamento jurídico espanhol é observável todo o aparato jurídico hídrico, sistematizado e em pleno funcionamento. Expressam não apenas esse desenvolvimento jurídico, mas de natureza política, política estrutural, institucional e social. Política porque acesso à água é um direito humano e, portanto, indispensável à sobrevivência do planeta, de todos os seres vivos. Neste sentido, o cuidado exigido volta-se para a prevenção e para a correção dos danos causados pelos homens por meio de ações específicas e intersetoriais que consideram o ciclo hidrológico, os usos da água, as águas residuais e o reuso das mesmas, o que demonstra acordo com a

sustentabilidade e com as diretrizes e objetivos estabelecidos pelo direito da União Europeia.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a legislação nacional espanhola regulamenta expressamente o reúso das águas, estabelecendo como, quais parâmetros, instrumentos de gestão e como essas águas de reúso serão reutilizadas. A planificação hidrológica contempla o reúso, com vistas a atingir resultados ambientalmente sustentáveis, cumprindo, assim, com os princípios e diretrizes existentes nas normas da União Europeia.

Com este cenário, o Brasil deve lutar em três frentes: definir a utilização da água de reúso com os respectivos padrões nacionais e que não coloque a saúde de todos em risco; estruturar os equipamentos de estrutura, planejamento e gestão dos recursos hídricos de forma a implementar as políticas públicas de proteção ambiental e diminuição do desperdício as águas potáveis; investimentos em educação ambiental, de forma a diminuir a resistência da sociedade para com o reúso e influir nas mentalidades. O presente artigo teve como objetivo contribuir para a discussão sobre a legislação de água de reúso no Brasil, no que se refere a parâmetros de qualidade e uso seguro, em comparação com a legislação da Espanha.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABNT. Associação Brasileira De Normas Técnicas. **NBR-13.969/97**. Tanques sépticos - Unidades de tratamento complementar e disposição final dos efluentes líquidos - Projeto, construção e operação. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=3633>. Acesso em 15 jul. 2021.

BARAJAS, Santiago Martín. **No necesitamos más embalses**. In: Ecologismo de emergência. Publicación de 09 de febrero de 2018. Disponível em: <http://blogs.publico.es/ecologismo-deemergencia/2018/02/09/no-necesitamos-mas-embalses/>. Acesso em 18 jul. 2021.

BARROS, Helder Morais Mendes; VERIATO, Mara Karinne Lopes; SOUZA, Leandro de Pádua; CHICÓ, Luciana Rodrigues; BAROSI, Karina Xavier Leite. Reúso de água na agricultura. **Revista Verde de Agroecologia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 10, n. 5, p. 11 - 16, 3 Dec. 2015. Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RVADS/article/view/3868>. Acesso em 15 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 24.643, 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em 18 jul. 2021.

CAMPOS, Valéria Nagy de Oliveira. O Comitê de Bacia Hidrográfica do Alto Tietê e o Consejo de Cuenca del Valle de México. 2008. **Tese** (Doutorado em Integração da América Latina) – Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-22112010-121756/pt-br.php>> Acesso em: 17 jul. 2021.

CE. Governo do Estado do Ceará. **Lei nº 16.033, de 20 de junho de 2016**. Dispõe sobre a política de reúso de água não potável no âmbito do Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.srh.ce.gov.br/leis-2016/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

CIDADE DE SÃO PAULO. **Lei n. 16.174, de 22 de abril de 2015**. Estabelece regramento e medidas para fomento ao reúso de água para aplicações não potáveis, oriundas do polimento do efluente final do tratamento de esgoto, de recuperação de água de chuva, da drenagem de recintos subterrâneos e de rebaixamento de lençol freático e revoga a Lei Municipal nº 13.309/2002, no âmbito do Município de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16174-de-22-de-abril-de-2015/detalhe>. Acesso em: 01 ago. 2021.

CIDADE DE SÃO PAULO. **Lei n. 16.160, de 13 de abril de 2015**. Cria o Programa de reúso de água em postos de serviços e abastecimento de veículos e lava-rápidos no Município de São Paulo, e dá outras providências. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/busca?nr_lei=16.160&ano-inicial=2015. Acesso em: 01 ago. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental**. COM(2000) 66 final. 9 de Fevereiro de 2000. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_pt.pdf. Acesso em 18 jan. 2018.

CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução n. 247**, Portaria de consolidação 05. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=272>. Acesso em: 15 jul. 2021.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; SCHMITT, Guilherme Berger. Os desafios da sustentabilidade ambiental na gestão dos recursos hídricos: o papel do direito e do poder público no Brasil e na Espanha. In: GIMÉNEZ, Andrés Molina; *et al.* **Água, sustentabilidade e direito (Brasil e Espanha)**. Itajaí: Univali, 2015. p. 24-25.

DELGADO PIQUERAS, F. **Derecho de aguas y medio ambiente: el paradigma de la protección de los humedales**. Madrid: Tecnos, 1992. p.

DELGADO PIQUERAS, F. El proceso de aplicación de la Ley de Aguas de 1985 y las nuevas exigencias de protección del dominio hidráulico que plantea la Directiva Marco del Agua. Murcia: Instituto Euromediterráneo de Aguas, 2008.

DOMINGUEZ ALONSO, A. P. **La administración hidráulica española e iberoamericana**. Murcia: Instituto Euromediterráneo del Agua, 2008.

ES. Governo do Estado do Espírito Santo. **Lei N. 10.487, de 12 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre a prática do reúso de efluentes das Estações de Tratamento de Esgoto – ETEs para fins industriais. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI104872016.html>. Acesso em: 01 ago. 2021.

ESPAÑA. **El Plan Nacional de Calidad de las Aguas: saneamiento e depuración 2017-2015**. Disponível em: http://www.mapama.gob.es/es/agua/planes-y-estrategias/PlanNacionalCalidad_Aguas_tcm7-29339.pdf. Acesso em 10 nov. 2020.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas**. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-16661. Acesso em 17 jul. 2021.

ESPAÑA. **Ley 62/2003, de 30 de diciembre**, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Disponível em: http://www.mapama.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/ley62-2003_tcm7-29015.pdf. Acesso em 01 dez. 2020.

ESPAÑA. Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1996-7159. Acesso em 18 jul. 2021.

ESPAÑA. Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-21092>. Acesso em 18 jul. 2021.

ESPAÑA. Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-27963>. Acesso em 17 jul. 2021.

ESPAÑA. Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. **Inventario de Presas y embalses**. Disponível em: <http://sig.mapama.es/snczi/visor.html?herramienta=Presas>. Acesso em 17 jul. 2021.

FERNANDES, Vera Maria Cartana. **Padrões para reúso de águas residuárias em ambientes urbanos**. 2009. Disponível em: <http://cbhpf.upf.br/phocadownload/2seminario/padroesreusoaguaii.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

GREENPEACE. **Agua: la calidad de las aguas en España: un estudio por cuencas**. Disponível em: <http://archivo-es.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/other/agua-la-calidad-de-lasaguas.pdf> Acesso em: 17 jul. 2021.

HESPANHOL, Ivanildo. Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aquíferos. **RBRH - Revista Brasileira de Recursos Hídricos**. v. 7, n.4 Out/Dez, 2002, p. 75-95. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305306332_Potencial_de_Reuso_de_Agua_no_Brasil_Agricultura_Industria_Municipios_Recarga_de_Aquiferos. Acesso em 15 mar. 2022.

HESPANHOL, Ivanildo. **Um novo paradigma para a gestão de recursos hídricos**. Estudos Avançados, v. 22, n. 63, p. 131-158. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/Zh4fJ3wvVjJ3GsQY8rNYHPm/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 mar. 2022.

JIMENEZ-CISNEROS, B. **Responding to the challenges of water security**. The eight phase of the International Hydrological Programme 2014-2021. Hydrological Sciences and Jorgensen, S., Tundisi, J.G. & Matsumura-Tundisi T. Handbook of Inland Aquatic Ecosystem Management. 422pp. Taylor & Francis, CRC Press, 2012.

LAVRADOR FILHO, José; NUCCI, Nelson Luiz Rodrigues. **Contribuição para o entendimento do reúso planejado da água e algumas considerações sobre suas possibilidades no Brasil**. 1987. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/000743999>. Acesso em: 15 mar. 2022.

NAVARRO CABALLERO, Teresa María (Coord.). **Reutilización de aguas regeneradas**: aspectos tecnológicos y jurídicos. Múrcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, 2010.

NOS. Operador Nacional do Sistema Elétrico. **Nota à imprensa**: esclarecimentos em relação à Nota Técnica sobre avaliação das condições de atendimento elétricoenergético do sistema interligado nacional – estudo prospectivo junho a novembro de 2021. Disponível em: <http://www.ons.org.br/Paginas/Noticias/Nota-a-imprensa-Esclarecimentos-em-relacao-a-nota-tecnica-Avaliacao-das-Condicoes-de-Atendimento-Eletoenergetico-do-SIN.aspx>. Acesso em 26 jul. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ambito de la política de aguas. Disponível em: http://www.mapama.gob.es/es/agua/temas/planificacionhidrologica/directiva2000_60marcoaguas_tcm7-28986.pdf. Acesso em 17 jul. 2021.

RJ. Governo Do Estado Do Rio De Janeiro. **Lei N. 7.424, de 24 de agosto de 2016**. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/379240994/lei-7424-16-rio-de-janeiro-rj>. Fica obrigada a utilização de água de reúso pelos órgãos integrantes da Administração Pública estadual direta, das autarquias, das fundações instituídas ou mantidas pelo poder público, das empresas em cujo capital do Estado Do Rio De Janeiro tenha participação, bem como pelas demais entidades por ele controladas direta ou indiretamente. Acesso em: 01 ago. 2021.

BENS JURÍDICOS COLETIVOS E TUTELA PENAL: ANOMIA DE CRITÉRIOS E EXPANSÃO *AD HOC* DE INCRIMINAÇÃO¹

Airto Chaves Junior²
Thiago Aguiar de Pádua³

INTRODUÇÃO

Quando se pergunta a uma criança quem é um criminoso, a resposta que se escuta, quase que sempre e sem qualquer dúvida é: quem rouba, estupra ou mata. Ou seja, trata-se de violência⁴ e de agressão à propriedade, liberdade ou vida de pessoa determinada (vítimas identificáveis).⁵

Poder-se-ia ironizar essa resposta considerando-a infantil, se uma rápida, mas atenta pesquisa nas bases do INFOPEN no Brasil não a confirmasse. Do total de 989.263 presos nas penitenciárias e presídios brasileiros, mais da metade (504.108) lá estão em razão da investigação/acusação/condenação por crimes contra o patrimônio, 171.715 por motivos de práticas de crimes contra a pessoa, e, por fim, 35.456 em virtude de comportamentos que encontram tipicidade em crimes contra a dignidade sexual.⁶

Ocorre que o mesmo relatório indica que cerca de 250 mil presos (mais de 1/4 da população prisional brasileira) cumprem pena ou prisão cautelar em razão de violação à tipos penais que, declaradamente, tutelam bens jurídicos coletivos: saúde pública (crimes da lei de drogas) = 200.583

¹ Estudo desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, na Área de Concentração denominada Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, mais especificamente à Linha de Pesquisa Principiologia Constitucional e Política do Direito, e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal, vinculado à linha de pesquisa Constitucionalismo.

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Univali. Advogado. E-Mail: oduno@hotmail.com - <http://lattes.cnpq.br/7312645313945191> - <http://orcid.org/0000-0003-3016-5618>.

³ Pós-Doutoramento (UnB, Università degli Studi di Perugia, Itália e Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Brasil). Doutor e Mestre em Direito (UniCEUB - Brasil). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal (Mestrado e Doutorado). E-mail: thiago.padua@udf.edu.br - <http://lattes.cnpq.br/3028359492754395> - <https://orcid.org/0000-0003-2229-2975>.

⁴ Trata-se, aqui, daquilo que se reconhece por “violência subjetiva”, ou seja, a violência que é absorvida pelo sujeito no cotidiano; de fácil apreensão numa determinada e vigente convencionalidade. Slavoj Žižek diz que a “violência subjetiva” é aquela “percebida como uma perturbação do estado de coisas ‘normal’” (Ver: ŽIŽEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 17-18).

⁵ Inspirado em: HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) Ano 18, nº 87, nov.-dez./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107.

⁶ Ver: **Ministério da Justiça**. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. Relatório Nacional: jul-Dez/2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>. Acesso em 07 de abril de 2022.

presos; incolumidade pública (crimes do estatuto do desarmamento) = 34.943 presos; crimes contra a fé pública (falsificação de moeda, por exemplo) = 4.108 presos; crimes contra a administração pública (crimes de corrupção, peculato e concussão) = 1.754 presos; crimes contra o meio ambiente = 222 pessoas encarceradas. Além disso, em grande medida, os crimes que buscam tutelar esses bens coletivos são de perigo abstrato, ou seja, delitos sem vítimas determinadas.

Diante disso, o objetivo da pesquisa é realizar um estudo teórico que envolve a opção legislativa em eleger de bens jurídicos coletivos como objeto de tutela penal para, a partir disso, verificar se há critérios nesse processo.

A análise se justifica, tendo em vista que os processos de incriminação que visam proteger bens coletivos são, quase que sempre, de perigo abstrato, o que permite a intervenção penal na esfera individual das pessoas sem que qualquer bem jurídico seja, de fato, lesionado ou mesmo, posto em perigo concreto (problemas de ordem dogmática). Além disso, dispensa-se a prova da causalidade e do resultado, pois basta a mera prática da conduta descrita no tipo para que o delito se veja consumado (problemas de ordem político-criminal).

Iniciar-se a pesquisa com o estudo das teorias que buscam fornecer critérios para o processo de incriminação a partir do bem jurídico-penal: teorias sociológico-funcionalistas e as teorias constitucionalistas. As primeiras são apreciadas a partir dos teóricos Knut Amelung e Günther Jakobs, cada qual em suas devidas particularidades. Já, as teorias constitucionalistas, são tratadas a partir das formulações de Carlos Carbonell Mateu e Claus Roxin, especialmente no que toca ao Direito Penal estruturado teleologicamente. Mais adiante, tratar-se do Bem Jurídico como instrumento de limitação do poder punitivo na produção da norma penal incriminadora (âmbito abstrato), ideia fomentada pelos teóricos adeptos do Minimalismo Penal.

Na sequência, o estudo é dirigido à desmaterialização do bem jurídico-penal consubstanciada na tendência cada vez maior de se incriminar condutas que declaram tutelar bens jurídicos coletivos. Neste espaço, o estudo busca identificar critérios fornecidos no campo teórico para que o legislador não se valha de falsos bens coletivos. E preocupação deve guardar a devida relevância. É que os bens jurídicos coletivos possuem um potencial de expansão de incriminação extremamente invasivo, o que transforma o Direito Penal naquilo que Hefendehl chama de “maquinaria de opressão” e faz com que surjam dúvidas se o Estado, de fato, deve dispor desse instrumento que é marcado pela relativização de garantias como resposta a comportamentos que, em grande medida, não lesa pessoas determinadas.

Fundado na Teoria do Bem Jurídico, o estudo apresenta dois mundos bastante diferentes: o primeiro sustentado em uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico; o segundo ancorado numa Teoria Dualista, a qual considera legítimos tanto os bens jurídicos individuais quanto os coletivos.

A análise tem início com Winfried Hassemer, principal expoente da Teoria Personalista. Na sequência, apresentam-se as contribuições de Juarez Tavares, para quem o conceito de bem jurídico deve ser extraído da pessoa humana e não da coletividade ou do Estado. Depois disso, e já adentrando nas Teorias Dualistas, registram-se os critérios da não distributividade, proposta ofertada por Roland Hefendehl. Aqui o autor proporciona critérios razoavelmente seguros para que se identifique falsos bens jurídicos coletivos. Mais adiante, anotam-se as propostas de Bernd Schünemann e Wolfgang Frisch. Por fim, o estudo registra um último critério para se fazer mostrar falsos bens coletivos: o teste do furto, oferecido por Luís Greco.

Quanto a método de pesquisa, revela-se o indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica e pela legislação penal e constitucional correspondente.

1. JUSTIFICATIVAS DO PROCESSO DE INCRIMINAÇÃO

As razões pelas quais o Estado pode tipificar determinada conduta na forma de lei penal incriminadora (ação + pena) são, propriamente, uma discussão de ordem política. Da mesma maneira, os motivos pelos quais se pode/deve punir o delinquente no âmbito do Direito Penal, os fins buscados por essa punição, a pena (em sua qualidade e quantidade) cominada em lei (preceito secundário do tipo), bem como, se a intervenção penal é ou não adequada para a resposta ao desvalor empreendido pela ação do sujeito⁷ são, todos, problemas de ordem política e que, portanto, a Política Criminal busca responder. E essas questões que transitam no âmbito da política e que tratam da legitimação das leis penais e de sua “finalidade protetiva”⁸ são, tradicionalmente,

⁷ Essa análise do custo/benefício ingressou definitivamente no campo do Direito Penal, conforme diagnóstico apresentado por Winfried Hassemer. E esse diagnóstico não se refere apenas aos custos para os protagonistas imediatos do caso concreto, mas expressa e principalmente aos custos para a sociedade como um todo. Confirmam, por exemplo, essa problemática a partir da análise econômica do direito e que acaba ajustando muito bem o atual clima político-criminal: será que o comprometimento do aparato penal na persecução de cada pequeno furto constitui um dano maior para a sociedade do que o resultante do próprio furto? (Conf. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 141).

⁸ As aspas aqui são necessárias porque estudos no âmbito da Criminologia demonstram que a criminalização primária (e mesmo secundária, conforme se mostrará na sequência) não possui qualquer capacidade preventiva. Ou seja, não é a norma penal que irá determinar substancialmente se o sujeito irá ou não praticar determinada conduta. Para tanto, basta analisar qualquer tipo penal em que há grande incidência comportamental (tipicidade). Imagine-se o art. 155 do Código Penal, que criminaliza a ação chamada furto. Não é, em absoluto, a criminalização da subtração de coisa alheia móvel que impede a prática dessa ação (tanto o é que, de fato, não impede). Ver: CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 119-120. Neste ponto, ainda, valem os comentários de Frederick Schauer acerca da lógica das normas. É que, muito embora as normas exerçam uma certa pressão sobre a conduta das pessoas, em princípio, parece que essa pressão

discutidas sob o conceito de “bem jurídico”.

Pelo menos até o final do Séc. XIX, a visão dominante que se debruçava sobre essa problemática era declarada como estatista e coletivista⁹: “bens jurídicos são produtos de uma criação estatal de norma, realizada da perspectiva da sociedade, não do indivíduo”. Assim, o indivíduo como destinatário de posições jurídicas executaria em sua pessoa a vontade estatal, que nela se tornaria viva. O destinatário final dessas proposições jurídicas seria a própria sociedade; o indivíduo emerge, no plano jurídico, apenas como parte dela.¹⁰

Bernd Schünemann¹¹ registra que essa ideia derivava do conceito de contrato social, tal como foi imposta há cerca de 250 anos. Com o passar do tempo, isso ganhou contornos diversos, de modo que as voltas das categorias “dano social” na filosofia jurídico-penal de Beccaria e Hommel, de “lesão de direito” em Feuerbach e de “bem” ou “bem jurídico” em Birnbaum e Liszt, apesar de não se incorporarem em raciocínios idênticos, foram caracterizados por uma base comum, cujas diferenças estiveram muito acentuadas com a profunda investigação que serve de modelo até os dias atuais.

A partir do primeiro terço dos 250 anos de história da moderna teoria jurídico-penal (a qual começa com Beccaria e termina com Birnbaum), verificam-se respostas não idênticas, porém pouco divergentes no que concerne a Teoria do Bem Jurídico: a) por meio de considerações jusracionalistas - diretamente da figura do contrato social ou apoiadas de forma historicamente menos rígida - é

pode ser situada em duas direções: a conduta pode ser *proibida* ou *exigida*. No entanto, a lógica das normas não é bivalente, vez que a negação de uma proibição não é apenas a obrigação, mas, também, a *permissão*. Dentro do universo dos enunciados deontológicos, “tu podes” é tão significativo como “tu deves” ou “tu não deves”, ainda que não esteja claro que “tu podes” tenha alguma força normativa (SCHAUER, Frederick. **Las relas en juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana. Traducido por Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Marcial Pons: Madrid, 2004, p. 64). Isso resta mais latente quando se verifica que o núcleo fundante de determinada proibição comporta caráter moral. A título exemplificativo, tome-se o proibicionismo, no Brasil, do aborto e do porte para o consumo de determinadas drogas. Ser contra essas criminalizações (favorável a descriminalização) não significa, em absoluto, ser favorável as práticas do abortamento ou do consumo de drogas (“tu deves”), muito embora essa (falsa) ideia seja de abrigo bastante comum no plano social.

⁹ O estatismo e o coletivismo são características da clássica teoria dos imperativos: todo o direito é compreendido como um complexo de diretivas de comportamento emanadas pelo soberano aos súditos (Jeremy Bentham). E é por isso que a teoria dos imperativos e o utilitarismo estão conectados na teoria do direito de Bentham: o que é melhor para o bem comum é decidido de forma cogente pelo soberano. Neste passo, o estatismo se equivale a ideia da antiga concepção jusnaturalista, segundo a qual o crime afigura-se como desobediência contra o Estado. Aqui, a liberdade do indivíduo não tem qualquer relevância jurídica, pois a relação sobre utilidade e inutilidade das coisas para o bem-estar geral cabe apenas ao soberano, ao qual se submetem os cidadãos em renúncia de sua liberdade natural (Ver: RENZIKOWSKI, Joaquim. **Direito Penal e Teoria das Normas**: estudos críticos sobre a teoria do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Tradução de Alaor Leite e outros. São Paulo: Marcial Pons, 2017, nota 28, p. 29).

¹⁰ RENZIKOWSKI, Joaquim. **Direito Penal e Teoria das Normas**: estudos críticos sobre a teoria do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Tradução de Alaor Leite e outros. São Paulo: Marcial Pons, 2017, nota 28, p. 29-30.

¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 206.

possível desenvolver um conceito de crime que não está disponível para o legislador e que se define pelo “dano social causado aos bens naturais ou aos bens sociais dos membros da sociedade. Neste ponto, é imprescindível que esta infração afete um bem necessário para todos e que deve ser preservado”¹²; b) passa-se a sustentar a ideia orientadora de que o Estado deve garantir a possibilidade de desenvolvimento do indivíduo, fornecendo algumas coordenadas do que o Estado pode proteger através do Direito Penal e, também, aquilo que o Estado não pode.

Este segundo ponto de análise (“b”) é ancorado na afirmação da intangibilidade da Dignidade de Pessoa Humana (no plano jurídico constitucional brasileiro, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88), a evocação da inviolabilidade e inalienabilidade dos Direitos Humanos (CRFB/88, art. 4º, II), bem como da garantia de um núcleo duro (conteúdo essencial) dos Direitos Fundamentais livres de qualquer intervenção ou legislação estatais (CRFB/88, art. 60, § 4º, IV). Da Constituição, tem-se a ideia de que o indivíduo é uma pessoa autônoma, em face de quem o exercício de poder estatal deve ser legitimado.¹³

Atualmente, pode-se dizer que existem dois principais grupos teóricos que tendem a fornecer critérios para o conteúdo material do conceito de Bem Jurídico a partir do qual seja possível exercer uma função limitadora do poder punitivo: **teorias sociológico-funcionalistas** e as **teorias constitucionalistas**.

1.1 Teorias sociológico-funcionalistas

Os defensores dessas teorias tentam analisar o problema do Bem Jurídico a partir da perspectiva das ciências sociais¹⁴, caracterizando-se por considerar que o Bem Jurídico deve ser entendido em sua dimensão social para poder atuar como um limite ao poder de punir do Estado. Talvez o primeiro autor a tratar especificamente de uma teoria do bem jurídico sob essa perspectiva seja Knut Amelung¹⁵, para quem a intervenção penal estaria intimamente ligada a ideia de “dano social”. A delimitação do escopo da intervenção jurídico-criminal deve ser realizada acessando a

¹² SCHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 207.

¹³ Relação construída a partir do ponto de vista “liberal-individualista da Constituição Alemã” proposto por: RENZIKOWSKI, Joaquim. **Direito Penal e Teoria das Normas**: estudos críticos sobre a teoria do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Tradução de Alair Leite e outros. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 32.

¹⁴ CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1999, p. 175.

¹⁵ AMELUNG, Knut. El concepto “Bien Jurídico” en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos. *In*: **La teoría del bien jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEHL, Roland (Ed.). Madrid/Barcelona: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 227-264.

funcionalidade ou disfuncionalidade do comportamento em relação ao sistema social. Para ele, o conceito de Bem Jurídico deve estar reservado para os estados de coisas que são valorados de forma positiva por quem cria o Direito, ou seja, a eleição do Bem Jurídico cabe ao legislador.¹⁶ Assim, a função social da norma penal é sua contribuição para a manutenção do sistema.

No âmbito teórico, o mais reconhecido expoente das teorias sociológico-funcionalistas é Günther Jakobs que, partindo do aporte teórico marcado por Amelung, desenvolve a sua teoria social fundada na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann¹⁷. Jakobs¹⁸ critica fortemente a tese de que a missão do Direito Penal é a proteção de Bens Jurídicos. Conforme o autor, a imensa maioria dos bens jurídicos são lesados por processos que não têm relevância jurídico-criminal: seres humanos morrem por alcançar idades avançadas ou em razão de enfermidades, a ferrugem corrói instalações ferroviárias, catástrofes naturais destroem cidades, etc. Assim, na medida em que um bem só é um bem jurídico quando configurado como direito do seu titular e, ainda, que não existem bens jurídicos desvinculados do Direito, o Direito não pode ser compreendido como um muro de proteção colocado ao redor dos bens, mas uma relação entre as pessoas.

Por isso, a missão do Direito Penal, conforme essa orientação, não pode ser aquela de assegurar nem proteger bens jurídicos e, menos ainda, reparar os danos eventualmente suportados pelos titulares desses bens. A finalidade do Direito Penal é assegurar a vigência da norma e as expectativas do sistema social, quando então, a proteção de bens jurídicos se obterá como resultado *mediato*.

A mais relevante objeção que se levanta a essa abordagem sociológico-funcionalistas é que, caso a função da norma seja manter o sistema, sempre haverá uma propensão de se subordinar as necessidades do indivíduo àquelas mais alinhadas ao corpo social. Assim, os bens aos quais o legislador decide fornecer proteção criminal em um determinado momento não dependem exclusivamente de necessidades sociais específicas, mas, sobretudo, das concepções morais dominantes nesta mesma sociedade. E é por isso que a função do Direito Penal, como a de qualquer instituição, apenas pode ser entendida em referência a um sistema social de coexistência.

¹⁶ AMELUNG, Knut. El concepto “Bien Jurídico” en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos. In: **La teoría del bien jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEHL, Roland (Ed.). Madrid/Barcelona: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 228.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Tradução Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Introdução Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1990.

¹⁸ JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Comp.). **¿El derecho penal tiene futuro?** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 62.

O fato é que, desde Birnbaum há cerca de 200 anos até os dias de hoje (com Hassemer, por exemplo), vive essa orientação de que o Direito Penal está fundado no modelo de contrato social. E é dele que se deriva a função limitadora prévia da ideia de bem jurídico. É a partir das normas editadas pelo Estado que os interesses das pessoas seriam elevados à condição de bens jurídicos.

Mas, ao que parece, o conceito de funcionalidade tratado por Knut Amelung não tem relação com o sistema social de coexistência onde a norma penal atua, mas com a maneira pela qual o Direito Penal opera dentro desse mesmo sistema. Os bens jurídicos mais importantes para a sociedade seriam aqueles assim considerados pelo legislador a partir da norma penal. E, se assim o é, difícil discordar de Hassemer¹⁹ quando diz que o conceito de Bem Jurídico está intimamente atrelado ao arbítrio do modelo de cada Estado²⁰.

Diante dessas constatações, surge a proposta de se incluir na definição de Bem Jurídico uma referência ao indivíduo²¹, a partir da qual se passam a considerar as condições que devem servir de base para as possibilidades de participação do indivíduo nesses sistemas sociais. Entra em destaque aqui a intangibilidade da dignidade da pessoa humana para configuração do bem jurídico-penal, bem como a garantia de um conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais no âmbito de alcance da norma. Brotam, nesta perspectiva, as Teorias Constitucionalistas.

1.2 Teorias Constitucionalistas

Neste segundo grupo, os teóricos procuram formular critérios capazes de prevalecer sobre o legislador ordinário e, nessa busca, consideram que a norma constitucional de um sistema jurídico define os parâmetros básicos do poder punitivo. Os Direitos Fundamentais²², neste espaço,

¹⁹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

²⁰ Vale registrar que o Estado cumpre um papel decisivo na configuração do Direito Penal. E o primeiro aspecto que mostra claramente as íntimas relações entre Direito e Poder está no fato de que a produção das leis, que constituem a principal fonte formal do Direito é de competência das instituições que detêm o Poder Político (FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 114). Assim, “o direito penal objetivo é expressão ou emanção do poder punitivo do Estado” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal: parte geral**. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 6). Dentro de uma modelagem democrática, o Direito Penal reprime o próprio Estado, funcionando como um direito delimitador do poder punitivo estatal, revelando-se, em última análise, como um instrumento voltado ao atendimento dos direitos e das garantias fundamentais. De outra parte, dentro de uma modelagem totalitária, o Direito Penal reprimirá o indivíduo, funcionando como um direito relegitimador da ordem social vigente, revelando-se, em última análise, como um instrumento voltado à repressão implacável dos inimigos do regime político (MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal: curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 264).

²¹ A necessidade de coexistência supõe a proteção dessa coexistência, pois somente nela a pessoa individual pode se auto perceber e desenvolver. A auto realização humana precisa de suposições existenciais que, embora úteis para o homem, são chamadas “bens” e, especificamente, na medida em que estejam protegidos pela lei, bens jurídicos são aquelas suposições que a pessoa precisa para sua auto realização e o desenvolvimento de sua personalidade em na vida social. MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: Parte General**. 8. Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 59.

²² Pode-se dizer que os direitos fundamentais se referem aos direitos decorrentes da própria natureza do homem. Por isso, Peces-

constituem o elemento mais adequado para que o bem jurídico possa cumprir a função político-criminal e, concomitante a ela, a função crítica. Aqui, o indivíduo é mais do que um “elenco de relações sociais”, vale dizer, é uma pessoa autônoma, em face de quem o exercício do poder punitivo estatal deve ser legitimado. Essa construção tem os seus principais teóricos Carlos Carbonell Mateu²³ (numa perspectiva estrita) e Claus Roxin²⁴ (numa perspectiva constitucionalista genérica).²⁵

Conforme Carbonell Mateu²⁶, a legitimidade da norma penal consiste na relevância constitucional do bem jurídico a ela vinculado, relevância que deriva tanto do princípio da legalidade e do princípio da proibição de excesso. A função do Direito Penal é obter, segundo o autor, a máxima liberdade possível, pelo que, é inapropriado limitar direitos constitucionais através da imposição de pena sob o argumento de proteção de bens jurídicos constitucionalmente menos relevantes.

Carbonell esclarece, como os autores italianos adeptos ao minimalismo penal²⁷, que a norma constitucional não deve ser entendida, tão somente, como aquela prevista expressamente no texto constitucional.²⁸ O legislador ordinário também é constitucionalmente relevante na medida em que

Barba (PECES-BARBA, Gregorio. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 104-105) registra que eles possuem uma raiz moral que se conhece através do estudo da fundamentação destes direitos. Apesar disso, para que sejam eficazes na vida social, devem pertencer ao ordenamento jurídico (ser positivados, portanto), pois é por meio da previsão legal que os direitos fundamentais realizam sua função. Tanto que, sem o apoio do Estado, estes valores morais não se convertem em direito positivo, e por consequência, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral. Lembra Lynn Hunt (HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 19), que esses direitos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos fundamentais num estado de natureza; são os direitos fundamentais em sociedade. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (ainda que sejam chamados de “sagrados”), e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm. A positivação, então, é a possibilidade de ser uma norma seguida de sua perspectiva garantia. Bem anota Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50) que, “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”. Aliás, as Constituições contemporâneas costumam primar por esta estrutura: previsão de um rol de direitos fundamentais e previsão, também, de instrumentos que servem para garantir a sua efetiva aplicabilidade. Em termos operacionais e processuais, conforme Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2. Ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 118), isso se dá porque as declarações em favor dos direitos fundamentais pelo texto constitucional dependem de uma prévia regulamentação dos próprios organismos estatais que elas visam controlar e condicionar no exercício das suas próprias funções executivas. Conforme Paulo Marcio Cruz, “desde o surgimento do Estado Constitucional, os objetivos fundamentais dos textos constitucionais têm sido a regulação do poder político e a garantia da liberdade dos cidadãos frente a este poder” (Ver: CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003, 206).

²³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

²⁴ ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

²⁵ Há, ainda, teorias Ecléticas (com Hans-Joachim Rudolphi) e voltadas especialmente ao minimalismo penal, cujo principal expoente é Luigi Ferrajoli (acerca dessa última orientação, ver: FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. In: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Marzo-Junio 1992. Año 4, nº 5).

²⁶ Ver: CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1999, p. 181.

²⁷ A exemplo de Luigi Ferrajoli, In: Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008.

²⁸ Semelhante orientação já havia sido proposta por Konrad Hesse, em 1959. Ver: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**

legisla acerca de questões de conteúdo constitucional²⁹: além do conteúdo formal, o bem jurídico dever ser dotado de dignidade material (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico – princípio da ofensividade).

O estudo pioneiro que inaugurou essa orientação se deu no início da década de 1970 com a obra intitulada *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*³⁰. Neste espaço, Roxin efetivamente consolidou as críticas voltadas ao finalismo (especialmente no que toca a estrutura da ação humana que, segundo os estudos desenvolvidos por Welzel, fundava-se em dados ontológicos) até então dominante na dogmática penal alemã, para dar lugar a uma teoria que ele próprio já defendia desde a década anterior³¹: o funcionalismo teleológico-valorativo, moderado ou valorativo.³² Para Roxin, não é possível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos, de modo que a teoria do delito tem de ser construída sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do Direito Penal, isto é, a política criminal. Com isso, o autor delinea as bases de sua concepção funcional ou teleológico-racional da teoria do delito³³, a qual obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha e encontrou, em seu posterior Tratado, sua versão mais elaborada.³⁴

O traço fundamental da proposta do autor é superar a concepção dualista orientada pela separação entre dogmática penal e política criminal sustentada por Von Liszt, em que o Direito Penal seria o “senhor absoluto de si mesmo”³⁵, enquanto a Política Criminal teria soberania tão somente no que se refere ao quantum da pena. Conforme esta concepção funcionalista, o ponto de união entre esses dois campos de estudo (Dogmática Penal e Política Criminal) gravita, exatamente, na Teoria do Bem Jurídico: a proteção do Bem Jurídico como missão primeira do Direito Penal cumpre tanto um lugar na dogmática quanto um desempenho Político-Criminal e o delito, por ambas as

(Die Normative Kraft der Verfassung). Tradução de Filmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

²⁹ No Brasil, isso pode ser atestado pela previsão do Princípio da Legalidade Estrita. (CRFB/88, art. 5º, XXXIX). Neste dispositivo, a Constituição Brasileira atribui ao legislador ordinário (através de lei federal) a criação de norma penal. Diante disso, toda norma penal tem conteúdo constitucional.

³⁰ ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.** Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

³¹ Especialmente a partir de seu artigo “Sobre la crítica a la Teoría Final de la Acción”, publicado em ZStW 74, de 1962.

³² SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM). Ano 21. Vol. 100. Jan-fev/2013, p. 91.

³³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General (Tomo I): fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 51 e ss.

³⁴ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades.** N° 07 - maio-agosto de 2011, p. 107.

³⁵ Juarez Tavares explica que essa primeira perspectiva toma, simplesmente, a norma como instrumento de proteção imediata do interesse. Assim, ao se adotar essa orientação, a norma seria concebida como a forma estatal de manutenção e proteção de interesses sociais relevantes ou dominantes (ninguém nega que o direito não está alheio aos interesses da estrutura social, nem pode sobreviver por muito tempo sem eles). Uma vez promulgada, só caberia interpretá-la e fazê-la incidir no caso concreto (Conforme: TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo.** 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254).

perspectivas, é entendido materialmente como lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.³⁶ Assim, o Direito Penal estruturado teleologicamente, ou seja, construído para atender finalidades valorativas, deve orientar-se por pressupostos de Política Criminal, pelo que, passa ela a nortear também os conceitos alinhados à Teoria do Delito, sobretudo, as categorias a partir das quais seria possível atribuir responsabilidade penal ao sujeito (verificar-se o fato punível e que pode desencadear a imposição de determinada pena). Trata-se, aqui, do conceito material do crime.

A elaboração dessas formulações procura se conectar com a ideia de Estado Social de Direito. Busca-se, neste contexto, estabelecer a função limitadora do Bem Jurídico o conectando às finalidades do ordenamento jurídico e à política criminal (teleológico-material) e com as finalidades consagradas na Constituição (teses constitucionalistas). E é por isso que quando se sustenta que toda incriminação visa a defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido tanto de uma perspectiva dogmática quanto de uma perspectiva político-criminal, ou, para usar a famosa terminologia de Winfried Hassemer³⁷, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema quanto transcendente ao sistema. De uma perspectiva dogmática, toda norma terá seu bem jurídico. Quanto a esse conceito, não parece existir muitas controvérsias, pois, onde existir uma norma, haverá determinado interesse. No âmbito político-criminal, o conceito de Bem Jurídico estaria alinhado aos valores fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional.³⁸ Assim, toda norma penal, por exigência constitucional, subsiste a proteção de um bem jurídico como objeto concretamente apreensível. A conduta proibida deve ser encarada como realidade concreta, não como uma relação causal, neutra e formal.³⁹ Desse modo, um conceito pedagógico de Bem Jurídico pode ser definido como “todo valor da vida humana (*bem*) protegido pelo Direito (*jurídico*)”⁴⁰, quando cada conceito

³⁶ Conforme Claus Roxin, os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico”. Assim, os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos. Os tipos penais que sancionam formas de comportamento sob a condição de que sejam “idôneas” para “perturbar a paz pública”, por exemplo, não descrevem suficientemente um bem jurídico concreto, pois a “idoneidade” reclamada pressupõe um juízo de valor não fundado empiricamente (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21/25).

³⁷ HASSEMER, Winfried. **Bienes Jurídicos en el derecho penal**. In: Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Pierto, 2005.

³⁸ GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Com um adendo: **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

³⁹ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e comunicação de penas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. Número especial de lançamento, 1992, p. 78-79.

⁴⁰ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 212. Na mesma obra, os autores conceituam “Bem Jurídico” como “o primeiro momento em todo processo de sua justificação da intervenção estatal. É um requisito necessário, mas não suficiente para a legitimação constitucional da intervenção penal sobre a liberdade geral dos cidadãos (...). É todo valor,

das categorias ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade (estudados na teoria do crime) recebe o conteúdo da Política Criminal que lhe é atribuída.

1.2.1 Bens jurídico-penais e Valores Constitucionais: dois problemas marginais

Talvez Roxin seja o principal expoente desse grupo de teóricos. Mas, se por outro lado ele se coloca na linha dos defensores de um conceito de Bem Jurídico, de igual modo, o autor sustenta que esse bem jurídico deve guardar abrigo na Constituição.⁴¹ A partir disso seria possível decidir por um princípio de direito positivo, pois a Constituição é, como lei fundamental, uma parte de todo o direito positivo. Mas, frente a essa aparente solução, dois problemas laterais podem surgir.

O primeiro diz respeito às dificuldades de se atribuir tal conceito pré-existente de bem jurídico nos ordenamentos jurídicos onde não existe, propriamente, um direito constitucional correspondente. Nem todos os países⁴² têm uma Constituição⁴³ a partir da qual possa ser deduzido um sistema de valores correspondentes.⁴⁴ Talvez por isso não surpreenda que as investigações dos últimos tempos não recorram ao conceito de bem jurídico para tratar da questão de se a punibilidade pode ser derivada dos limites constitucionais.

O segundo problema que pode ser extraído do conceito constitucional de bem jurídico diz respeito ao caráter aberto e impreciso das Constituições, o que faz Luís Greco⁴⁵ lançar a pergunta: poderia uma Constituição necessariamente aberta e com inúmeros valores, vários deles conflitantes, entregar um suporte limitador do poder de legislar pelos seus critérios? Tal dúvida, que é trazida mesmo em face da Constituição Alemã, ganha muito mais sentido quando avaliadas

interesse ou direito digno, necessário e suscetível de proteção e cuja existência ou tutela não esteja proscribita constitucionalmente. (...) em termos de justificação: a necessidade de tutela de um bem jurídico legitima a punição e transforma-se em um critério essencial na aplicação dos tipos penais.” (Obra citada, p. 217). Importa registrar, porém, que eles renunciam as concepções dogmáticas tradicionais (e dominantes) segundo a qual o bem jurídico desempenha uma função nuclear ao constituir o conceito que outorgaria especificamente cada delito com a combinação com a categoria “injusto penal”. Para eles, o que fundamenta a especificidade de cada delito não é o bem jurídico, mas a ação típica que o lesiona. Nesta perspectiva de análise, “ação típica” e “bem jurídico” são noções inseparáveis (Obra já mencionada, p. 218).

⁴¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General (Tomo I): fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 55-56.

⁴² Trata-se, aqui, da denominação coloquial ofertada ao Estado-nação soberano.

⁴³ Os ingleses, por exemplo, não possuem, propriamente, uma Constituição escrita. O Direito Constitucional da Inglaterra se relaciona, historicamente, ao desenvolvimento de tradições normativas manifestada na forma escrita de leis, jurisprudência, tratados e convenções.

⁴⁴ Problemática apresentada em: HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Facultad de Derecho de la UNED. **Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología**, pp. 371-387, Madrid, noviembre de 2000. Por isso, conforme Hirsch, busca de uma limitação a priori do direito penal deve ser feita com a partir de um critério distinto do conceito de bem jurídico.

⁴⁵ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (RBCCRIM). Julho-Agosto de 2004. Ano 12, p. 99.

perante a Constituição Brasileira. É que, levando-se em conta os “valores constitucionais”, a título exemplificativo, poder-se-ia, legitimamente, incriminar até mesmo o homossexualismo⁴⁶, porque há na Carta Magna dispositivos tutelando a família (CRFB/88, art. 226 e ss.) e a moralidade (CRFB/88, art. 221, IV).

Veja-se que, embora de difícil abrigo, o exemplo colocado não é perdido. Argumentação semelhante foi utilizada pela Corte Constitucional Alemã, quando, em 1957, se viu obrigada a examinar a constitucionalidade de sua proibição, que foi decidida em sentido afirmativo. A dúvida que fica a partir dessa problemática é a seguinte: a Constituição, aberta como ela reconhecidamente é, pode excluir algum interesse, algum valor, para considerá-lo impassível de tutela por meio do Direito Penal?

Ao que parece, a resposta deve transitar no sentido positivo, pois até mesmo uma suposta norma que proibisse o homossexualismo poderia ser atacada com argumentos que se encontram no rol dos Direitos Fundamentais, tais como a liberdade, a privacidade e a vida privada, a intimidade, a dignidade da pessoa humana, a igualdade (e vedação ao preconceito do diferente), os quais, acredita-se, teriam prevalência sobre a tutela da família e da moralidade.⁴⁷

No entanto, outro problema poderia aparecer: a resposta à pergunta antes formulada, aparentemente, dispensaria qualquer conceito de Bem Jurídico. Diante disso, não bastaria afirmar que o Direito Penal só pode tutelar “valores acolhidos ou não vedados pela Constituição”? Partindo-se da premissa que a resposta à pergunta é “sim”, isso não colocaria em cheque a necessidade de

⁴⁶ Obviamente, neste caso, estar-se-ia diante daquilo que a doutrina denomina de “moralismo jurídico-penal”, segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo (Conf. GRECO, Luís. Tem futuro a Teoria do Bem Jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (IBCCRIM). Ano 18, nº 82. Jan-fev. 2010, p. 72. Sobre o tema, ver, ainda: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General (Tomo I): fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 56-57.

⁴⁷ Perceba-se, no entanto, que essa ponderação nem sempre encontra o devido abrigo nos tribunais. Mesmo na Alemanha, no ano de 2008, o Tribunal Constitucional declarou constitucional a criminalização do incesto naquele país (§ 173 *Strafgesetzbuch*). Conforme a Suprema Corte Alemã, em primeiro lugar, o conceito de bem jurídico seria controverso: “sobre o conceito de bem jurídico não há ainda qualquer consenso”. Ou se apresentaria como um “conceito normativo de bem jurídico”, que não diferiria da *ratio legis* e, por isso mesmo, seria incapaz de limitar o legislador, ou então se apresentaria com um “conceito naturalístico de bem jurídico” com pretensão de suprapositividade, o que estaria em contradição “com o fato de que, segundo a ordem da Lei Fundamental, é tarefa do legislador democraticamente legitimado fixar não só os fins da pena, mas também os bens a serem protegidos por meio do Direito Penal”. Ainda que a teoria do bem jurídico tenha importância dogmática ou político-jurídica, “não fornece ela qualquer parâmetro substancial que tenha necessariamente de ser acolhido pelo direito constitucional”. Dois argumentos contrários à Teoria do Bem Jurídico restaram bem evidentes no precedente da Suprema Corte Alemã: o primeiro é o problema de definição (o que seria bem jurídico?); o segundo refere-se a fundamentação democrática (com que o direito querem os penalistas posicionar-se acima do legislador democraticamente legitimados?). Ver: GRECO, Luís. Tem futuro a Teoria do Bem Jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (IBCCRIM). Ano 18, nº 82. Jan-fev. 2010.

um conceito constitucional de Bem Jurídico? É que, neste caso, ao invés de proteção de bens jurídicos, poder-se-ia dizer que a missão do Direito Penal é a tutela de valores constitucionais. Para Luís Greco⁴⁸, a resposta a essa segunda pergunta deve ser negativa. Isso porque o Bem Jurídico, apesar de ter um necessário alinhamento Constitucional (pois, sem ele, não poderia limitar o poder do legislador), deve ser, essencialmente, mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais. Dito de outro modo, nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo Direito Penal. E por que não? Porque o Direito Penal é regido pelo princípio da subsidiariedade, ou da *ultima ratio*, ou da Intervenção Mínima.⁴⁹

Essa compreensão minimalista do Direito Penal implica exigir, em qualquer processo de incriminação, a demonstração de que a conduta tenha lesado ou posto em perigo o respectivo bem jurídico (*princípio da lesividade*). De tal forma, o princípio da lesividade constitui uma manifestação do princípio da estrita legalidade penal, pois a norma é a única que pode fixar o valor a ser tutelado.⁵⁰ Daí a importância da submissão ao Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos formulado por Claus Roxin⁵¹, pois serve ele como linha diretriz político-criminal para o legislador, como arsenal de indicações para a configuração de um delito de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito. Mas, a partir desse modelo dogmático, três observações são necessárias.

A **primeira delas**, é que, pela via do Princípio da Intervenção Mínima e da elaboração de um conceito de Bem Jurídico, apresenta-se uma série de peculiaridades que convertem o Direito Penal num mecanismo de proteção jurídica autônoma, e até certo ponto, independentemente de outros ramos do Direito. No entanto, “não existe uma obrigação para o legislador sancionar penalmente toda conduta que lesione um bem jurídico, e nem o Direito Penal é a única forma de proteção de bens jurídicos, sejam ou não direitos fundamentais”⁵² (critério da fragmentariedade⁵³).

⁴⁸ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (RBCCRIM). Julho-Agosto de 2004. Ano 12, p. 100-101.

⁴⁹ O direito penal, neste ponto, poderia ser entendido como um instrumento qualificado para a proteção de bens jurídicos especialmente importantes (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal**: aspectos de la policía criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2001, p. 25).

⁵⁰ CUSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 213.

⁵¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco. **El Nuevo Derecho Penal Español**. Estudios Penales en Memoria Del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Protección de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho penal. Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial, 2011, p. 563.

⁵³ Conforme Paulo Cesar Busato, a identificação do bem jurídico como referência da dimensão material do injusto penal constitui um limite à atividade repressora do Estado. Por isso, não são todos os bens jurídicos que recebem a proteção penal, senão somente aqueles identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade. Toda norma penal deve ter em sua estrutura de base um bem jurídico. No entanto, esse bem deve ser essencial para o desenvolvimento humano em sociedade, o que se alinha com o reconhecimento de que todo bem jurídico penal deve ser compatível com um Estado Social e Democrático de Direito. O

A **segunda observação** sugere que a noção de proteção de bens jurídicos não significa, necessariamente, proteção através do Direito Penal. Conforme lembra Claus Roxin, “os bens jurídicos não são somente protegidos pelo Direito penal, mas sim, também, por ele”.

Em **terceiro lugar**, as condutas tipificadas penalmente que podem lesionar ou pôr em perigo bens jurídicos relevantes (princípio da legalidade penal) devem respeitar o caráter de *ultima ratio* que, dentro do ordenamento jurídico, tem o Direito Penal como último recurso de intervenção (critério da subsidiariedade⁵⁴).

2. BENS JURÍDICOS COLETIVOS E TUTELA PENAL: DIREITO PENAL DE RISCOS E OS RISCOS DA ANOMIA DE CRITÉRIOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Apesar de toda essa construção teórica das últimas décadas, não parece existir, hoje, alternativa para o compromisso com a proteção de bens jurídicos como única finalidade do Direito Penal. Esse compromisso só parece ter relevância quando o legislador insiste em responder a escândalos sociais com novas criminalizações, praticando uma política de bens jurídicos populista⁵⁵,

caráter *fragmentário* do Direito Penal faz com que o Estado retire do ordenamento pelo meio legislativo tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem não é respaldada em um consenso social sobre sua imprescindibilidade. Francisco Muñoz Conde sustenta que a fragmentariedade do Direito Penal aparece em uma tripla forma: a) defendendo o bem jurídico só contra ataques de especial gravidade; b) tipificando só uma parte de que nos demais ramos do ordenamento jurídico estima como ilícito; e, c) deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais. Resumidamente, essa seleção de bens jurídicos, os seus níveis de gravidade de ataque e a exclusão das condutas meramente imorais é denominada fragmentariedade. A fragmentariedade é, assim, uma característica do Princípio da Intervenção Mínima. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013, p. 56-59.

⁵⁴ Guilherme Merolli explica que o desrespeito ao caráter subsidiário do direito penal gera um pernicioso fenômeno denominado de "hipertrofia penal" (também conhecido como "inflação legislativa", "esquizofrenia legislativa" ou "crescimento patológico do direito penal") - fenômeno este que não está livre e isento de críticas. Isto porque a hipertrofia penal representa a cristalização da ideia de que o Direito Penal pode ser a panaceia para dos os males. Ora, mediante a sua deflagração, detecta-se a volúpia do legislador em querer resolver simplesmente tudo pela via criminal. Nesse contexto, o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* da política social do legislador e se transforma, subitamente, na *prima ratio* ou, então, na *sola ratio* de solução dos conflitos sociais - em franca oposição, portanto, à concepção do Direito Penal enquanto um instrumento subsidiário de controle social. Conforme: MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**: curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21; neste passo, existem situações em que a intervenção do Estado pela via do Direito Penal não teria sentido: não se pode, por exemplo, falar em necessidade de intervenção penal para se cobrar a dívida decorrente da inadimplência de aluguel quando as medidas cíveis de despejo se provam mais eficientes e menos custosas. Isso não implica negar ao patrimônio a condição de bem jurídico essencial do indivíduo, mas reconhece a hipótese como um “ataque menos grave” a esse bem. Assim, pleitear a não intervenção penal em determinados casos não significa pugnar pela ausência completa de intervenção do Direito ou a desnecessidade de intervenção estatal, ou ainda, a irrelevância completa do fato em si, como frequentemente se pensa. Ver: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 60-61; a necessária proteção do Bem Jurídico pela via penal pode, então, ser explicada nos seguintes termos: o legislador encontra-se diante do ente "vida humana" e tem interesse em tutelá-la, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc.). Este interesse jurídico em tutelar o ente "vida humana" deve ser traduzido em uma norma; quando se pergunta "como tutelá-lo?", a única resposta é: "proibindo matar". Esta é a norma proibitiva "não matarás". Esta norma deve ser expressa em leis e, com isto, a vida humana se revelará como um bem jurídico. Assim, a vida humana é um bem jurídico à luz das disposições constitucionais, civis (art. 948 do CC/2002) etc. Sem embargo, pode ser que não se contente com esta manifestação da norma e requeira também uma tutela penal, ao menos para certas formas de lesão ao bem. É aí, então, quando o legislador elabora o tipo penal que o bem jurídico vida humana passa a ser um bem jurídico-penalmente tutelado (art. 121 do CP). Conforme: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 397.

⁵⁵ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM (Instituto Brasileiro

tendência que, inclusive, já foi objeto de relevantes estudos no âmbito da sociologia do direito. Criminalizar parece exprimir o modo mais acessível para se garantir o sucesso nos pleitos eleitorais que, com frequência, estão no radar do legislador⁵⁶. Diante disso, a invés de limitar o poder de incriminar do legislador, passa o bem jurídico a fundamentar novas incriminações.

Assim, aquela avaliação de ordem político-criminal limitadora do Bem Jurídico parece transitar num plano absolutamente secundário. Agora, não é de todo difícil verificar a existência de uma tendência claramente dominante na legislação de grande parte dos países para a introdução de novos tipos penais, alargamento de condutas já criminalizadas, bem como o agravamento das penas daqueles comportamentos já tipificados, os quais podem ser inseridos no quadro geral de restrição ou a "reinterpretação" das garantias clássicas do direito penal substantivo, tendência que se alinha ao termo "expansão", utilizado por Jesús-Maria Silva Sánchez⁵⁷ no clássico "A expansão do Direito Penal". Conforme anota este autor, "vivemos tempos de Direito Penal".

Neste cenário em que a função crítica e limitadora do Direito Penal a partir da Teoria do Bem Jurídico parece perder relevância, estabelece-se um panorama em que não mais se enxerga no Direito Penal um instrumento para solução de problemas e resolução de conflitos, mas uma ferramenta de contenção de riscos aparentes.⁵⁸ E a ruptura é bastante radical. Ainda que a dissolução de todos os vínculos tradicionais seja o tema habitual da modernização capitalista do século XIX, repetidamente descrita por Marx (o tema do "tudo que é sólido desmancha no ar"), toda a questão da análise de Marx é que essa dissolução inaudita de todas as formas tradicionais, longe de levar a uma sociedade em que os indivíduos vivam sua vida de forma livre e coletiva, engendra sua própria forma de destino anônimo à moda das relações de mercado. Ou seja, o mercado envolve uma dimensão fundamental de risco.⁵⁹

Diante de tal realidade, o Direito Penal tem experimentado uma ascendente de tipos penais

de Ciências Criminais) Ano 18, nº 87, nov.-dez./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 104.

⁵⁶ O crime como objeto de controle e política governamental é objeto de estudo do Professor da Universidade da Califórnia Jonathan Simon que, no ano de 2007, publicou a obra *Governing through Crime (Governar por meio do Delito)*. Ver: SIMON, Jonathan. **Gobernar a través del delito**. Traducción de Victoria de los Angeles Boschiroli. Barcelona: Editorial Gedisa, 2011.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2001.

⁵⁸ Acerca da temática "Sociedade de Riscos", ver os clássicos: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010; GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991; BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

⁵⁹ ŽIŽEK, Slavoj. **O sujeito incômodo**: o centro ausente da ontologia política. Tradução de Luigi Barichello. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 356.

a partir dos quais se declara tutelar bens jurídicos supraindividuais ou coletivos⁶⁰ com o mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais (teoria dualista do bem jurídico), modelo que se mostra pouco adaptado à tradição liberal da dogmática jurídico-penal, bem como a tendência de se formular crimes de perigo abstrato⁶¹: “tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico que a norma declara proteger”⁶². Notadamente, essas novas criminalizações derivam de uma verdadeira antecipação da proibição penal (nos casos dos crimes de perigo abstrato) e de uma latente antecipação da lesão (nas hipóteses de bens jurídicos coletivos).

Exemplos que ganham espaço na legislação penal contemporânea são os tipos penais consubstanciados nos crimes ambientais, delitos contra a saúde pública⁶³, contra a ordem econômica, etc. São crimes incorporados ao ordenamento jurídico sob a justificativa vaga e genérica de “tutela da sociedade” ou de “proteção a incolumidade pública” e que, além de decorrer de “proteção” razoavelmente recente, muito possivelmente poderiam ser alvo de tutela de outros instrumentos de controle a partir de outros ramos do direito (sobretudo, em atenção aos critérios da fragmentariedade e da subsidiariedade, características do Princípio da Intervenção Mínima).

Trata-se de uma política criminal ancorada na antecipação da criminalização do dano ao Bem Jurídico: ao invés de buscar tutelar (ao menos no plano preventivo geral) os bens das pessoas como sujeitos determinados ou determináveis, lança-se mão de uma espécie de proteção virtual e simbólica à saúde pública⁶⁴, à ordem econômica e financeira⁶⁵, ao meio ambiente⁶⁶, à sociedade de modo geral⁶⁷. Tanto o é que, os tipos penais que criminalizam ações sob a justificativa de tutela

⁶⁰ Os Bens Jurídicos podem ser individuais (aqueles que servem aos interesses de uma pessoa ou determinado grupo de pessoas) ou coletivos (aqueles que servem aos interesses de muitas pessoas - da generalidade). Conforme: HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (Universidad de Granada/ES), 2002, RECPC nº 4, p. 3.

⁶¹ A afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano (ou lesão) e de perigo. Acerca delas, ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 488.

⁶² GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁶³ As razões pelas quais a Saúde Pública, por exemplo, não pode ser considerada um legítimo bem jurídico-penal podem ser verificadas em: CHAVES JUNIOR, Airto. Tráfico de Drogas no Brasil: por uma proposta racional de criminalização. In: CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Denival Francisco da; PÁDUA, Thiago Aguiar (Org.). **Quotidianus II: a questão criminal das drogas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 199-230.

⁶⁴ No Código Penal Brasileiro, encontram-se os crimes previstos nos art. 276 a 285; na Legislação Especial, os crimes da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

⁶⁵ A exemplo dos Crimes de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98).

⁶⁶ Especialmente aqueles previstos na Lei 9.605/98.

⁶⁷ Há, na legislação penal brasileira, uma infinidade de tipos penais incriminadores que possuem, declaradamente, a missão de proteger a incolumidade pública. A título exemplificativo, pode-se anotar os crimes do Título IX do Código Penal (“Dos crimes contra a paz pública”, Código Penal, artigos 186 a 288-A), o crime de embriaguez ao volante (Lei 9.503/97, art. 306, art. 311), crimes

desses bens com comportam qualquer vítima ou vítimas determinadas. São, pois, “crimes vagos” (crimes sem vítimas, em que pese as penas cominadas a essas infrações sejam, por vezes, muito maiores do que aquelas previstas para os crimes de lesão). Nesses casos, o contato interpessoal da atividade delitiva é substituído por formas de condutas padronizadas e anonimizadas.⁶⁸

É que, além de promover a expansão desmedida do Direito Penal (pois a ideia é a de que o Estado e a sociedade precisariam se utilizar desse instrumento para se proteger desses “novos perigos”), essa desmaterialização do bem jurídico traz, em qualquer hipótese, dificuldades dogmáticas e problemas político-criminais. No âmbito da dogmática, tem-se a latente dificuldade para se delimitar claramente quando é que determinado bem é lesionado ou colocado em perigo pelo comportamento formalmente típico. Outro problema é conseguir razoavelmente estabelecer a relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos.⁶⁹ Na verdade, como essa estrutura do tipo renuncia a descrição de um resultado (dos efeitos da ação), dispensa-se qualquer verificação do nexa causal entre o comportamento descrito no tipo e o dano eventualmente por ele provocado.

Político-criminalmente, dado o seu potencial de expansão de punibilidade, talvez o maior dos problemas esteja na ausência absoluta de critérios (limites ao legislador) para se postular bens jurídicos coletivos, pois, não raro, a produção normativa que declara tutelar essas espécies de bens universais não respeita a quaisquer regras para mirá-los como objeto de proteção. Não raro, (falsos) bens coletivos são construídos a partir de mera soma de vários bens jurídicos individuais.

E se a proposta é pela opção da Teoria do Bem Jurídico, duas posições bastante distintas são extraídas; dois mundos completamente diferentes: o primeiro, cujo principal expoente é Winfried Hassemer, apresenta uma Teoria Pessoal que considera dignos de tutela apenas os bens coletivos que possam ser diretamente referidos à pessoa; o segundo, sustentado numa Teoria Dualista, posiciona os chamados bens jurídicos coletivos no mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais.

Enquanto de um lado, afirma-se que o Direito Penal, tanto no que diz respeito aos autores como aos objetos de proteção, teria de ser construído com referência à pessoa, no outro, facilita-

do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), crime de associação criminosa (Código Penal, art. 288), crime de organização criminosa (Lei 12.850/13, art. 1º, § 1º).

⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho. Universidad Externado de Colômbia, 1998, p. 31-33.

⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. Revista Liberdades (IBCCRIM) - nº 1 - maio-agosto de 2009, p. 21.

se a expansão do Direito Penal, porque o Estado e a sociedade teriam de ser protegidos dos “novos riscos”. Segue a análise de cada uma dessas vertentes teóricas.

2.1 A Teoria Personalista de Winfried Hassemer

Assim como outros teóricos da Escola de Frankfurt - tais como Wolfgang Naucke (que parte de uma particular interpretação da Filosofia Kantiana) e Klaus Lüderssen (adepto ao abolicionismo moderado) -, Hassemer reage criticamente à utilização do Direito Penal para tutela de bens jurídicos universais e, partindo de uma teoria sociológica do controle, defende o retorno ao Direito Penal clássico. Conforme Hassemer⁷⁰, o injusto penal é a lesão a um bem jurídico, apresentando vítima e o grau ofensivo da ação. Assim, a partir da sua Teoria Pessoal do Bem Jurídico⁷¹, nota-se uma pendência da relevância penal a demonstração de que a ação é capaz de ser reconduzida a seres humanos determinados (ou determináveis).

Com essa Teoria Pessoal, o autor “objetiva uma política de Direito Penal vinculada a critérios que justifiquem e mensurem suas decisões com base na proteção de interesses humanos dignos de proteção”⁷². Não for assim, conforme ele, é possível se inserir no contexto da norma bens jurídicos vagos e indeterminados para atingir, ilegitimamente, determinados grupos de pessoas num flagrante descompasso com os postulados norteiam a intervenção mínima no âmbito do Direito Penal.

Por isso, no que se refere aos bens jurídicos coletivos, a proposta de Hassemer é que o legislador deve agir de modo especialmente comedido, pois são eles excessivamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem, quase que sempre, a esvaziar o princípio da *ultima ratio*.⁷³ Deve-se demonstrar, portanto, que os bens jurídicos coletivos são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais.⁷⁴

⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 56.

⁷¹ Concepção formulada por Winfried Hassemer intitulada Teoria Pessoal ou Teoria Monista-pessoal do Bem Jurídico. Conforme: GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

⁷² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilha/ES: Tirant lo Blanch, 1989, p. 112.

⁷³ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

⁷⁴ Ver: HASSEMER, Winfried. Bienes Jurídicos en el derecho penal. *In: Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Pierto, 2005; HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 275-285, 1989.

2.2 A doutrina de Juarez Tavares

No Brasil, a discussão em torno dos crimes de perigo é melhor analisada por Juarez Tavares⁷⁵. Para ele, esses delitos correspondem aquilo que se conhece por legislação simbólica, uma vez que são destinadas a satisfazer interesses políticos e iludir seus destinatários mediante argumentos de que a conduta incriminada apresenta potencialidade lesiva a justificar sua legitimidade. Esses crimes que prescindem da análise da conduta em face de seus efeitos concretos representam, na verdade, uma forma de credence do legislador quanto a seus efeitos. O fato é que as tentativas de legitimação dos crimes de perigo abstrato partem da análise de comportamento expresso simbolicamente por meio de interesses coletivos. E, nestes casos, quase que sempre não é possível assimilar empiricamente uma avaliação do injusto em termos de intensidade objetiva e subjetiva da agressão. E isso tem aplicação imediata na assertiva de que os crimes de lesão devem ser mais graves (ter penas maiores) do que os crimes de perigo.

De maneira semelhante a Hassemer, Tavares⁷⁶ defende que o conceito de bem jurídico deve ser extraído da pessoa humana e não da coletividade ou do Estado. E a relevância dessa personificação está no sentido de delimitar o poder de punir, de forma que uma lesão ao Estado só possa ser legitimada em uma Democracia quando implicar também uma violação de bem jurídico pessoal. Mas, conforme o autor, isso não quer dizer que os bens jurídicos, para serem bens pessoais, precisam de uma identificação com a pessoa afetada. Não deixam de ser pessoais as lesões ou perigos que afetem um número indeterminado de pessoas individuais, por exemplo. Isso porque, a pessoa individual é o elemento estrutural da ordem jurídica (CRFB/88, art. 1º, I e II), onde se tem a Cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Incluem-se, aqui, os bens nitidamente pessoais (vida, saúde, integridade física, liberdade – sexual, ambulatorial, de expressão -, etc.), a honra, o patrimônio e direitos individuais, mas também bens individuais que protegem para além da pessoa e se inserem no interesse geral (meio ambiente, administração pública, etc.).

Por fim, nessa categoria de bens pessoais, integrar-se-iam os dados que façam parte da vida individual de relação, como legados culturais, por exemplo, a vida, a saúde e a integridade física dos animais domésticos. Em qualquer dessas hipóteses, conforme o autor, “a criminalização de uma conduta tem como pressuposto indeclinável a lesão ou o perigo concreto de lesão a um bem

⁷⁵ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 90-94.

⁷⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 96-98.

jurídico”.

2.3 Os critérios da “não distributividade”: a proposta de Roland Hefendehl

Diante do que foi anotado, o grande desafio é saber até que ponto o Estado poderia ser valer do Direito Penal de instrumento em condições de fazer frente a esses riscos sem que desfigure a sua tradicional instrumentalidade liberal ajustada ao Estado Democrático de Direito. Uma primeira e interessante proposta é apresentada pelo Prof. alemão Roland Hefendehl, um dos mais importantes defensores do conceito como bem jurídico crítico à legislação.

O autor⁷⁷ sustenta que uma das mais importantes funções da teoria do bem jurídico é desmascarar falsos bens jurídicos coletivos, pois somente dessa maneira é possível abrir caminho para uma adequada estrutura desses delitos. Defensor do conceito político-criminal do bem jurídico, o autor traz um sistema diferenciado para a análise da legitimidade do tipo penal. Para tanto, a primeira pergunta a se fazer é: *qual é o bem jurídico protegido por essa norma?* Para essa indagação, Hefendehl chega a três respostas possíveis. A **primeira** delas é que se trata de um bem jurídico individual (a vida para o crime de homicídio; o patrimônio para o crime de furto, etc.). A **segunda** é que se trata de um bem jurídico coletivo, a exemplo do Meio Ambiente. A **terceira** possibilidade de resposta é que não há qualquer bem jurídico tutelado por aquele tipo penal incriminador. Neste último caso, o autor considera possível delitos não referidos a bens jurídicos, modalidades de incriminações que só se mostram legítimas em casos “absolutamente excepcionais” e quando subsistir uma enraizada convicção social da obrigatoriedade da norma de comportamento, tal como nos casos de maus tratos a animais⁷⁸ e a bigamia. Tratar-se-ia, pois, daquilo que o autor chama de “normas de comportamento”⁷⁹.

⁷⁷ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) Ano 18, nº 87, nov.-dez./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷⁸ Muito embora pareça que os maus tratos à animais ofenda algum bem jurídico, sobretudo, o “sentimento de solidariedade para com certos animais superiores”. Por isso, Hefendehl defende a ideia, em caráter excepcional, de crimes sem bens jurídicos. Idêntica formulação, aliás, foi trazida por Claus Roxin na Terceira Edição do seu Tratado (GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89-90).

⁷⁹ Ver, também, neste sentido: STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 366. De igual modo, Hefendehl é favorável em admitir, ainda que excepcionalmente, que a violação “de convicções valorativas e comportamentais, desde que bem enraizadas na sociedade e homogêneas, possa ser criminalizada, embora isso não gere dano a bem jurídico determinado. Desse modo, seria possível explicar de forma razoavelmente plausível os tipos penais que criminalizam os maus tratos a animais, criminalização que sempre foi um problema para a teoria do bem jurídico.

Adepto da concepção dualista⁸⁰ do bem jurídico, conforme se verifica das duas primeiras respostas, o Hefendehl⁸¹ reconhece a legitimidade tanto de bens jurídicos individuais quanto de bens jurídicos coletivos; estariam ambos em pé de igualdade. No entanto, para ele, não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo e nem o contrário: os bens jurídicos coletivos são caracterizados com base nos critérios da não exclusividade do gozo e da não rivalidade do consumo. A não exclusividade do gozo está intimamente ligada a um terceiro critério, o da não distributividade, de forma que é possível dizer que parte do bem jurídico assiste a cada indivíduo.⁸² A título exemplificativo, a segurança coletiva de um Estado-nação é um bem jurídico coletivo, uma vez que o uso ou o gozo dessa segurança por determinada pessoa não exclui, impede ou prejudica que esse mesmo bem seja objeto de uso pelos demais. No mesmo sentido, pode-se considerar o ar respirado por cada indivíduo que compõe o corpo social: ninguém pode ser excluído da utilização do ar; o ar não pode ser dividido em cotas a serem atribuídas a um indivíduo. Por fim, o gozo do ar por uma pessoa determinada em nada diminui o gozo por outra pessoa.

Por outro lado, se tomar-se a exemplo a saúde⁸³, é fácil constatar que, a partir desses critérios, tem-se um falso bem jurídico coletivo, pois os seus titulares são indivíduos, e não a coletividade.⁸⁴ Entender de modo contrário porque se trata de uma entidade ideal, um valor constitucionalmente reconhecido, porém desmaterializado, cria a possibilidade de que se postulem bens jurídicos *ad hoc*⁸⁵ para legitimar, simplesmente, qualquer norma que se deseje. Enfim, para se criminalizar absolutamente qualquer coisa.

⁸⁰ Na Alemanha, são também adeptos dessa orientação Bernd Schünemann, Klaus Tiedemann, Claus Roxin, etc.; em Portugal, Jorge Figueiredo Dias; no Brasil, esta posição é extremamente dominante. Cabe, porém, registrar a crítica realizada por Juarez Tavares acerca dessa classificação antagônica entre bens jurídicos individuais e coletivos (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria de Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 97-98).

⁸¹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (Universidad de Granada/ES), 2002, REPCP nº 4, p. 4.

⁸² Aqui, o autor encontra abrigo teórico em Robert Alexy, para quem a não distributividade é uma característica que distingue os bens coletivos dos bens individuais. Conforme Alexy, os bens coletivos são identificados a partir da análise de três dimensões: a) de sua estrutura não distributiva (impossibilidade de decompor o bem em partes); b) do seu status normativo; e, c) da sua fundamentação. Conforme: ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 180-181. Portanto, se um bem não pode ser dividido entre os seus titulares e a sua realização (seu gozo) é determinado por uma regra (mandado definitivo) ou por um princípio (mandado de otimização), trata-se de um bem coletivo.

⁸³ Que legitimaria, no Brasil, os processos de incriminação a partir da lei de drogas (Lei 11.343/06).

⁸⁴ Aliás, há núcleos no tipo penal que criminaliza o tráfico de drogas no Brasil (Lei 11.343/06, art. 33) – guardar droga, por exemplo – pouco compatíveis com a concepção de um Direito Penal orientado por uma Teoria do Bem Jurídico e ainda, conforme Roxin, sob a justificativa de tutela de um bem jurídico “pouco claro” (a saúde pública). Ver: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General (Tomo I): fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 60-61.

⁸⁵ Conforme crítica formulada por Luís Greco quando trata de falsos bens jurídicos. Ver: GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (RBCCRIM). Julho-Agosto de 2004. Ano 12, p. 106.

Enfim, tem-se um bem jurídico coletivo pelo critério da “não distributividade” quando for impossível dividir esse bem em partes e atribuir cada parte para indivíduos determinados. Desse modo, é característica de todo bem jurídico coletivo que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade, não sendo possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor da sociedade.

Além do mais, não se pode simplesmente sustentar que aquele que desrespeita o bem jurídico coletivo deve ser objeto de incriminação. Antes disso, deve-se esclarecer qual é o comportamento, de fato, perigoso que esse sujeito executou contra o bem jurídico coletivo. Veja-se que, nos crimes de lesão, isso é mais facilmente demonstrável (já que, no plano abstrato, as proibições de lesionar são, em regra, idôneas para a proteção do bem jurídico e, no plano concreto, precisa-se estabelecer a relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos). No entanto, caso o legislador recorra a um delito de perigo, deverão ser atendidos certos pressupostos de legitimidade mais extensos para que a proibição possa considerar-se justificada, sobretudo, o necessário ajuste de um equivalente material para a ausência de causalidade real nos crimes de perigo. Por isso, Hefendehl⁸⁶ entende que o crime do perigo abstrato é uma estrutura criminal que deve ser reservada para tipificar aqueles comportamentos que apresentam riscos latentes contra bens jurídicos coletivos de primeira ordem, a exemplo de riscos a integridade corporal ou à vida das pessoas.⁸⁷

Dada a complexidade para definição do bem jurídico de determinado tipo penal, Hefendehl se vale de critérios de materialização propostos por Winfried Hassemer⁸⁸. Conforme essa ideia, “o bem jurídico deve ser um objeto do mundo real”⁸⁹, ou seja, sujeito às leis físicas. Essa simples compreensão de materialização do bem jurídico talvez tenha ainda mais clareza e operacionalidade quando confrontadas com as definições abstratas usadas pela doutrina que, no mais das vezes,

⁸⁶ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (Universidad de Granada/ES), 2002, RECPC nº 4, p. 7.

⁸⁷ O crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, serve de exemplo aqui. Outra situação admissível seria os crimes destinados à tutela da segurança dos alimentos, envenenamento de água potável, etc.

⁸⁸ Vale anotar que Hassemer é adepto da Teoria Pessoal do bem jurídico, a qual considera dignos de proteção penal apenas os bens jurídicos que possam ser diretamente referidos a pessoas determinadas. Por outro lado, conforme já se anotou, Hefendehl defende uma Teoria Dualista, reconhecendo-se como legítimos tanto bens coletivos quanto bens individuais.

⁸⁹ Note-se que “o mundo real” não é o mesmo que realidade empírica porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio da investigação das ciências naturais. A honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico. Conforme GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)**. Julho-Agosto de 2004. Ano 12, p. 106; semelhante posicionamento pode ser extraído de: TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 88-98.

chega a se referir ao bem jurídico como um bem ideal e intangível. Desse modo, o que se tem, em grande medida, são conceitos que não tem utilidade quando levados a análise da estrutura criminal: por um valor intangível, pouco importa se o perigo que paira sobre o bem jurídico é concreto ou abstrato.⁹⁰ Dessa forma, o manejo correto do conceito de bem jurídico ajuda a desmascarar falsos bens jurídicos coletivos: bens jurídicos declaradamente tutelados pela norma, mas que, na verdade, não se encontram no seu âmbito de proteção.

Para se ter um bem jurídico coletivo, faz-se necessário que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade sem que seja possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor social. Não se pode fracionar o ar que cada pessoa respira, ou seja, não é possível dizer que parte do ar assiste a cada indivíduo. Neste caso, portanto, tem-se um bem jurídico coletivo pelo critério da “não distributividade”, pois é impossível dividir esse bem em partes e atribuir cada parte para indivíduos determinados. De outra parte, tem-se como um falso bem jurídico coletivo a saúde, pois ela é fracionável e individualizada (cada pessoa tem a sua, de forma que a lesão à minha saúde não prejudica nem lesa, ao menos em tese, a saúde de terceiros).

2.4 As propostas de Bernd Schünemann e Wolfgang Frisch

Solução um pouco diferente é apresentada por Bernd Schünemann⁹¹ que, tal como Hefendehl, reconhece a legitimidade tanto de bens jurídicos coletivos quanto dos bens jurídicos individuais. No entanto, a legitimidade dos bens coletivos, neste caso, é avaliada por outros critérios. Schünemann formula uma regra prática segundo a qual só se deve postular um bem jurídico coletivo quando não for possível conceber o respectivo delito como um crime de perigo para a proteção de um concreto bem jurídico individual.

Para o autor, o princípio da proteção de bens jurídicos marca sua função garantista, uma vez

⁹⁰ Conforme exemplo trazido pelo autor, imagine ser autorizada a caça de certa espécie de ave, salvo em locais determinados e em períodos específicos do ano (tais como épocas de reprodução). Se a proibição for mantida apesar de alteração de circunstâncias, como uma variação temporal da estação reprodutiva ou mesmo, a extinção da espécie apesar dos esforços para sua conservação, está-se diante de um caso de proteção ilegítimo e ineficiente de um bem jurídico (a vida de espécie). Assim, independentemente de como o bem jurídico é definido, deve ele comportar a possibilidade de participação de indivíduos no sistema social. Da mesma forma, o meio ambiente não pode ser considerado um bem jurídico em si. Ele adquire seu status de bem jurídico para a função que desempenha para a pessoa cuja auto realização parece difícil sem proteção direta e imediata do meio ambiente em que se encontra (Ver: HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (Universidad de Granada/ES), 2002, RECPC nº 4, p. 8-9).

⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 228-225.

que este princípio desempenha também, aqui, um de seus mais importantes papéis, a saber: o de *instrumento de desconstrução de falsos bens jurídicos*.⁹² Novamente, e a título exemplificativo, a saúde é um bem plenamente viável de figurar no âmbito de proteção da esfera individual do sujeito (a partir dos crimes de lesão e/ou de perigo de lesão), pelo que, não poderia ser considerado um bem jurídico-penal universal.

Wolfgang Frisch⁹³, por sua vez, aborda a respeito da ilegitimidade de proibições genéricas (perigo abstrato), que não leva em conta o aspecto jurídico-penal. Conforme o autor, a proposta criminalizadora deve ser um meio idôneo, necessário e adequado para a proteção de bens jurídicos. Neste caso, os crimes de perigo abstrato já parecem encontrar barreira de legitimidade neste critério, pois, em grande medida, são punidas condutas totalmente inofensivas ao bem jurídico⁹⁴, apenas pelo fato de apresentarem elas características de um comportamento genérico tipificado como perigoso.

Desse modo, caso se dispense essa concepção de bem jurídico coletivo e se advenha a trabalhar unicamente com bens jurídicos individuais, em especial, com a integridade física ou a saúde de quem possa ser atingido com a conduta do agente, passa-se a interpretar esse delito como um crime de perigo (mas de bem jurídico individual). Feito isso, explica Luís Greco⁹⁵, ganha-se em dois momentos.

Em primeiro lugar, ficaria mais evidente a crítica da proibição que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular e se abririam as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo: “este tipo só deverá se aplicar caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada de erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo”.

Por segundo, restaria mais evidente a ilegitimidade das sanções flagrantemente desproporcionais dos delitos de bens jurídicos coletivos, pois se há delitos de perigo abstrato que declaram proteger bens jurídicos coletivos, estes crimes jamais podem cominar penas mais graves

⁹² GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 28-29.

⁹³ FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. *In: La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 334-336.

⁹⁴ Tome-se, por exemplo, o ato de “guardar droga”, que formalmente tem adequação típica no art. 33 da Lei 11.343/2006.

⁹⁵ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminas* (RBCCRIM). Julho-Agosto de 2004. Ano 12, p. 114.

do que a dos respectivos crimes de lesão que afetam concretamente estes bens.⁹⁶ Daí porque, conforme Frisch⁹⁷, deva-se substituir extensamente os crimes de perigo abstrato por delitos de potencial lesivo, que consideram proibidas apenas ações *ex ante* perigosas.

Por fim, um terceiro problema poderia ser passível de solução⁹⁸: quando a norma incriminadora existe sob a justificativa de se tutelar, por exemplo, a saúde, não é correto incriminar o comportamento de perigo à autolesão (guardar drogas para consumo próprio) e deixar de incriminar a autolesão efetiva, ou mesmo, a autoexposição a perigo de lesão a saúde. Aqui, são flagrantes as contradições valorativas a partir daquilo que Wolfgang Frisch chama de mandato de consistência, pois o legislador deixa, sem fundamento, de reconhecer certo princípio limitador da pena por ele aceito noutra setor.

2.5 Luís Greco e o “teste do furto”

Outra diretriz bastante interessante que pode auxiliar no momento de avaliar se um bem jurídico coletivo pode ou não ser postulado é apresentado por Luís Greco⁹⁹ no denominado “teste do furto”. Conforme o autor, deve-se tomar o bem jurídico coletivo em questão e se perguntar se os argumentos usados para o fundamentar não transformariam, *mutatis mutandis*, também o furto em um delito de proteção de um bem coletivo.

Não há dúvidas que a lesão ao patrimônio de determinado indivíduo não prejudica, ao menos em tese, a esfera patrimonial de outras pessoas. Por outro lado, a lesão a fé pública consubstanciada nos delitos de falsificação pode ser materializada para que o agente compre determinado objeto de

⁹⁶ No Brasil, esse é um dos maiores problemas dos programas criminalizantes que existem sob a justificativa de tutelar bens coletivos: o tamanho da sanção cominada. A Lei de Drogas (11.343/2006), por exemplo, apresenta vários tipos penais sob o pretexto de proteger a saúde pública. A tomar como exemplo o seu art. 33 (que descreve as condutas do tráfico de drogas), verifica-se que a sua pena varia entre 05 e 15 anos de reclusão. Curiosamente, a resposta que o legislador determina que o Estado ofereça ao condenado por essa prática é superior ao crime de instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio (06 meses a 02 anos de reclusão), ao delito de lesão corporal gravíssima (reclusão de 02 a 08 anos), ao tipo penal que prevê o crime de lesão corporal seguida de morte (04 a 12 anos de reclusão), ao crime de abandono de incapaz com resultado morte (reclusão de 04 a 12 anos), ao delito de maus tratos com resultado morte (reclusão de 04 a 12 anos), e, também, mais alta que a pena cominada ao crime de tortura qualificada pela lesão corporal grave ou gravíssima (04 a 10 anos de reclusão). Caso se trate de tráfico (transporte de droga, por exemplo) interestadual, a pena mínima fica próxima aos 06 anos (Lei 11.343/2006, art. 33 c/c art. 40, V), sanção aproximada àquela imposta ao sujeito que mata uma pessoa (CP, art. 121, *caput*). Ver: CHAVES JUNIOR, Airto. Proteção Penal da Saúde Pública no Brasil: duas críticas. *In*: Direito penal, processo penal e constituição II. **CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 74-75.

⁹⁷ FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. *In*: **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 335-336.

⁹⁸ CHAVES JUNIOR, Airto. Proteção Penal da Saúde Pública no Brasil: duas críticas. *In*: Direito penal, processo penal e constituição II. **CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 76.

⁹⁹ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53.

uma loja, lesionando o patrimônio do seu proprietário com a prática do crime de estelionato. No entanto, a confiança (a fé pública, bem jurídico declaradamente tutelado pelo tipo penal que criminaliza o delito de falsificação de moeda) no dinheiro em circulação permanece intocado e continua a ser de benefício para todos os membros da sociedade¹⁰⁰: não há, pois, nem exclusão de uso nem rivalidade no consumo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que se finaliza teve por objetivo a apreciação da ausência de critérios por parte do legislador na seleção de bens jurídicos para os chamados delitos de perigo abstrato que buscam tutelar bens jurídicos coletivos.

A pesquisa, que teve por base a Teoria do Bem Jurídico, iniciou-se com os dois principais grupos teóricos que tendem a fornecer critérios para o conteúdo material do conceito de Bem Jurídico: teorias sociológico-funcionalistas e as teorias constitucionalistas.

A partir daí, verificou-se que para as teorias sociológico-funcionalistas, a função social da norma penal é sua contribuição para a manutenção do sistema (Knut Amelung) e a função do Direito Penal é assegurar a vigência da norma e as expectativas do sistema social (Günther Jakobs). Por outro lado, as teorias constitucionalistas, cujo principal expoente é Claus Roxin, procuram estabelecer uma função limitadora do Bem Jurídico, conectando-o às finalidades do ordenamento jurídico e à política criminal (teleológico-material) e às finalidades consagradas na Constituição. Assim, quando se sustenta que toda incriminação visa a defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido tanto de uma perspectiva dogmática quanto de uma perspectiva político-criminal.

Anotou-se, ainda, teóricos adeptos ao Minimalismo Penal que negam o bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal (assim como faziam os teóricos das teses sociológico-funcionalistas, mas argumentos bastante diferentes), entendendo-se o bem jurídico como um ônus argumentativo necessário que justificaria a incriminação.

Na sequência, passou-se a análise da tutela penal dos chamados bens jurídicos coletivos, os quais marcam uma ascensão de desmaterialização do bem jurídico-penal sob a justificativa de necessidade de proteção de “novos riscos”. Problema é que a estrutura típica desses delitos

¹⁰⁰ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) Ano 18, nº 87, nov.-dez./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 115.

permite punições a comportamentos sem exigir lesão real ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico que a norma declara proteger, ou seja, ignoram os critérios de *ultima ratio* do Direito Penal e, ainda, dificultam a verificação da relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos para, a partir disso, mensurar a resposta do Estado à ação incriminada.

Duas orientações bastante distintas acerca da legitimidade desses bens coletivos foram analisadas na pesquisa: uma que defende uma restrição do Direito Penal aos bens jurídicos referidos a pessoas determinadas (orientação ligada à Escola de Frankfurt): teoria monista pessoal do bem jurídico; outra, de base dualista, e que posiciona os chamados bens jurídicos coletivos no mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais.

O primeiro autor estudado foi Winfried Hassemer, o qual pugna por um Direito Penal nuclear mínimo, pelo que, considera tanto os crimes de tutela de bens jurídicos coletivos quanto os crimes de perigo abstrato uma expansão ilegítima. Essa teoria traz, num primeiro momento, simpatia aqueles que defendem uma redução do Direito Penal e dos processos de incriminação. Numa análise mais profunda e detalhada, porém, volta a colocar (ou mantém, conforme dados trazidos na introdução da pesquisa) o patrimônio como pedra central do Direito Penal que, neste contexto, atinge apenas setores sociais bem determinados. Além disso, delitos de perigo sempre existiram no contexto dos processos de criminalização. Basta, para tanto, verificar os delitos de corrupção ou aqueles que buscam proteger a segurança dos Estados.

Juarez Tavares foi o segundo autor pesquisado. Este teórico nega a legitimidade dos crimes de perigo abstrato. Segundo ele, esses delitos correspondem aquilo que se conhece por legislação simbólica, uma vez que são destinadas a satisfazer interesses políticos e iludir seus destinatários mediante argumentos de que a conduta incriminada apresenta potencialidade lesiva a justificar sua legitimidade. Portanto, defende que o conceito de bem jurídico deve ser extraído da pessoa humana e não da coletividade ou do Estado.

Na sequência, o estudo apresentou um fragmento da Teoria Social do Bem Jurídico proposta por Roland Hefendehl, o qual, a partir de Robert Alexy, apresenta um interessante critério para se identificar falsos bens coletivos: os bens jurídicos coletivos são caracterizados com base nos critérios da não exclusividade do gozo e da não rivalidade do consumo. A não exclusividade do gozo está intimamente ligada a um terceiro critério, o da não distributividade, de forma que é possível dizer que parte do bem jurídico assiste a cada indivíduo. Enfim, tem-se um bem jurídico coletivo pelo critério da “não distributividade” quando for impossível dividir esse bem em partes e atribuir cada

parte para indivíduos determinados. Desse modo, é característica de todo bem jurídico coletivo que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade, não sendo possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor da sociedade.

Bernd Schünemann e Wolfgang Frisch foram alvo de pesquisa no item seguinte. Cada qual com as suas devidas particularidades, ambos apresentam relevantes contribuições para desconstrução de falsos bens jurídicos coletivos.

Por último, o estudo trouxe o “teste do furto”, de Luís Greco. Conforme ele, o autor diz que se deve tomar o bem jurídico coletivo em questão e se perguntar se os argumentos usados para o fundamentar não transformariam, alterando aquilo que é necessário, também o furto em um delito de proteção de um bem coletivo. Obviamente, caso isso se der, estar-se-á diante de um falso bem jurídico coletivo, ou seja, um bem jurídico individual travestido de bem universal.

Ao final, foi possível verificar que o melhor caminho, talvez, não esteja na dicotomia “bens individuais” e “bens coletivos” de modo a legitimar os primeiros e demonizar os segundos. Hoje, político-criminalmente, a grande maioria dos teóricos da área do Direito Penal consideram simplesmente impossível excluir totalmente os bens jurídicos coletivos do âmbito da tutela penal. Então, o mais importante é saber quando é que se está diante, de fato, de um verdadeiro bem jurídico coletivo, pois é daí que se verificará a sua legitimidade. Daí será possível verificar a combinação de bem jurídico e estrutura delitiva, estrutura esta que realmente mira da tutela deste bem, e não em vagos comportamentos sem qualquer relação de dano/perigo com o bem que o tipo está supostamente a tutelar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMELUNG, Knut. El concepto “Bien Jurídico” en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos. *In: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEHL, Roland (Ed.). Madrid/Barcelona: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Revista Liberdades** (IBCCRIM) - nº 1 - maio-agosto de 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2. ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008,

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho Penal**: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blach, 2018.

CHAVES JUNIOR, Airto. Tráfico de Drogas no Brasil: por uma proposta racional de criminalização. *In*: CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Denival Francisco da; PÁDUA, Thiago Aguiar (Org.). **Quotidianus II: a questão criminal das drogas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CHAVES JUNIOR, Airto. O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores. **Católica Law Review** (Lisboa/Porto) Volume III, nº. 3, nov. 2019.

CHAVES JUNIOR, Airto. Proteção Penal da Saúde Pública no Brasil: duas críticas. *In*: Direito penal, processo penal e constituição II. **CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2020

CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CORREA, Teresa Aguado. El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Madrid: Edersa, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. *In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Marzo-Junio 1992. Año 4, nº 5.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal: parte geral**. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2004.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*. Julho-Agosto de 2004. Ano 12.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. **Tipos de autor e Lei de Tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=191. Acesso em 24 de agosto de 2006.

GRECO, Luís. Tem futuro a Teoria do Bem Jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. Ano 18, nº 82. Jan-fev. 2010.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**. Nº 07 - maio-agosto de 2011.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried. **Bienes Jurídicos en el derecho penal**. *In: Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Pierto, 2005.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, en VARIOS AUTORES. **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *In: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Universidad de Granada/ES), 2002, RECPC nº 4.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) Ano 18, nº 87, nov.-dez./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Filmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa. *In: La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009

JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. *In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Comp.). ¿El derecho penal tiene futuro?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Tradução Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Introdução Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1990.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**: curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. Relatório Nacional: jul-Dez/2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>. Acesso em 07 de abril de 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El Nuevo Derecho Penal Español**. Estudios Penales en Memoria Del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: Parte General. 8. Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

RENZIKOWSKI, Joaquim. **Direito Penal e Teoria das Normas**: estudos críticos sobre a teoria do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Tradução de Alaor Leite e outros. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General (Tomo I): fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM). Ano 21. Vol. 100. Jan-fev/2013.

SCHAUER, Frederick. **Las relas en juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana. Traducido por Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Marcial Pons: Madrid, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *In*: **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. *In*: **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2001.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Número Especial de Lançamento. Dez. 1992.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ŽIŽEK, Slavoj. **O sujeito incômodo**: o centro ausente da ontologia política. Tradução de Luigi Barichello. São Paulo: Boitempo, 2016.

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM UMA VISÃO MACROECONÔMICA

Alexandre Orion Reginato¹

INTRODUÇÃO

Importante ressaltarmos que o estudo do instituto “Desconsideração da Personalidade Jurídica” está diretamente ligado à segurança para investidores externos, empresários nacionais e empreendedores, bem como viabiliza melhores investimentos para o Estado. O uso excessivo ou inadequado do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica gera efeitos colaterais relevantes na ordem econômica nacional.

Dessa maneira, as decisões judiciais devem percorrer regras estabelecidas previamente em leis; como nos ensina Mackaay (2015, p 5-8), as regras devem ser claras² aos *players*: não pode existir insegurança nas normas (BOBBIO, 2003 p 23), e a despeito disso, o Poder Judiciário, valendo-se de sua hermenêutica altera o sentido do ordenamento jurídico, isso, segundo ela, se deve ao paternalismo das decisões judiciais.

Como também explica Calixto Salomão Filho (2015, p.264) a desconsideração gera um custo, e é essencial fazer uma análise jurídico-econômica das consequências do seu uso³. Segundo ele: “evidentemente, trata-se de verificar os custos em termos de perda de segurança nas relações que um método cuja aplicação é ‘rare, severe and unprincipled’ importa, bem como os meios para

¹ Graduado em Direito na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS -2013), Pós Graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica (Anhanguera- 2015), Mestre em Direito Processual e Cidadania (Unipar-2016), Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP- 2021), Pós doutorando na Universidade do Vale do Itajaí com investigação na Universidade de Perugia - Itália (2022) e atuou como Docente no Curso de Direito atuou na UEMS, UniRV (efetivo), Anhanguera, UNIESP e atualmente possui vínculo com a fundação pública UnirG- TO.Advogado.

² Norberto Bobbio para afirmar que o Direito deve ser visto como um “conjunto de normas” ou de “regras de conduta” BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 23.

³ Para alguns a raiz do problema se dá pela afronta a responsabilidade limitada decorrem de desconsideração da personalidade jurídica em matérias consumeristas, trabalhistas, tributárias e ambientais, aplicando em alguns casos a desconsideração sem estar presentes os seus pressupostos. (SPERCEL, Thiago A; LAZARINI, Victor Goulard. MP da liberdade econômica e mudanças do artigo 50 do Código Civil. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mp-da-liberdade-economica-e-mudancas-ao-art-50-do-codigo-civil-15072019>. Acesso em: 06 ago. 21. Para Rodrigo Cunha Ribas (RIBAS, Rodrigo Cunha. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: de acordo com a Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Curitiba: Juruá, 2020. p. 45), a limitação de responsabilidade para alguns ramos do direito somente poderá ocorrer quando presente o abuso da personalidade jurídica pois os credores desses ramos não têm a mínima condição de prever e embutir os riscos decorrentes dessa limitação nos negócios jurídicos entabulados com os seus devedores. Ainda neste sentido preconiza Walfrido Jorge Warde Júnior “A limitação de responsabilidade é, desde logo, principalmente por sua capacidade de mitigar riscos, vista por muitos como fator preponderante na diminuição dos custos do capital necessário a empresa.” (WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Del Rey: Belo Horizonte, 2007. p. 155).

combater ou minimizar esses custos”.

Corroborando com esse pensamento Fábio Ulhoa Coelho, no sentido de que é de conhecimento de todos a falta de previsibilidade nas decisões em nosso país e o desequilíbrio que isso pode trazer para a economia⁴, pois os investidores interessados em aportar capital em nosso país, a longo prazo, possuem desconfianças nesta seara. E, segundo ele, esse fator potencializa que os produtos e serviços fiquem mais onerosos no Brasil, pois o investidor inserido em um ambiente de insegurança elevará os custos da atividade.

Fábio Ulhoa Coelho (2009) postula que no Brasil há uma proteção maior aos interesses de consumidores e trabalhadores. Segundo ele, se queremos avançar na busca de investidores, mais conservadores do que arrojados, aumentando a competição na economia e barateando nossos produtos e serviços, devemos aumentar o grau de proteção do empresário.

Entre os critérios mais significativos, destacam-se as seguintes normas: a relativização da autonomia patrimonial das sociedades limitadas e da limitação da responsabilidade⁵ dos sócios pelas obrigações sociais; e o enfraquecimento das obrigações derivadas de contratos empresariais.

Ainda explica que a efetividade dos mecanismos de segregação de riscos é primordial para o progresso econômico. Além disso, a autonomia patrimonial das sociedades é o real motivo que leva o investidor a criar a pessoa jurídica. Nesse sentido, defende (COELHO, 2015, p 243):

A relativização decorreu de lamentáveis distorções na teoria da desconsideração da personalidade jurídica (que apenas nos últimos anos tem sido mais bem compreendida e aplicada pela Justiça civil); distorções que chegaram a comprometer, em alguns casos, até mesmo a autonomia patrimonial de sociedades do tipo anônima. Infelizmente no último século tem sido progressivamente relativizado, e atualmente a autonomia patrimonial das sociedades limitadas e a limitação da responsabilidade dos sócios são juridicamente eficazes quanto [às] obrigações sociais regidas pelo direito civil e comercial, mas praticamente inoperantes quanto [às] obrigações regidas pelo direito tributário, trabalhista, ambiental etc.).

Vale consignar que o conhecimento sobre a propensão de cada tribunal em aplicar ou negar incidência à *disregard doctrine* pode ser bastante proveitoso aos profissionais do direito, principalmente aos advogados, que, em definição de planejamento estratégico, quando for viável

⁴ Nesse pensamento, conclui Nieto “uma justiça ineficaz é a praga da economia, já que a insegurança os custos e os atrasos dos pleitos carregam severos prejuízos econômicos. A dificuldade na cobrança das dívidas provoca uma elevação dos preços como o prêmio de seguro pela demora nos pagamentos. Existem empresas que se arruinam ainda que tenham ativos importantes que não existe modo de os fazer efetivos porque dormitam durante decênios em algum julgado ou porque as sentenças não se executam a tempo” (NIETO, A. *El Desgobierno Judicial*. 3. ed. Madri: Ediciones Trotta. 2005. p. 71).

⁵ Importante observação de Alexandre Bueno Cateb (2014, p. 227), ao tratar da limitação da responsabilidade: “A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade assume tamanha importância na atualidade que a pessoa jurídica de direito empresarial é, sobretudo, um elemento de limitação do risco econômico inerente à empresa”. (CATEB, Alexandre Bueno. *Análise econômica da lei de sociedades anônimas. Direito & Economia*, Porto Alegre, 2008. p. 227).

ajuizar a demanda em mais de um foro competente, é interessante saber qual, estatisticamente, mostra-se mais receptivo ao pedido.⁶

Nessa senda, estudos originais sobre os custos da responsabilidade limitada e de sua desconsideração foram feitos pela Escola de Chicago, em particular por Richard A. Posner (1976). A partir das pesquisas realizadas, foi demonstrado que a desconsideração age negativamente sobre a expectativa das partes e sobre os riscos que assumiram e pelos quais foram remunerados. Assim, a desconsideração em benefício de credores apenas deveria ser admitida em casos excepcionais, nos quais o abuso cria um risco adicional, não previsto pelas partes.

Corroborando com o pensamento acima exposto, Bruno Salama (2014, p 303-304) afirma que a desconsideração gera dificuldades de empreender no Brasil, tendo em vista a problemática que a limitação da responsabilidade dos sócios gera, abrindo um obstáculo ao financiamento e ao implemento de negócios e produtos.

A fim de introduzirmos os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, notamos que o seu estudo move todo um sistema econômico, muda perspectivas aos geradores de renda e divisas, aos empregadores da massa laboral, à função social da empresa. Em síntese, os empregadores que obtiverem uma segurança maior em investir seu capital trarão mudanças positivas na economia (SZTAJN, 2005, p 71).

2. REFLEXÕES ACERCA DOS EFEITOS COLATERAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Em pesquisas empíricas sobre a desconsideração da personalidade jurídica o fundamento para o levantamento da personalidade jurídica da empresa, procedimento é motivado pelos mais variantes fundamentos, mas com a finalidade de atingir os bens dos sócios e “pouco propenso a refletir sobre o impacto econômico que esse caminho tem causado na sociedade”(POZZOLO; SWIECH; PEDROSA, 2021,p.143).

Podemos identificar que alguns desses microsistemas⁷ são apenas naturais mandamentos de extensão da responsabilidade, imputando a responsabilidade pontualmente aos gestores e aos controladores da pessoa jurídica, sem que se possa alcançar o fundamento pelo qual tais normas

⁶ Esse ponto já havia sido discutido por Robert Thompson em sua pesquisa pioneira sobre o assunto. THOMPSON, Robert B. Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*, v. 76, n. 5, p. 1036-1074, 1991.

⁷⁷ Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, Direito Ambiental entre outros...

são examinadas no contexto do rompimento da personalidade jurídica da sociedade; notamos, nessas normativas, que a separação patrimonial é entendida como um mero obstáculo.

Em outras palavras, não é um exercício interpretativo na norma, nem está atrelada aos fatores históricos que criaram a teoria de desconsideração da personalidade jurídica. Por esse motivo, impossível a equiparação genérica ao regime do ato ilícito decorrente da Teoria da Desconsideração para todos os sistemas, por mais que compactuemos que, em todas as legislações, o abuso deve estar configurado para ensejar o instituto.

Nesse pensamento, a lição de Gustavo Bandeira (2004, p.189), *in verbis*:

Com efeito, os casos em exame, que envolvam relação de consumo, e, que a falta, insuficiência ou inadequação do patrimônio da pessoa jurídica impeçam a reparação dos danos causados ao consumidor, na verdade, caracterizam relativização da pessoa jurídica, na medida em que, tratando-se de relação de consumo, o princípio da autonomia patrimonial não pode se sobrepor ao princípio da defesa do consumidor e do meio ambiente, regente de toda e qualquer atividade econômica, conforme art.170,V e VI da CF.

[...]Por isso, a nosso ver, nos casos em exame, tecnicamente, não há desconsideração da personalidade jurídica, porque não há qualquer desvio no uso da pessoa jurídica decorrente de ato praticado pelo sócio, apenas há responsabilidade patrimonial por dívida alheia, tendo como pressuposto a falta, inadequação ou insuficiência patrimonial da pessoa jurídica. Há, nestes casos, uma relativização da pessoa jurídica, fundada na violação da sua função social, de forma a garantir a reparação dos danos causados ao consumidor ou ao meio ambiente independente do fato de a pessoa jurídica ser causadora dos danos.

Segundo Luiz Roldão de Freitas Gomes (2003, p.11):

Não transcendam os mesmo magistrados e professores os justos e impreteríveis limites das suas faculdades, e não se precipitem no temerário e sacrílego atentado de pretenderem ampliar ou restringir as leis pelos seus particulares e próprio ditames, como se delas pudessem ser árbitros.

Isso vale, com maior razão, para o exame dos institutos de direito privado que traduzem conceitos ou noções relativas ou absolutamente indeterminadas, sujeitas, portanto, ao julgador ir além dos limites que lhe forem demarcados pela Constituição (TEPEDINO, 2002)⁸ ou ignorá-la, como se passa com “desconsiderações” declaradas contra quem não é parte no título executivo primário (judicial ou extrajudicial) que está a reclamar em juízo (COMPARATO, SALOMAO FILHO, 2008)⁹.

⁸ Essa noção está muito clara em vários artigos de Gustavo Tepedino, dentre os quais se destaca texto em que se colhe afirmação das mais incisivas sobre a “constitucionalização do direito civil”, *in verbis*: “Não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional”. (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil** – estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XXVI).

⁹ Ainda neste sentido SALOMÃO FILHO, Calixto; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 490. “Um sócio que queira assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso do seu negócio deve dotar a sociedade do mínimo de capital necessário ao exercício de sua atividade, assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social, bem como não usar da forma societária para benefício próprio. Deve, portanto, assegurar que a organização societária constitua realmente um centro autônomo de decisões, como presumido pelo ordenamento”.

A segurança jurídica, segundo Marcelo Nunes (2016, p.167), pode ser substituída por expressões equivalentes e igualmente abertas como “estabilidade, mínima certeza, determinabilidade, proteção da confiança, garantia de Direitos e afastamento de danos e prejuízos”.

Nessa ideia de previsibilidade da segurança jurídica, é importante que o pesquisador busque os padrões expostos sobre o tema, para que, a despeito do julgador não observar a norma, a aplicabilidade dela deva ser entendida e mensurada pelo ambiente empresarial.

Evidentemente, a segurança jurídica é um elemento importante para o exercício da atividade econômica, além do que é determinante para evolução da economia como ressalta Salama (2014, p.117):

[...] para que a atividade econômica privada possa florescer, é preciso aumentar a previsibilidade das ações da burocracia estatal. Por aumento de previsibilidade, entenda-se a redução da incerteza sobre o futuro, de modo a torná-lo mais calculável. A lógica, portanto, é a de que quando o Estado reduz os riscos da atividade empresarial, reduz também o custo do capital das empresas e com isso induz investimentos. E o aumento da previsibilidade, assim que segue o cânone, é criado na medida em haja uma burocracia profissional e bem aparelhada, porém limitada por regras claras. Aqui está, como se vê, a principal justificativa econômica para o princípio da segurança jurídica.

A configuração da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em sua aplicabilidade no Direito brasileiro, está em rota de colisão com seus princípios e com a estabilidade jurídica, como bem demonstrou a análise pontual feita pelo prolator da decisão abaixo referida, *in verbis*:

O credor pretende uma execução do tipo ‘Red Bull’, vale dizer com o mesmo que pretende que sua tramitação se opere por ‘meios céleres e energéticos’.

Porém, não pode ser assim. A execução pode ganhar asas e ir para o espaço.

A desconsideração da personalidade jurídica é perfeitamente possível. Todavia, desde que respeitado o devido processo legal.

No caso em comento, só agora observo, houve quebra do devido processo legal. Sem a instrução de qualquer contraditório, por ato judicial despido de fundamentação mínima, data máxima vênia do nosso antecessor, o pedido de fls. 54/56 foi acolhido e ordenada a penhora sobre bens de propriedade dos sócios.

A hipótese, pois, reclama imediata reparação. A violação ao devido processo legal (premissa constitucional), **por ser de ordem pública, autoriza revisão de ofício.**

Assim, ponho ordem ao presente feito para andar a penhora de fls.80, maculada também a redução de fls.106.¹⁰ (grifos nossos)

Analisando este julgado, observamos uma desordem na aplicação da teoria de

¹⁰ Decisão proferida nos autos do processo de nº: 070102017960-5 em 02-09-2005, pelo juízo da quinta vara cível da comarca de Uberaba (Brasil – 5ª Vara Cível da Comarca Regional de Uberaba do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habilitação de Crédito n. 070102017960-5 MG, Calçados Miucha Ltda e Clothing and Shoes Ltda. Juiz Wagner Guerreiro, j. 02-09-2005, presente na obra de NUNES, 2007, op. cit., p. 35).

desconsideração da personalidade jurídica, mesmo em um julgado que carecia, à época, de um instrumento processual, e, sem as reformas estabelecidas no artigo 50, do Código Civil, parece que o julgador, a mero arbítrio, realiza uma revisão de ofício e ainda demonstra uma falta de seriedade em seu ofício, com a expressão “a execução pode ganhar asas e ir para o espaço”. Esse argumento reflete a tamanha insegurança e a instabilidade sobre o tema em nosso ordenamento jurídico e, notadamente, o julgador deve desconhecer os efeitos econômicos causados por decisões como essa.

Marcio Tadeu Nunes (2007, p.35), nesse caso, afirma “é uma distorção patológica, a qual não permite que a desconsideração da personalidade jurídica seja realmente aplicada como um mecanismo satisfatório de realização de Justiça”.

As críticas de Teresa Pantoja (2003, p. 104), por exemplo, não deixam margem de dúvida quanto ao ponto em debate, vejamos:

Se por dá-cá-aquela-palha nossos tribunais autorizarem a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, imaginando-se não apenas autorizados, mas até induzidos a fazê-lo, pela letra do artigo 50 do Código Civil, inviabilizando estará o atendimento aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, expressos no artigo 1º da Constituição Federal. **Isso porque o grave risco econômico da desconsideração da pessoa jurídica passara a ser mais um dos ônus a serem quantificados e imputados de risco geral a ser suportado no exercício da empresa. Será então muito mais simples para o empresariado expatriar seus capitais para sistemas jurídicos menos contraditórios e nos quais se preze a segurança das relações jurídicas.** Com isso, prejudicados estarão os trabalhadores, as comunidades, o cidadão, o fisco. (grifos nossos)

O Direito existe para regular as relações e promover uma estabilidade das relações sociais. Ao utilizarmos a desconsideração para toda sorte de “*crises da pessoa jurídica*”, com a carga de indeterminação (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008)¹¹ que o conceito traduz, está aberto mais um tipo de indústria de demandas oportunistas tendentes a limitar a ousadia criativa que deságua no investimento produtivo.

É necessário reduzir essa carga de indeterminação, enquanto não houver uma sistematização do tratamento para a crise da pessoa jurídica. Nessa ordem, Marcio Nunes (2007, p.55) explica:

O modelo brasileiro já tem inúmeras respostas necessárias e suficientemente aptas a contornar os problemas inerentes a função da pessoa jurídica na medida do interesse legítimo do credor, não havendo, portanto, mais espaço para ‘muletas assistencialista’ a serviço de pretensões embaladas por uma frágil retórica ideológica.

¹¹ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 493. “[...] desvio de finalidade e confusão patrimonial só geram desconsideração se caracterizadoras do abuso de personalidade jurídica prevista [sic] no início do dispositivo. A caracterização desse abuso é então elemento central para a aplicação da regra do art. 50 do Código Civil de 2002”.

As hipóteses de desconsideração, como já vimos, são abertas, cheias de imprecisões criadas na aplicação do instituto, cabendo-nos sublinhar que o pilar fundamental da presente investigação é analisarmos a incidência da Teoria da Desconsideração, como relembra Dinamarco (2001, p.1183): “sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinária na ordem jurídica os casos de desconsideração”.

Corroborando com esse pensamento Fátima Nancy Andrichi (2004), ministra do STJ:

a teoria da desconsideração da personalidade jurídica requer extremo cuidado na sua aplicação, notadamente no sentido de não causar prejuízos àquele que investe seu ganho de capital em produção e circulação de riquezas e, conseqüentemente, [sic] em geração de emprego e renda, para que o instituto não seja desvirtuado de seu escopo de proteção social.¹²

Em suma, compreendemos o *background* da Teoria de Desconsideração da Personalidade Jurídica, considerando a falta de segurança jurídica sobre a temática e as reflexões ocasionadas por estes desvios hermenêuticos da desconsideração da personalidade jurídica, prejudicando o desenvolvimento econômico no Brasil.

Uma mudança na regra de responsabilidade pode alterar os custos de informação, modificando os poderes de negociação entre credores externos e empresa. A responsabilidade limitada impõe uma atração aos investimentos corporativos e tem sido uma das justificativas mais persuasivas para responsabilidade limitada: sem ela, os investidores evitariam investimentos corporativos. A responsabilidade limitada prove a segurança jurídica e estimula investimentos nas atividades empresariais. (CHENG, 2011, p.398-399).

3. DIREITO EMPRESARIAL E RELATÓRIOS INTERNACIONAIS

O grande embate das questões aqui tratadas e estudadas nesta investigação é a falta de previsibilidade que se identifica no Brasil. A chamada “imprevisibilidade”¹³ não é apenas de ordem

¹²ANDRIGHI, Fátima Nancy. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Palestra proferida na Primeira Semana do Consumidor – Faculdade de Direito do UniCeub. Brasília, 18 de março de 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058513.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

¹³ Incerteza é dúvida, desconhecimento a respeito dos resultados possíveis de determinada atividade. Significa inadequação de uma ideia imaginada a priori aos fatos objetivos posteriores. A incerteza é a impossibilidade de avaliar, em bases objetivas, a probabilidade de sucesso ou fracasso do empreendimento, antecipar os entraves ao desenvolvimento das atividades e o retorno esperado. A incerteza difere do risco por sua imprevisibilidade. Em situação de incerteza não podemos antever os problemas a serem solucionados e os resultados a serem alcançados, mas em situação de risco podemos avaliá-los, ainda que se faça uso de suposições e estimativas. Knight explica que o risco é quantificável, mas a incerteza não é. “*But Uncertainty must be taken in a sense radically distinct from the familiar notion of Risk, from which it has never been properly separated. [...] The essential fact is that "risk" means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly not of this character; and there are far-reaching and crucial differences in the bearings of the phenomenon depending on which of the two is really present and operating. [...] It will appear that a measurable uncertainty, or "risk" proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all. We shall accordingly restrict the term "uncertainty" to cases of the non-quantitative type. It is this "true" uncertainty, and not risk, as has been argued, which forms the basis of a valid*

social, mas seus efeitos reverberam negativamente no desenvolvimento econômico do país.

De acordo com Coelho (2015, p.243), é do conhecimento geral a problemática da falta de previsibilidade no Brasil e que colateralmente os efeitos são sentidos diretamente em nossa economia, pois, no mundo atual, o empresário possui atuação não limitada por fronteiras para alocar recursos, e logicamente irá escolher quais países possuem menores riscos de imprevisibilidade. É o que afirma o autor:

A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de qualquer país. Os investidores, atentos à elevação do risco, tendem a não se contentar com retornos razoáveis (os que estimariam como tais em outras economias com marcos institucionais estabilizados). Ao invés de investidores de longo prazo, aos quais interessa um maior comprometimento com o lugar da inversão, esse desequilíbrio acaba atraindo especuladores, risk makers, interessados unicamente em aportar seus capitais onde terão, a curtíssimo prazo, o melhor retorno.

Corroborando com a delimitação de insegurança, afirma Nunes (2016, p.98-108) que a acepção de segurança corresponde à certeza do conteúdo da norma atrelada à previsibilidade exata das consequências a serem atribuídas às condutas praticadas, emanadas pela locução pleonástica “certeza absoluta”. A sua definição é, pois, classificatória, ou “tudo ou nada”, sem margem de indeterminação.

Além das críticas realizadas pela doutrina ao nosso sistema judicial, o relatório *Doing Business* demonstra que o Brasil não é visto como um ambiente altamente recomendável a investir. Um dos parâmetros utilizados pelo relatório é justamente o fator judiciário, que, juntamente a outros parâmetros, elabora um índice determinado pelo Banco Mundial.

O *Doing Business* é um relatório que apresenta o ambiente empresarial de 190 países, analisando 11 áreas do ciclo de vida de uma empresa, dentre as quais dez são incluídas na classificação das economias em termos da facilidade de se fazer negócios: abertura de empresas; obtenção de alvarás de construção; obtenção de eletricidade; registro de propriedades; obtenção de crédito; proteção dos investidores minoritários; pagamento de impostos; comércio internacional; execução de contratos e resolução de insolvência (REGINATO;NASCIMENTO,2017).

Em 2015, afirmou Fabio Ulhoa Coelho (2015), que o Brasil ocupava o 120º lugar dentre 189 economias avaliadas, no quesito “facilidade para fazer negócios”, segundo o índice *Doing Business*. Para o autor, “*pode parecer instigante que o país, embora seja uma das principais economias do*

theory of profit and accounts for the divergence between actual and theoretical competition”. (KNIGHT, F. **Risk, uncertainty and profit**. London: Houghton Mifflin (The Library of Economics and Liberty, 2000), 1921, n. p. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/knight-risk-uncertainty-and-profit> Acesso em: 04 jun. 2021.

mundo, não ocupe boa posição em ranking de atração de investimentos.”

A dificuldade de realizar negócios aumenta o risco do empreendimento, o que, para os investidores conservadores, acaba sendo uma das barreiras na escolha do país que irá aportar seu capital.

Nesse sentido, o relatório *Index of Economic Freedom – 2021* estabelece um estudo sobre vários fatores, entre eles, o da eficácia judicial, que se apresenta baixa no sistema jurídico brasileiro.

Figura 1 - Relatório *Index of Economic Freedom*



Fonte: The Heritage Foundation.¹⁴

Há, também, os dados do relatório *Economic Freedom World de Fraser Institute*¹⁵, que em seu relatório, possui um tópico específico sobre *Legal System and Property Rights*; podemos analisar, em uma escala de 0-10, que o Brasil possui a pontuação de 5,02, e o ranking geral de 105°.

¹⁴ Sobre o índice “Por 27 anos, o Índice forneceu análises criteriosas em um formato claro, amigável e direto. Com novos recursos para usuários e um site adaptado para pesquisa e educação, o Índice de Liberdade Econômica está preparado para ajudar os leitores a rastrear mais de duas décadas do avanço em liberdade econômica, prosperidade e oportunidade e promover essas ideias em suas casas, escolas e comunidades. O Índice cobre 12 liberdades - de direitos de propriedade a liberdade financeira - em 184 países.” *Index of Economic Freedom. The Heritage Foundation. Washington – DC. 2021. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/about>. Acesso em: 23 jul. 2021.*

¹⁵ O primeiro Relatório sobre a Liberdade Econômica do Mundo, publicado em 1996, foi o resultado de uma década de pesquisa por uma equipe que incluiu vários ganhadores do Prêmio Nobel e mais de 60 outros importantes acadêmicos em uma ampla gama de campos, da economia à ciência política, e de direito à filosofia. Esta é a 24ª edição da *Economic Freedom of the World* e a publicação deste ano classifica 162 países e territórios em 2018, o ano mais recente para o qual existem dados disponíveis.

Figura 2 – Economic Freedom of the World

| Brazil | 1980 | 1990 | 2000 | 2005 | 2010 | 2015 | 2018 |
|--|------------------|-------------------|------------------|------------------|------------------|-------------------|-------------------|
| | Rating (Rank) | Rating (Rank) | Rating (Rank) | Rating (Rank) | Rating (Rank) | Rating (Rank) | Rating (Rank) |
| Summary Ratings (Rank) | 4.11 (94) | 4.32 (101) | 5.92 (91) | 6.38 (94) | 6.66 (93) | 6.20 (121) | 6.56 (105) |
| | Rating (Data) | Rating (Data) | Rating (Data) | Rating (Data) | Rating (Data) | Rating (Data) | Rating (Data) |
| 1. Size of Government | 6.85 | 6.44 | 6.59 | 7.19 | 7.40 | 6.73 | 6.86 |
| A. Government consumption | 8.34 (11.65) | 4.55 (24.55) | 4.44 (24.9) | 4.43 (24.94) | 4.71 (24) | 4.82 (23.6) | 4.86 (23.46) |
| B. Transfers and subsidies | 6.76 (12.4) | 7.22 (10.7) | 5.96 (15.33) | 8.98 (4.24) | 7.26 (10.55) | 5.79 (15.96) | 5.16 (18.26) |
| C. Government investment | 10.00 (10.33) | 9.12 (18.06) | 10.00 (10.49) | 10.00 (9.39) | 10.00 (10.88) | 10.00 (9.21) | 10.00 (9.34) |
| D. Top marginal tax rate | 4.00 | 5.50 | 5.50 | 5.50 | 8.00 | 6.00 | 5.50 |
| (i) Top marginal income tax rate | 4.00 (55) | 9.00 (25) | 8.00 (27.5) | 8.00 (28) | 8.00 (28) | 8.00 (28) | 8.00 (28) |
| (ii) Top marginal income and payroll tax rate | | 2.00 (53) | 3.00 (50) | 3.00 (50) | 8.00 (28) | 4.00 (44) | 3.00 (50) |
| E. State ownership of assets | 5.13 | 5.81 | 7.06 | 7.06 | 7.06 | 7.06 | 8.78 |
| 2. Legal System and Property Rights | 4.15 | 6.29 | 5.45 | 5.36 | 5.61 | 5.17 | 5.02 |
| A. Judicial independence | 4.48 | 5.63 | 5.48 | 4.79 | 5.29 | 5.40 | 4.71 |
| B. Impartial courts | 3.34 | 5.28 | 5.11 | 4.24 | 4.81 | 4.23 | 3.98 |
| C. Protection of property rights | 6.31 | 5.23 | 5.70 | 5.95 | 5.94 | 5.58 | 5.62 |
| D. Military interference in rule of law and politics | 6.11 | 8.33 | 6.67 | 6.67 | 6.67 | 6.67 | 6.70 |
| E. Integrity of the legal system | 5.74 | 6.73 | 5.11 | 5.51 | 5.08 | 4.96 | 4.71 |
| F. Legal enforcement of contracts | 6.00 | 4.71 | 4.33 | 4.41 | 4.00 | 3.75 | 3.33 |
| G. Regulatory restrictions on sale of real property | | 8.09 | 8.09 | 8.19 | 8.51 | 8.39 | 8.24 |
| H. Reliability of police | | | 3.11 | 3.11 | 5.42 | 4.04 | 3.85 |
| <i>Gender Legal Rights Adjustment</i> | 0.56 | 1.00 | 1.00 | 1.00 | 0.96 | 0.92 | 0.95 |

Fonte: Fraser Institute.¹⁶

É importante explicarmos que o relatório *Doing Business*, do Banco Mundial, é realizado desde 2004, sendo um dos documentos mais importantes para o estudo dos avanços empresariais no mundo. No último relatório do *Doing Business*, os dados não são promissores para o Brasil, visto que nossa posição vem piorando em relação aos avanços empresariais (REGINATO; NASCIMENTO, 2017). Por meio da investigação do relatório de 2020¹⁷, o Brasil ocupa a 124ª posição

¹⁶ GWARTNEY, James; LAWSON, Robert; GARTZKE, Erik. **Economic freedom of the world: 2020 annual report**. [Vancouver, BC]: Fraser Institute, 2020. Disponível em: <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2021-01/economic-freedom-of-the-world-2020-chapter-2.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

¹⁷ O estudo *Doing Business 2020* mostra que as economias em desenvolvimento estão realizando com economias desenvolvidas para facilitar os negócios. Ainda assim, a diferença permanece grande. Um empreendedor em uma economia de baixa renda normalmente gasta cerca de 50% da renda per capita do país para lançar uma empresa, em comparação com apenas 4,2% para um empreendedor em uma economia de alto lucro. Demora quase seis vezes o tempo médio para iniciar um negócio nas economias classificadas entre os 50 melhores e entre os 20 melhores. Há amplo espaço para as economias em desenvolvimento acompanharem os países na maioria dos indicadores de *Doing Business*. Atuação na área jurídica direitos, por exemplo, permanece mais fraco entre as economias de baixa e média renda. *Doing Business* reconhece o importante trabalho que os países fizeram para melhorar seus ambientes regulatórios. Entre as 10 economias que avançaram na maioria, os esforços foram concentrados nas áreas de abertura de um negócio, concessão de licenças de construção e comércio além-fronteiras. Em geral, as economias que pontuam o mais alto compartilham vários recursos, incluindo o uso generalizado de eletrônicos sistemas e plataformas on-line para atender aos requisitos regulamentares. Ao mesmo tempo, a área menos reformada foi resolver a insolvência. Colocando

em um ranking de 190 países. Somos menos competitivos empresarialmente que Uganda (116°), Zambia (85°), Senegal (123°), Uruguai (101°), Peru (76°), Chile (59°) e estamos em um empate técnico com o Paraguai (125°).

O relatório¹⁸ ainda aborda os países que mais realizaram alterações estruturais e legislativas para alcançarem um nível maior de competitividade; destaca-se que o Brasil não está nesse relatório: ou seja, além de ocupar uma posição retardatária para os padrões econômicos mundiais, identifica-se uma estagnação da posição atual.

procedimentos de reorganização local reduzem as taxas de falha de pequenas e médias empresas e evita a liquidação de empresas insolventes, mas viáveis. *Doing Business* é uma ferramenta valiosa que os governos podem usar para projetar suas políticas regulatórias. Ao dar aos formuladores de políticas uma maneira de avaliar o progresso, estimula o debate de políticas, expondo desafios em potencial e identificando boas práticas e lições aprendidas. É importante observar que o *Doing Business* não pretende ser um guia de investimento, mas sim uma medida da facilidade de fazer negócios. Potenciais investidores consideram muitos outros fatores, como a qualidade geral do ambiente de negócios de uma economia e sua competitividade nacional, estabilidade macroeconômica, desenvolvimento de o sistema financeiro, o tamanho do mercado, o estado de direito e a qualidade da força de trabalho. A facilidade de fazer negócios é um importante trampolim para as reformas estruturais que incentivam um crescimento amplo. O Grupo Banco Mundial está pronto para ajudar países a avançarem. David R. Malpass, presidente do Banco Mundial. In: The World Bank. **Doing Business**. Relatórios. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/reports/global-reports/doing-business-2020>. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁸ Principais conclusões: O *Doing Business* registrou 294 reformas regulatórias entre maio de 2018 e maio de 2019. A nível global, 115 economias introduziram reformas que facilitaram as atividades das empresas. As economias que mais avançaram nas áreas analisadas pelo *Doing Business* 2020 são a Arábia Saudita, Jordânia, Togo, Barém, Tajikistão, Paquistão, Kuwait, China, Índia e Nigéria. Estes países realizaram um quinto das reformas ao redor do mundo em 2018/19. As economias na África Subsaariana e na América Latina e Caribe continuam a realizar menos reformas do que nas outras regiões. Somente duas economias na África Subsaariana se encontram entre as 50 economias com as melhores classificações quanto à facilidade de se fazer negócios; nenhuma economia na América Latina e Caribe faz parte deste grupo. O *Doing Business* 2020 continua a registrar uma convergência entre as economias desenvolvidas e em desenvolvimento, especialmente na área da abertura de empresas. Desde 2003/04, 178 economias realizaram 722 reformas nesta área, reduzindo barreiras à constituição de novas empresas. As economias com uma alta pontuação no *Doing Business* tendem a possuir níveis mais altos de empreendedorismo e menores índices de corrupção. (tradução nossa) (Ibid.).

Figura 3 – Países em destaque

TABLE 0.2 The 10 economies improving the most across three or more areas measured by *Doing Business* in 2018/19

| Economy | Rank | Change in DB score | Reforms making it easier to do business | | | | | | | | | |
|--------------|------|--------------------|---|-----------------------------------|---------------------|----------------------|----------------|-------------------------------|--------------|------------------------|---------------------|----------------------|
| | | | Starting a business | Dealing with construction permits | Getting electricity | Registering property | Getting credit | Protecting minority investors | Paying taxes | Trading across borders | Enforcing contracts | Resolving insolvency |
| Saudi Arabia | 62 | 7.7 | ✓ | ✓ | ✓ | | ✓ | ✓ | | ✓ | ✓ | ✓ |
| Jordan | 75 | 7.6 | | | | | ✓ | | ✓ | | | ✓ |
| Togo | 97 | 7.0 | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | | | | | |
| Bahrain | 43 | 5.9 | | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Tajikistan | 106 | 5.7 | ✓ | | | | | ✓ | | ✓ | | |
| Pakistan | 108 | 5.6 | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | | | ✓ | ✓ | | |
| Kuwait | 83 | 4.7 | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | | ✓ | | |
| China | 31 | 4.0 | ✓ | ✓ | ✓ | | | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| India | 63 | 3.5 | ✓ | ✓ | | | | | | ✓ | | ✓ |
| Nigeria | 131 | 3.4 | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | | | | ✓ | ✓ | |

Source: *Doing Business* database.

Fonte: The World Bank *Doing Business*.¹⁹

Por meio de cortes específicos no referido relatório, este apontou que as decisões jurídicas e políticas influenciam diretamente os avanços econômicos. E algumas atitudes, como alterações legislativas a respeito da instabilidade e morosidade das decisões judiciais, fornecem/modulam parâmetros para a decisão dos investidores.

Uma das razões da classificação pouco competitiva nos *rankings* de atração de investimento, já exposta aqui por Mackaay (2015), é o paternalíssimo das decisões judiciais. Como medidas mais significativas, Fabio Ulhoa Coelho (2009) destaca a relativização da autonomia patrimonial das sociedades limitadas²⁰ e da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais e o enfraquecimento das obrigações derivadas de contratos empresariais (REGINATO; NASCIMENTO, 2017). Segundo o autor, a efetividade dos mecanismos de segregação de riscos é essencial para a organização da economia. Além disso, a autonomia patrimonial das sociedades é o real motivo que leva o investidor a criar a pessoa jurídica. Nesse sentido, o autor (COELHO, 2015, p.242) defende que:

¹⁹ Ibid.

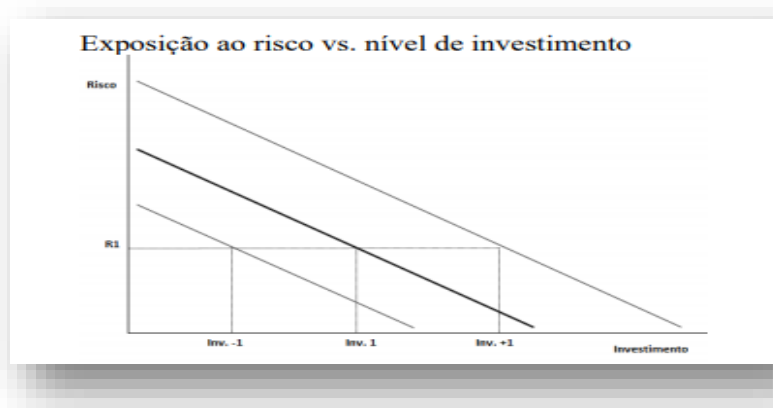
²⁰ Além dos dados apresentados do DREI, Mamede afirma sobre a preponderância de sociedade limitadas no Brasil “Trata-se de tipo societário de uso vasto, adotado por 99% das sociedades empresárias brasileiras, segundo informações do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), compreendendo realidades sociológicas e econômicas muito distintas, de grandes empresas transnacionais, como a General Motors do Brasil Ltda., a pequenos negócios como o Bar do Peru Ltda-ME”. (MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30).

A relativização decorreu de lamentáveis distorções na teoria da desconsideração da personalidade jurídica (que apenas nos últimos anos tem sido mais bem compreendida e aplicada pela Justiça civil); distorções que chegaram a comprometer, em alguns casos, até mesmo a autonomia patrimonial de sociedades do tipo anônima.

No último século, verifica-se, progressivamente, uma relativização da desconsideração da personalidade jurídica. Atualmente, a autonomia patrimonial²¹ das sociedades limitadas e a limitação da responsabilidade dos sócios são juridicamente mais eficazes quanto às obrigações sociais regidas pelo Direito Civil e Comercial,²² mas praticamente inoperantes quanto às obrigações regidas pelo Direito Tributário, Trabalhista, Ambiental etc.

Em estudo ilustrado de André Marçalo(2013), o autor resume o comportamento dos agentes aversos ao risco; na figura 19, observamos que o risco determina o maior ou o menor nível de investimento.

Figura 4 – Risco x nível de investimento



Fonte: André Marçalo (2013)

O autor assevera que a amplitude da proteção estabelecida pela responsabilidade limitada²³

²¹ Fábio Ulhôa Coelho também destaca a importância da autonomia patrimonial: “Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade. [...] Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos da exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 16).

²² Muitas economias concentraram seus esforços de reforma em fazer revisões complexas de suas leis de procedimentos civis. Um terço das reformas em 2015/16 implicou a aprovação de novos códigos de procedimento civil. Bolívia, Brasil, Equador, Cazaquistão, Níger e a República Árabe da Síria estão entre as economias que implementaram tais reformas. Várias economias, principalmente na região da Europa e Ásia Central, aprovaram mudanças em suas leis de mediação na tentativa de fortalecer mecanismos alternativos de resolução de litígios. (tradução nossa) In: The World Bank. **Doing Business**. Relatórios. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/reports/global-reports/doing-business-2020>. Acesso em: 15 fev. 2020.

²³ Segundo Abdul Halim Barjatullah explica que a responsabilidade limitada tornou-se uma ferramenta e é necessariamente um escudo para proteger os interesses dos membros ou acionistas da empresa. (BARKATULLAH, Abdul Halim. Implementation of

terá impacto direto ao nível de volume de investimento, que determina a escolha do local da constituição das sociedades comerciais. Paralelamente, explicava Woodward (1983, p.6), que a responsabilidade limitada está diretamente ligada ao funcionamento dos mercados de ações, corrobora neste pensamento Marçalo (2013), no sentido de que, ao permitir a distribuição de riscos da atividade econômica, a responsabilidade limitada deve ser analisada pela ótica do substrato econômico, como forma de subsidiar o investimento.

Em crítica ao sistema judiciário, Coelho (2015, p, 243) ainda preceitua que todos esses elementos dificultam negociabilidade no Brasil. Segundo ele, o próprio sistema judiciário é o grande culpado nessa ordem, pois:

[...] sendo a mais grave delas a exorbitante aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos empresariais. Os magistrados brasileiros, em sua grande maioria, têm unicamente a experiência de consumidor no trato de questões econômicas. Raros são aqueles que advogaram para empresas antes de se tornarem juízes; e mais raros ainda os que haviam sido empresários antes de ingressarem na magistratura. Somando-se a isso a carência de estudos adequados de direito comercial na formação profissional da maioria dos bacharéis e o invencível volume de trabalho sob a responsabilidade dos juízes, o resultado é a disseminação de decisões judiciais em que as obrigações fundadas em contratos empresariais estão enfraquecidas.

São esses fatores os quais contribuem para a imprevisibilidade das decisões judiciais; comumente, a maioria dos empresários toleram uma imprevisibilidade previsível. Investidores adotam esse tipo de percepção, pois passa a existir a insegurança jurídica quando é extrapolada a tolerável margem de previsível imprevisibilidade.

É um fator essencial ao empreendedorismo a segurança jurídica, e, como afirma Marcelo Lauer Leite (2017), é uma realidade mundial o fato de que o mercado brasileiro é conhecido como inseguro juridicamente²⁴. Isso, somado ao excesso de normas que o Estado brasileiro produz, faz um ambiente temerário para negócios.

Ademais, em diversos casos “as sentenças são aleatórias ou mostram a mera preferência do magistrado – o que é estranho ao império da lei” (POZZOLO; SWIECH; PEDROSA, 2021, p.170) em

limited liability principles and doctrine of piercing the corporate veil in management of local liability companies. **Journal of Advanced Research in Social Sciences and Humanities**, v. 2, n. 6, p. 348-357, 2017).

²⁴ “A insegurança jurídica do ambiente de negócios no Brasil tem uma capilaridade impressionante. Na seara consumerista, intervenções parlamentares impõem súbitas, desnecessárias e inadequadas condutas omissivas ou comissivas aos agentes econômicos. O elemento mais básico do Direito do Trabalho — a configuração da relação de emprego — ainda sofre incertezas sobre conceitos como “habitualidade” e “subordinação”. No âmbito tributário, os incontáveis atos normativos primários e secundários reunidos contavam com mais de 41.200 páginas em 2008, pesando um incognoscível “par de hipopótamos”. Ambientalmente, as competências dos órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente são confusas e atrasam a obtenção de licenças. Na administração local, Prefeituras desestruturadas concedem e cassam autorizações de funcionamento arbitrariamente, criando novos requisitos ou embaraçando atividades por interesses escusos”. (LEITE, Marcelo Lauer. Limitação da responsabilidade patrimonial como fator de proteção ao investimento: razões e propostas para uma missão de resgate. **RSDE. revista semestral de direito empresarial**, v. 18, p. 135-183, 2017).

muitas decisões judiciais, o “interesse de burocratas e governantes de plantão se sobrepõe, de modo indevido, aos direitos dos indivíduos e das empresas”(POZZOLO; SWIECH; PEDROSA, 2021, p.171).

Esses elementos em relação à imprevisibilidade de decisões, a quebras de contratos, à vulnerabilidade, ao paternalismo, ao rompimento da autonomia patrimonial (BORBA, 2012, p.3)²⁵ e à falta de proteção dos investidores corroboram com o ranking acima²⁶ do relatório *Doing Business*.

O legislador brasileiro, atento à importância da desconsideração da personalidade jurídica, reconhecendo o seu uso imoderado do instituto, busca modificar essa realidade e melhorar o nosso ranking mundial, incluindo novas legislações, como a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13874/2019) e a Lei de Falências (Lei nº 14.112/2020).

Reconhece-se que essas alterações legais possam trazer o crescimento econômico fundamental à sociedade, mas, às vezes, é pouco discutido ou esquecido que a personalidade jurídica é fundamental para fomentar a economia, incentivar o empreendedorismo afirmado em princípios constitucionais como a livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF/88), o livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CF/88) e o livre exercício de atividade econômica

²⁵ “Hoje são frequentes os casos de abuso e ilegalidade praticados por gestores e administradores de uma empresa, ao passo que também é muito comum a utilização ampla e excessiva da desconsideração pelos operadores do Direito, com sutis modificações praeter legem, diante da falta de parâmetros e limites legais para a sua devida aplicação a um caso concreto, causando grande insegurança em relação à autonomia patrimonial das pessoas jurídicas”. (BORBA, Nathalia Vernet. **A desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução contra os sócios**. PUC-RS, 2012, p. 3. Disponível: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/nathalia_carvalho.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021).

²⁶ De acordo o Doing Business 2017: Igualdade de Oportunidades Para Todos, o relatório anual do Grupo do Banco Mundial sobre a facilidade de se fazer negócios ao redor do mundo, informa que mais de 75% das 283 reformas no ano passado foram realizadas por países em desenvolvimento, com a região da África Subsaariana contando mais de um quarto de todas as reformas no mundo. Tudo isto demonstra a preocupação destes países em tornar atrativos no cenário mundial de investimento. A Nova Zelândia ocupa o primeiro lugar na classificação global do Doing Business 2017 em termos da facilidade de se fazer negócios, seguida por Cingapura, Dinamarca, Hong Kong (RAE, China), República da Coreia, Noruega, Reino Unido, Estados Unidos, Suécia e pela Antiga República Iugoslava da Macedônia. Segundo o relatório as 10 economias com as reformas que mais melhoraram o seu ambiente regulatório dos negócios no mundo foram Brunei: Darussalam, Cazaquistão, Quênia, Bielorrússia, Indonésia, Sérvia, Geórgia, Paquistão, Emirados Árabes Unidos e o Barém. De acordo com pesquisas mencionadas no relatório, um melhor desempenho no Doing Business é associado a níveis mais baixos de desigualdade econômica, o que contribui para a redução da pobreza e para um crescimento equitativo. Segundo Paul Romer, economista sênior e vice-presidente sênior do Banco Mundial, regras simples e transparentes são um sinal de respeito de um governo por seus cidadãos. Elas têm um impacto direto na economia, ao estimular o empreendedorismo, a igualdade de gênero e o respeito ao Estado de direito. Contudo, não deveríamos nos esquecer de que um tratamento respeitoso aos cidadãos é uma necessidade em si, e que governos que falharem neste aspecto perderão a sua capacidade de liderança. Os dados publicados pelo Doing Business demonstram uma melhoria contínua nas regulações das atividades das empresariais, tendo-se em vista o aumento no número de governos que realizaram reformas nesta área no último ano. A abertura de uma empresa leva, em uma média global, 21 dias, ao passo que o tempo médio há dez anos era de 46 dias. Nas Filipinas, há uma década era necessário realizar 48 pagamentos de impostos anuais, sendo que atualmente são necessários 28 pagamentos. Em Ruanda, o tempo necessário para se registrar uma transferência de propriedade diminuiu, nos últimos dez anos, de 370 dias para 12. Afirma Augusto Lopez-Claros, Diretor do Grupo de Indicadores Globais do Banco Mundial no relatório “As decisões dos governos têm um impacto importante nas operações diárias das pequenas e médias empresas, e regulações restritivas e onerosas podem consumir a energia dos empreendedores e dificultar a inovação e o desenvolvimento das empresas”. (tradução nossa) In: The World Bank. **Doing Business**. Relatórios. Disponível em Disponível: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/reports/global-reports/doing-business-2017>. Acesso em: 10 mar. 2021.

(POZZOLO; SWIECH; PEDROSA, 2021, p.134-135).

Alguns estudiosos indicam que essa inclinação, sob o viés econômico da desconsideração da personalidade jurídica, é impulsionada pelas crises econômicas de 2008-2009 e de 2014-2016, agravada pela pandemia do coronavírus, iniciada em 2020. Nesse ambiente, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica induziu fundadas críticas ao excesso de responsabilização dos sócios (POZZOLO; SWIECH; PEDROSA, 2021, p.144).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto, o artigo nos apontou no tema desconsideração da personalidade jurídica os efeitos econômicos negativos de atitudes propagadas pelo Poder Judiciário. A abordagem econômica nos faz compreender que toda e qualquer decisão individual ou coletiva terá reflexos relevantes ou não para o mercado; a utilização dessa abordagem nos fornece outros olhares para tentar compreender o Direito²⁷.

Com todas as considerações albergadas por esta investigação, identificamos os efeitos que a imprevisibilidade das decisões judiciais promove na ordem macroeconômica. O Direito Comercial, assim como o Direito, entre si, deve ser encarados em um cenário globalizado, quanto mais os conceitos abertos que estão acompanhados na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A investigação deve apontar como são aplicados os institutos jurídicos, compreender suas extensões, trazer os problemas e possíveis soluções. Necessitamos entender os limites de alguns microcosmos como da legislação trabalhista, consumerista e tributária, mas sob uma nova visão, a ótica que engloba e estenda o cenário global e que busque a estabilidade, previsibilidade e confiança em nossos institutos jurídicos afim de propiciar o desenvolvimento econômico do nosso país.

Além disso, podemos suscitar vantagens que advêm deste empreendedorismo, como soluções inovadoras, fontes alternativas ao emprego formal, empregos formais, aumento na arrecadação de tributos e de contribuições sociais. Diante disso, é de suma importância a discussão sobre o tema, pois a sua reeleitura poderá impulsionar investidores a aplicarem seu capital no Brasil;

²⁷Ainda neste assunto Walfrido Jorge Warde Júnior explica que análise econômica do direito gera diminuição dos custos de capital decorrente da externalização do risco. Os investidores por conta da responsabilidade limitada assumem um considerável risco ao empreendimento e que o confronto entre os benefícios gerados pela redução dos custos de capital e custos decorrentes da externalização de riscos, a limitação de responsabilidade se mantém, para alguns autores, como solução eficiente. (WARDE JUNIOR, 2007, op. cit., p. 155-160). Mais adiante, o autor afirma: “[...] *tem na desconsideração da personalidade jurídica um instrumento de compensação de custos externalizados pela limitação de responsabilidade. O fato é prova suficiente de que a disregard doctrine é resposta a crise da limitação da responsabilidade*” (WARDE JUNIOR, 2007, op. cit., p. 195).

a geração de novos negócios transforma a sociedade²⁸. Em sentido contrário, um sistema legal que não assegura a limitação da responsabilidade²⁹ dos sócios – tornando-os, em alguns casos, responsáveis ilimitadamente pelas obrigações da atividade empresarial – desestimula estas atividades empreendedoras.

Judiciário, pesquisadores, professores e demais atores da sociedade jurídica devem analisar os temas atrelados ao Direito sob um raciocínio amplo, examinando todos os aspectos, deixando de olhar o Direito entre as partes e, principalmente, olhá-lo sob um mecanismo capaz de influenciar o desenvolvimento do Brasil.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Palestra proferida na Primeira Semana do Consumidor – Faculdade de Direito do UniCeub. Brasília, 18 de março de 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058513.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021

BANDEIRA, Gustavo. **Relativização da pessoa jurídica: a falta de patrimônio e a responsabilidade do sócio**. Niterói, RJ: Impetus, 2004.

BARKATULLAH, Abdul Halim. Implementation of limited liability principles and doctrine of piercing the corporate veil in management of local liability companies. **Journal of Advanced Research in Social Sciences and Humanities**, v. 2, n. 6, p. 348-357, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2003.

BORBA, Nathalia Vernet. **A desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução contra os sócios**. PUC-RS, 2012. Disponível: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/nathalia_carvalho.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

CATEB, Alexandre Bueno. **Análise econômica da lei de sociedades anônimas**. Direito & Economia, Porto Alegre, 2008.

²⁸ “Quanto maior a quantidade e mais diversas modalidades de atividades econômicas estiverem sendo exercidas, mais tributos poderão ser arrecadados, mais empregos serão gerados, mais clientes e parceiros comerciais serão acumulados, enfim, fomenta-se, sobremaneira, a dinamicidade da economia devido ao empreendedorismo” (LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica das sociedades limitadas: imprescindível reflexão, **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 12, jan. 2014, p. 151).

²⁹ Neste mesmo sentido Tomazette explica a importância da autonomia patrimonial no incentivo da economia. “O uso indevido da pessoa jurídica deve ser coibido, mas não deve ser ignorada sua autonomia patrimonial. O surgimento da autonomia patrimonial foi e continua sendo um instrumento essencial, para se incentivar o exercício de atividades econômicas, logo, não se pode simplesmente ignorar essa autonomia, mesmo com todo o uso abusivo da pessoa jurídica”. (TOMAZETTE, M. **Curso de direito empresarial** : teoria geral e direito societário. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. v.1. p. 275).

CHENG, Thomas K. The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines, **B.C. Int'l & Comp. L. Rev.** v. 34. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2

COELHO, Fábio Ulhoa. O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 112, jun./set. 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Ministério Público e o Processo Falimentar**. Lumen Juris, 2003.

GWARTNEY, James; LAWSON, Robert; GARTZKE, Erik. Economic freedom of the world: 2020 annual report. [Vancouver, BC]: **Fraser Institute**, 2020. Disponível em: <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2021-01/economic-freedom-of-the-world-2020chapter-2.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

KNIGHT, F. **Risk, uncertainty and profit**. London: Houghton Mifflin (The Library of Economics and Liberty, 2000), 1921, n. p. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/knight-risk-uncertainty-and-profit> Acesso em: 04 jun. 2021.

LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica das sociedades limitadas: imprescindível reflexão, **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 12, jan. 2014.

LEITE, Marcelo Lauar. **Limitação da responsabilidade patrimonial como fator de proteção ao investimento**: razões e propostas para uma missão de resgate. RSDE. revista semestral de direito empresarial, v. 18, p. 135-183, 2017.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARÇALO, André. **Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades de Responsabilidade Limitada**: Contributos da Análise Económica do Direito. RIDB, ano 2, v. 2, p. 1391-1416, 2013.

NIETO, A. **El Desgobierno Judicial**. 3. ed. Madri: Ediciones Trotta. 2005.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães Nunes. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucionalista. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POZZOLO, Paulo Ricardo; SWIECH, Maria Angela Szpak; PEDROSA, Lana Matienzo. A interação entre direito e economia na desconsideração da personalidade jurídica. In: PINHEIRO, Armando Castelar et al. (coord.). **Temas em direito e economia do trabalho**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021.

RIBAS, Rodrigo Cunha. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**: de acordo com a Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Curitiba: Juruá, 2020

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil**: história, direito e economia. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto; COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SZTAJN, Rachel. **Terá a personificação das sociedades função econômica**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, n. 100, jan-dez, 2005, p. 71.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil** – estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XXVI

The World Bank. Doing Business. **Relatórios**. Disponível em Disponível: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/reports/global-reports/doing-business-2017>. Acesso em: 10 mar. 2021.

THOMPSON, Robert B. **Piercing the Corporate Veil**: An Empirical Study. Cornell Law Review, v. 76, n. 5, p. 1036-1074, 1991.

TOMAZETTE, M. **Curso de direito empresarial** : teoria geral e direito societário. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. v.1.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios**: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

WOODWARD, Susan. The Economics of Limited Liability, **UCLA Economics Working Papers**. nº 285, UCLA Department of Economics. Los Angeles.1983.

PODER JUDICIÁRIO: DA EXPANSÃO GLOBAL ÀS AMEAÇAS CONTRA A INDEPENDÊNCIA

Bruno Makowiecky Salles¹

Marcelo Buzaglo Dantas²

Paulo Marcio Cruz³

INTRODUÇÃO

A história perfaz-se em eras. Embora teorias longínquas já idealizassem Poderes estatais independentes e harmônicos⁴, sempre houve alguma alternância de protagonismo entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Este estudo não objetiva promover um resgate histórico dessas inter-relações: ele se limita a olhar para um passado recente e, a partir dele, expor eventos contemporâneos, prognosticando um desafio futuro. É nesse sentido que o texto se insere no raio temático do *ebook* << O Direito e o Futuro >>, produzido por docentes e discentes do Pós-Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. A intenção não é a de cravar previsões, mas a de problematizar uma possível tendência: aquela de enfraquecimento do Judiciário no cenário subsequente ao de sua expansão, contexto que atrai considerações acerca da importância da preservação da independência judicial.

Em tal quadro, o primeiro tópico aborda a expansão global do Judiciário, identificada com maior precisão na década de 90 do Século passado⁵. Descreve-se o funcionamento deste fenômeno

¹ Pós-Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com estágio pós-doutoral na *Università Degli Studi di Perugia* – UNIPG (Itália). Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. *Dottore di Ricerca In Scienze Giuridiche* pela *Università Degli Studi di Perugia* – UNIPG (Itália). Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Tutor e Formador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM e da Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. CV: <http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>. Email: brunomakowieckysalles@gmail.com.

² Pós-Doutor em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. *Visiting Scholar* da *Elisabeth Haub School of Law - Pace University* (White Plains/NY). Docente Permanente e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor Visitante da *Widener University – Delaware Law School* (EUA) e da *Universidad de Alicante* (ES). Advogado. CV: <http://lattes.cnpq.br/4368175993651078>. Email: marcelo@buzaglodantas.com.br.

³ Pós-doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela mesma instituição. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perúgia, na Itália. CV: <http://lattes.cnpq.br/4660675787614166>. E-mail: pcruz@univali.br.

⁴ A versão mais remota da teoria da separação dos Poderes retroage a Aristóteles, passando, entre outros, por John Locke. Mas foi em Montesquieu que ela se notabilizou. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995. Título Original: *De l'esprit des lois*.

⁵ Em junho de 1992, no centro de *Studi Sull'Ordinamento Giudiziario di Bologna*, na Universidade de Bolonha, Campus de Forlì, Itália, realizou-se um encontro organizado pelo Comitê de Pesquisa de Estudos Judiciais Comparados da Associação Internacional de

ainda atual, o qual se articula com o Ativismo Judicial num círculo que se retroalimenta. Enquanto a Judicialização pressiona o Judiciário a dar respostas criativas ou ativistas, o Ativismo endossa a Judicialização. Ambos fazem o Judiciário ocupar papéis de protagonismo que não lhe cabem na tripartição clássica. Essa combinação de fatores posiciona tal Poder em uma relação delicada com os demais ramos e com a sociedade, expondo-o a tensões, críticas, desconfianças e a variadas táticas de retaliação. Um Judiciário idealmente técnico perde credibilidade ao mergulhar na política.

O segundo tópico revela como essa delicada posição do Judiciário, tensionado e abalado em sua estima social, abre oportunidade para uma miríade de reações dos demais Poderes e da sociedade. Trata-se de estratégias utilizadas para enfraquecer a Justiça, seja como resposta a reais e perniciosos excessos, seja como revanchismo de ocasião, seja na equivocada crença de que este é um caminho promissor para o futuro das instituições. Emblemáticos são os exemplos das reformas nos sistemas da Polônia, da Hungria e outros. Mencionam-se, ainda, algumas táticas voltadas a minar a independência judicial, normalmente impulsionadas pelo Executivo ou em prol deste ramo, que cresce na nova era que se projeta. Se tal tendência concretizar-se nos inúmeros países em que o Judiciário se expandiu, surge uma clara preocupação quanto ao futuro.

O terceiro e último tópico destaca a essencialidade da independência judicial para o Estado de Direito (*rule of law*) e a democracia. Cuida-se de uma salvaguarda ao governo de leis e aos direitos humanos e fundamentais, contendo o arbítrio e as tredestinações do poder. Por meio dela garante-se a igualdade entre as partes no processo e a submissão dos juízes apenas ao direito, liberando-os de pressões externas e internas. Ela também é um veículo da proteção da paz mundial, do controle da legalidade da política, da autonomia do Judiciário na maneira como realiza sua missão institucional, da legitimidade dos processos judiciais, do desenvolvimento econômico e da segurança jurídica. Assim, desponta a importância da manutenção de elevados *standards* de independência judicial, o que pode constituir um dos grandes desafios do futuro.

As considerações finais encerram o relatório da pesquisa. Nelas, essencialmente, são revistos de modo sintético os principais pontos do trabalho.

Em relação à metodologia, cabe o registro de que, na fase de investigação, foi utilizado o método

Ciência Política. Os trabalhos lá expostos foram compilados e deram origem, em 1995, a uma obra mundialmente conhecida na qual o fenômeno da expansão global do Judiciário, tratado como a Judicialização da política, foi avaliado de forma inovadora por juristas e cientistas políticos, restando definido, investigado quanto às suas principais causas e identificado, em suas particularidades, em sistemas funcionais de diversos Países. A propósito: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

indutivo. Na fase de tratamento de dados, empregou-se o método cartesiano. Por fim, o texto foi composto sob a base lógica indutiva. As diversas fases da pesquisa foram auxiliadas com recurso às técnicas do referente, categoria, conceito operacional e pesquisa bibliográfica⁶.

1. O FENÔMENO DA EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIÁRIO

Embalada pelos movimentos de Acesso à Justiça⁷, a presença do Judiciário intensificou-se nas democracias ocidentais a partir da década de 70 do século XX. O *standard* metodológico dominante em tais movimentos consistia em identificar óbices de acessibilidade ao Judiciário e aos Direitos, com especial ênfase ao Judiciário, para prescrever soluções voltadas a remover tais óbices, de maneira a ampliar o Acesso⁸. Somada a outros fatores, semelhante concepção pavimentou uma larga avenida rumo aos Tribunais.

Na mesma direção, especialmente da década de 90 em diante, testemunhou-se o fenômeno da Judicialização, que envolve a ideia de conferir a algo a forma de um processo judicial⁹, seja mediante a transferência ao Judiciário de assuntos tradicionalmente decididos pelos Poderes Legislativo e Executivo, seja com a incorporação, por tais Poderes, de métodos decisórios, maneiras de agir, habilidades e conhecimentos próprios do Judiciário¹⁰.

A virada global rumo ao que já foi apelidado de juristocracia é apontada como uma das mais significativas ocorrências dos Governos do final do século 20 e do começo do século 21¹¹, implicando uma translação de protagonismo ao Judiciário. Na era do Estado liberal, o modelo de garantia de direitos individuais e de limitação do poder mediante um governo de leis (*per lege*) conferia certa

⁶ Sobre o assunto: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13ª ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

⁷ Talvez o principal marco teórico do Acesso à Justiça seja o Projeto de Florença (*The Florence Access-To-Justice Project*). As ações que o impulsionaram tiveram início em 1971, na Itália, com a Conferência Internacional das garantias fundamentais das partes no Processo Civil, concluindo-se em 1978. O resultado foi uma grandiosa publicação, sob a direção geral de Mauro Cappelletti, com o auxílio de Bryan Garth e o apoio da Fundação Ford, do Instituto Universitário Europeu em Florença e outros, contendo 04 (quatro) volumes distribuídos em 06 (seis) tomos em língua inglesa. Nesses tomos tem-se a participação de juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, psicólogos, políticos e pensadores em geral, radicados em inúmeros continentes, no que pode ser visto como um estudo influenciador de várias culturas. CAPPELLETTI, Mauro. *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*. **Il Foro Italiano**. Roma: Societa Editrice Del Foro Italiano, v. 102, p. 53-60, 1979.

⁸ A respeito: FRIEDMAN, Lawrence M. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994. p. 21.

⁹ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York University Press, 1995. p. 13.

¹⁰ TATE, Neal C. Why the expansion of judicial power? *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. p. 28.

¹¹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 01.

proeminência ao Legislativo. Na transição para o Estado de bem-estar social (*welfare state*), as prestações básicas assumidas pelo poder público tonificaram o papel do Executivo. Nos atuais Estados Democráticos, o exercício do poder passou a submeter o Governo, além disso, a certos conteúdos e valores da democracia (*per lege e sub lege*), acentuando o papel do Judiciário no controle das normas e sua presença na vida social¹². Não por coincidência, já se observou que “não existe livro acerca da justiça, ou relatório que não verifique, a lamentar, o vertiginoso aumento do contencioso desde os anos 70”¹³. Dificilmente surge, na sociedade atual, uma discussão política ou moral relevante que, ou cedo ou tarde, não se convole em questão judicializada¹⁴.

Trata-se de um fenômeno multicausal ligado às peculiares interações entre o direito e a política. Por meio dele, o Judiciário é recorrentemente instado a decidir macroquestões e microquestões, estas potencializadas ou não pela repetição. Ao fornecer respostas criativas sonegadas pelos demais agentes ou consideradas inidôneas e submetidas à reanálise judicial, o Judiciário expande tanto (*i*) o escopo das decisões judiciais quanto (*ii*) os métodos judiciais de tomada de decisão para a esfera política classicamente reservada aos demais Poderes¹⁵.

A Judicialização é uma decorrência, entre outras coisas, da própria dinâmica das sociedades complexas. Nelas coabitam cenários antagônicos como tradicionalismo e pós-modernidade, miséria e consumismo, produção primária e desenvolvimento tecnológico, analfabetismo e sofisticação intelectual¹⁶. Vive-se um choque entre realidades no qual múltiplos discursos se entrecruzam, inclusive no ciberespaço. A massificação torna-se regra, a personalidade se dissipa e as distâncias são reduzidas pela tecnologia e superadas pela velocidade, gerando uma sensação coletiva de imediatismo “em que tudo é instantâneo” e a “morosidade”, seja do que for, “é sentida de forma especialmente dolorosa”¹⁷. As tensões entre os sistemas social, econômico e político, associadas às estruturas de poder, ao primado da economia, ao ritmo célere e à revolução tecnológica intensificam conflitos de distintos matizes, os quais acabam vetorizados para as Cortes.

¹² A respeito: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Original: *Il Diritto Mitte: legge, dirittii, giustizia*. p. 111-114.

¹³ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le garden des promesses*. p. 147.

¹⁴ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. p. 01.

¹⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 138-139.

¹⁶ CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996, p. 144.

¹⁷ GUEDES, Armando Marques. A morosidade da justiça em Portugal. In: RIBEIRO, Manuel de Almeida (coord). **Um debate sobre a morosidade da justiça**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 36.

Do ponto de vista qualitativo, os juízes passaram a ser crescentemente acionados para solucionar problemas cotidianos e *hard cases*¹⁸ variados. Temas ambientais, bioéticos, carcerários, científicos, comerciais, criminais, culturais, econômicos, educacionais, étnicos, familiares, humanitários, imigracionais, infanto-juvenis, morais, políticos, religiosos, sanitários, tecnológicos, urbanísticos, bem como sobre questões de federalismo, liberdades individuais, terrorismo, privacidade e outras são submetidas à decisão judicial antes mesmo de um pronunciamento dos ramos governamentais. Sob a perspectiva quantitativa, a avalanche de ações é sentida de forma marcadamente impactante. Qualquer um que atue no cotidiano forense percebe-a via empirismo e mesmo quem não vivencia o dia-a-dia das Cortes pode visualizá-la. Em razão disso, torna-se desnecessária a exposição de dados estatísticos, facilmente encontráveis alhures¹⁹.

Pode-se dizer que a Judicialização, então, é um fato. Ela não se confunde com o Ativismo Judicial, que traduz uma concepção de atuação judicial perante tal fato, isto é, perante a Judicialização. O Ativismo reflete uma atitude jurisdicional de tendências transformadoras que se manifestam, conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (i) interpretativo ou aplicativo, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, dos precedentes ou dos padrões jurídicos em geral, e (ii) institucional ou relacional, por meio de uma interferência mais direta nas atribuições dos demais Poderes. Em ambas as situações, deposita-se nos juízes uma missão que vai além do dever clássico de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar os excessos dos outros ramos. O Ativismo pode se verificar na Jurisdição constitucional e na ordinária, tanto coletiva quanto individual, bem como em várias dimensões práticas de operação do direito²⁰.

Apesar de Judicialização e Ativismo não serem equivalentes, a primeira pressiona o juízes em direção ao segundo, ao lhes postular que profiram decisões de todos os gêneros. Por sua vez, o segundo age como que a endossar a primeira, levando-a adiante. O ciclo se completa e se

¹⁸ Casos difíceis são aqueles nos quais, por força do grau de incompletude que sempre haverá nos ordenamentos jurídicos, ou da incapacidade do legislador de antecipar todas as situações, inexistente uma solução jurídica clara na lei ou nos precedentes, gerando dificuldade de decisão.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> >. Acesso em 10 de janeiro de 2021. Ainda: EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE- CEPEF. **European judicial systems: efficiency and quality of justice, an overview**. Edition 2014 (2012 data). Disponível em: < <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-edition-2014-2012-data-efficiency-and-qualit/1680785d95> >. Acesso em 29 de novembro de 2018. Por fim: UNITED STATES COURTS. **Statistical tables for the federal judiciary. 2018**. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/statistical-tables-federal-judiciary-june-2018> >. Acesso em 29 de novembro de 2018.

²⁰ SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso à justiça e equilíbrio democrático. v. 1. p. 195.

retroalimenta²¹.

Ocorre que um similar arranjo institucional gera consequências ao Judiciário. Idealmente, os juízes agem como terceiros imparciais que, amparados no conhecimento técnico-jurídico, aplicam o direito legislado ou jurisprudencial para a resolução de conflitos intersubjetivos ou normativos, atuando somente quando provocados, conduzindo as lides de acordo com as normas do devido processo²² e não tendo preferências ou simpatias por partes e postulações. À medida em que o Poder Judiciário adentra no jogo político e decide frequentemente questões políticas, tomando partido de posicionamentos, o símbolo de neutralidade e técnica que marca sua atuação começa a ruir.

Quanto mais os juízes intervêm na política, menos neutros passam a parecer e isso fragiliza sua imagem e aceitação popular²³, sempre ligadas à confiança na isenção. A mistura age em prejuízo da Justiça no imaginário coletivo, erodindo, a médio prazo, a imagem das Cortes como corpos autônomos e apolíticos²⁴. Tal impressão é reforçada por campanhas políticas ou governamentais, por vezes organizadas, ligando o Judiciário a determinada agenda política, sem que a instituição se engaje em formas de comunicação que desconstruam a mensagem. Ao invés do fortalecimento do Judiciário com uma maior visibilidade, experimenta-se uma crise de legitimidade perigosa, notadamente quando se sabe que, *“quanto più relevante è il ruolo della magistratura, tanto più forti devono essere le sue basi di legittimazione”*²⁵. Em contextos de grande expansão e abalos à legitimidade, os déficits nos serviços judiciais passam a ser cada vez mais explorados por aqueles que discordam do protagonismo judicial ou pelos interessados em fragilizar os juízes. Dito de outra forma, *“when the public begins to question the impartiality of judges, it becomes easier to justify reforms to the judiciary”*²⁶.

A atuação do Judiciário como uma terceira instância política exponencia as tensões com os

²¹ SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso à justiça e equilíbrio democrático. v. 1. p. 216.

²² LA TORRE, Massimo. Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences**. Ius Gentium, V. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 03.

²³ SHAPIRO, Martin. The United States In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. p. 62.

²⁴ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. p. 15.

²⁵ FERRAJOLLI, Luigi. La giustizia penale nella crisi del sistema politico. In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica**. Milano: Giangiaco Feltrinelli editore, 1996. p. 60. Tradução livre: “quanto mais relevante é o papel da magistratura, tanto mais relevante devem ser suas bases de legitimação”.

²⁶ DUNCAN, Allyson K; MACY, John. The collapse of judicial independence in Poland: a cautionary tale. **Judicature**. v. 104, n. 03, p. 41-50, fall/winter 2021. Disponível em: < <https://judicature.duke.edu/wp-content/uploads/2020/12/DUNCANv2-compressed.pdf> >. Acesso em 08 de novembro de 2021. p. 46. Tradução livre: “Quando o público começa a questionar a imparcialidade dos juízes, fica mais fácil justificar reformas no Judiciário”.

demais ramos do Governo, notadamente quando o Estado-Juiz desconstrói *designs* políticos ou erige os seus próprios²⁷. É previsível que os demais Poderes não aceitem uma Magistratura que considerem desvinculada da lei e intentem achar meios de controlá-la e subordiná-la²⁸. Reações voltadas ao amordaçamento dos juizes, à supressão de garantias e à corrosão dos vencimentos, entre outras medidas, não são raras em cenários de crises entre os Poderes, havendo motivos para temer quando uma aliança objetiva subjugar os juizes em prol de um ramo, de outro ou de ambos.

2. MÉTODOS DE ENFRAQUECIMENTO DO JUDICIÁRIO

Como visto, a guinada rumo ao Judiciário tem potencial para despertar reações dos Poderes e da sociedade civil. Por vezes, elas traduzem respostas a reais excessos dos Tribunais. Em outras ocasiões essas reações também podem representar uma tentativa de acerto para o futuro das instituições ou ser o resultado de mudanças políticas ou pressões sociais e econômicas. Com frequência, porém, elas veiculam um revanchismo de ocasião e resultam mais comumente, porém não só, de uma tensão com o Executivo, militando em prol deste ramo. A ascensão do Executivo vem se mostrando uma inclinação atual, assim como sua colisão com o Judiciário. Precauções são necessárias para que a escada do Executivo não sejam os ataques à independência judicial.

As Cortes podem ser enfraquecidas de modo multifário. Sem a pretensão de criar uma tipologia ou de exaurir os métodos de ação, é possível destacar, com base em interessante artigo científico²⁹, três frentes de atuação. As reações contra o Judiciário podem ser subdivididas, para tal efeito, em uma dimensão institucional, uma dimensão pessoal e uma dimensão processual. Todas podem ser aplicadas isolada ou simultaneamente, de modo coordenado.

A dimensão institucional diz respeito às relações entre os Poderes e ao próprio regime da instituição judiciária. Por meio de condutas institucionais pretende-se influenciar, desde fora, as atribuições e decisões das Cortes. Servem como ilustração as reformas que limitam as competências dos Tribunais em temas relevantes, excluindo-os do controle judicial, ou, em sentido inverso, as que

²⁷ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 215.

²⁸ GHEZZI, di Morris L. Il panorama e le rovine. Alla ricerca di uno stato democratico di diritto in Italia In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici**. p. 61.

²⁹ LACHMAYER, Konrad. Disempowering courts. The interrelationship of courts and politics in contemporary legal orders or the manifold ways of attacking judicial independence. In: **Courts, politics and constitutional law**. Martin Belov ed., 2019, p. 31-54. Disponível em: <
https://www.academia.edu/52469413/Disempowering_Courts_The_Interrelationship_of_Courts_and_Politics_in_Contemporary_Legal_Orders_or_the_Manifold_Ways_of_Attacking_Judicial_Independence>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

promovem uma acessibilidade excessiva em questões triviais, provocando um *overload* paralisante. Além disso, alterações voltadas à reorganização administrativa das Cortes, à criação de novas autoridades supervisoras e à redução do orçamento podem ser utilizadas como pretexto para o esmaecimento do Judiciário. Somam-se a introdução do *lobby* político pressionando os julgamentos³⁰, as ameaças de medidas que elevem os poderes do Executivo, como os estados de exceção ou defesa, e a desqualificação pública, por autoridades constituídas, do Judiciário em geral e de decisões em específico. Não são incomuns campanhas que adjetivam o Judiciário como órgão elitista, divorciado do povo e antidemocrático, no afã de pintá-lo como um óbice ao Governo do povo, de maneira a escamotear o real intento de fragilizar o controle sobre a política. Chega a haver reações institucionais e discursos de descumprimento das decisões, sem base jurídica, no lugar de um *compliance* às deliberações da Justiça. Podem-se referir, ademais, as iniciativas de reformas em sistemas eleitorais³¹, colocando em descrédito a Justiça Eleitoral e sua capacidade de assegurar eleições limpas.

A dimensão pessoal liga-se à esfera jurídica dos juízes como agentes públicos. Reduzindo as posições ou as prerrogativas dos juízes, ou afetando seu regime jurídico, reduzem-se suas influências e os espaços que ocupam. Os exemplos aqui são inúmeros. Para permitir novas composições judiciárias aliadas ao Governo, surgem novas regras de aposentadoria precoce, alteram-se critérios de nomeação de juízes ou censores judiciais em cargos elevados e ampliam-se Cortes. Outros exemplos são as restrições, aos juízes, de atividades além das jurisdicionais, os limites à liberdade de expressão dos magistrados, a burocratização das funções e a falta de incentivo à formação continuada. Indo além, tem-se o avanço de ameaças punitivas, responsabilizatórias e instâncias disciplinares, a redução ou falta de recomposição dos subsídios³² e a majoração das possibilidades de demissão. Também entram em cena investidas públicas e midiáticas contra as pessoas dos juízes, a precarização de suas condições de trabalho e formas variadas de intimidação, incluindo déficits de segurança³³.

A dimensão processual reporta-se às normas que disciplinam a atuação dos Tribunais.

³⁰ SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso à justiça e equilíbrio democrático. v. 1. p. 164-165.

³¹ LACHMAYER, Konrad. Disempowering courts. The interrelationship of courts and politics in contemporary legal orders or the manifold ways of attacking judicial independence. In: **Courts, politics and constitutional law**. p. 31-54.

³² HAMILTON, Alexander. Do salário e responsabilidade dos juízes. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. **O federalista**. Tomo Terceiro: Capítulo LXXIV. Rio de Janeiro: Typ. Inst. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. Título original: *The Federalist Papers*. p. 165.

³³ LACHMAYER, Konrad. Disempowering courts. The interrelationship of courts and politics in contemporary legal orders or the manifold ways of attacking judicial independence. In: **Courts, politics and constitutional law**. p. 31-54.

Mudanças legislativas em procedimentos podem dificultar, por inúmeras sendas, a entrega de resultados pela Justiça. Leis de afrouxamento do combate à corrupção, restrições à publicidade de processos e decisões, normas que comprometem a eficiência e a celeridade dos processos e condições laborais que dificultam a prolação de decisões com adequado nível de qualidade são medidas que, pela via do processo, diminuem a Justiça ou lançam-na em descrédito. Isso pode ocorrer tanto na jurisdição constitucional como na criminal e na civil. Ainda por tal via abre-se a chance de modular uma maior ou menor margem de liberdade decisória, amarrando demasiadamente os juízes, ou mesmo de esvaziar técnicas processuais e transferir competências para outras esferas, como a jurisdição administrativa. É possível a criação, ainda, de mecanismos que retardem ou turbem a execução das decisões³⁴. Se não se pode afirmar que todas essas medidas sejam reais tendências em escala global, é inegável que elas ocorrem com habitualidade superior à desejável.

Na Hungria, sobretudo na última década (2010 a 2020), chamaram a atenção numerosas iniciativas governamentais em detrimento da independência do Judiciário³⁵. A preocupação já foi externada em relatórios da Comissão Europeia³⁶. Caso notório foi o do encurtamento do mandato do Presidente da Suprema Corte Húngara após tecer críticas às reformas da Justiça, medida declarada, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, como contrária à Convenção Europeia dos Direitos do Homem³⁷. O pacote das reformas judiciárias incluiu a antecipação da idade de aposentadoria compulsória, o aumento da influência política na nomeação para cargos estratégicos³⁸ e o desvio de casos politicamente sensíveis do sistema de justiça ordinário para uma Corte com juízes nomeados e eleitos pela maioria do Governo³⁹. Abrangeu, ainda, a reestruturação

³⁴ LACHMAYER, Konrad. Disempowering courts. The interrelationship of courts and politics in contemporary legal orders or the manifold ways of attacking judicial independence. In: **Courts, politics and constitutional law**. p. 31-54.

³⁵ AMNESTY INTERNATIONAL. **Status of the Hungarian judiciary**: legal changes have to guarantee the independence of the judiciary in Hungary. Budapest: 2021, p. 01-31. Disponível em: < <https://www.amnesty.org/en/documents/eur27/3623/2021/en/> >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

³⁶ EUROPEAN COMMISSION. Recommendation for a Council Recommendation on the 2019 National Reform Programme of Hungary and delivering a Council opinion on the 2019 Convergence Programme of Hungary. Bruxelas, 2019, párr. 17. Disponível em: < [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2019\)517&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2019)517&lang=en) >. Acesso em: 05 de novembro 2021; e EUROPEAN COMMISSION. 2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Hungary. Bruxelas, 2020. Disponível em: < https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/hu_rol_country_chapter.pdf >. Acesso em: 05 de novembro 2021.

³⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Baka vs. Hungary**. n. 20261/12. 23 de junho de 2006. Estrasburgo. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163113%22%7D%7D> >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

³⁸ Sobre o tema: KAZAI, Viktor Z; KOVÁCS, Ágnes. The last days of the independent Supreme Court of Hungary? **Verfblog**, 2020/10/13. Disponível em: < <https://verfassungsblog.de/the-last-days-of-the-independent-supreme-court-of-hungary/> >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

³⁹ HUNGARIAN HELSINKI COMMITTEE. **New law threatens judicial independence in Hungary – again**. Analysis by the Helsinki

da Suprema Corte, a abolição do acesso direto dos cidadãos mediante as *actio popularis*, substituídas por reclamações constitucionais com pressupostos mais rígidos⁴⁰, bem como restrições ao *judicial review* sob certos aspectos constitucionais, especialmente em questões orçamentárias⁴¹. Outrossim, merecem ser lembradas as respostas legislativas a decisões constitucionais fora de um contexto de diálogo institucional saudável⁴², mas de forma reativa e sistemática, além de ataques midiáticos a juízes e decisões e restrições à liberdade de expressão da classe⁴³.

A Polónia seguiu coordenadas similares no último quinquênio (2015-2020), editando reformas que chacoalharam as estruturas judiciárias. Também lá promoveu-se a antecipação da aposentadoria compulsória dos juízes em exercício na Suprema Corte, conferindo-se ao Presidente da República, por outro lado, o poder discricionário de prorrogar os mandatos para além da idade-limite. Tais providências, que aumentavam a possibilidade de o Executivo alterar a composição da Corte ou prorrogar mandatos quando conviesse, foram reconhecidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia como contrárias ao Direito Comunitário⁴⁴. O mesmo se passou com os juízes das Cortes ordinárias, no que se refere à redução da idade de aposentação e à autorização para permanência no cargo pelo Ministério da Justiça⁴⁵. Além disso, foram editadas alterações processuais que afetaram o desempenho do Judiciário e aumentaram *quórums* para deliberações contra atos do Governo⁴⁶. Mediante a imposição de uma regra de julgamento por data de entrada, ainda obstou-se, com algumas exceções, que a Suprema Corte domine a própria agenda⁴⁷.

Committee.Budapeste, January 2020. Disponível em: < [https://helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC Act CXXVII of 2019 on judiciary analysis 2020Jan.pdf](https://helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC_Act_CXXVII_of_2019_on_judiciary_analysis_2020Jan.pdf) >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

⁴⁰ GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina (2012) *The Hungarian constitutional court in transition - from actio popularis to constitutional complaint*. *Acta Juridica Hungarica*, v. 53, n. 4. p. 302-315, 2012. Disponível em: < <http://real.mtak.hu/43434/1/ajur.53.2012.4.3.pdf> >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

⁴¹ LACHMAYER, Konrad. Disempowering courts. The interrelationship of courts and politics in contemporary legal orders or the manifold ways of attacking judicial independence. In: **Courts, politics and constitutional law**. p. 31-54.

⁴² LACHMAYER, Konrad. Disempowering courts. The interrelationship of courts and politics in contemporary legal orders or the manifold ways of attacking judicial independence. In: **Courts, politics and constitutional law**. p. 31-54.

⁴³ AMNESTY INTERNATIONAL. **Status of the Hungarian judiciary**: legal changes have to guarantee the independence of the judiciary in Hungary. p. 20;24; e EUROPEAN COMMISSION. **2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Hungary**. p. 02-07.

⁴⁴ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Commission vs. Poland**. n. C-619-18. 24 de junho de 2019. Luxemburgo. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0619&from=EN> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

⁴⁵ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Commission vs. Poland**. n. C-192-18. 05 de novembro de 2019. Luxemburgo. Disponível em: < <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AD163BC06B13C6F5CA166D62FAF9EF44?text=&docid=219725&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=37415472> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

⁴⁶ DUNCAN, Allyson K; MACY, John. The collapse of judicial independence in Poland: a cautionary tale. **Judicature**. p. 41.

⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) – CONCEIL OF EUROPE. **Opinion 860/2016**.

A pressão exercida sobre os juizes poloneses na esfera disciplinar é igualmente digna de destaque, por intimidá-los em suas livres manifestações, no debate público (*chilling effect*) e na própria atividade judicial de controle de ações legislativas e executivas. Afirma-se que os processos disciplinares apresentam *standards* de ampla defesa insatisfatórios, com acusadores e juizes indicados pela via política. Esses feitos passaram a ser abertos sob múltiplas causas, que variam desde uma atividade mais expansiva, como a defesa do Estado de Direito e a remessa de questões prejudiciais a Tribunais Superiores, até encontros com cidadãos, ações educativas e atividades internacionais, ainda compreendendo questionamentos sobre as reformas no sistema e a submissão da Justiça à política⁴⁸. As penalidades compreendem admoestação, redução de salário em até 50% (cinquenta por cento) por até 02 (dois) anos, remoção por interesse público e demissão⁴⁹.

Por força dessas características, aspectos do sistema disciplinar polonês foram declarados, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, contrários aos padrões europeus⁵⁰. O quadro geral de investidas contra o Judiciário da Polônia também já foi percebido pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa⁵¹ e pelo Grupo de Estados da Europa Contra a Corrupção⁵².

Cabe menção, ainda que sintética, a outras experiências. Na Romênia (2017-2019) podem ser listadas intervenções no âmbito da supervisão dos Tribunais, intimidando juizes pelas vias disciplinar e responsabilizatória, além do aumento da influência do Governo na nomeação de juizes⁵³, causando preocupações no campo do combate à corrupção. Medidas semelhantes foram

Poland opinion on the act on the constitutional tribunal. Venice, 14-15 October 2016. Disponível em: < [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)026-e) >. Acesso em 07 de novembro de 2021. p. 11-12.

⁴⁸ MARKIEWICZ, Krystian. **A letter from the Polish judges association to Frans Timmermans**. Disponível em: < <https://www.rechtersvoorrechters.nl/letter-from-the-polish-judges-association-to-frans-timmermans/> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

⁴⁹ DUNCAN, Allyson K; MACY, John. The collapse of judicial independence in Poland: a cautionary tale. **Judicature**. p. 41.

⁵⁰ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Commission vs. Poland**. n. C-791-19. 15 de julho de 2021. Luxemburgo. Disponível em: < <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=244185&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=38452613> >. Acesso em 08 de novembro de 2021.

⁵¹ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE CONCEIL OF EUROPE (PACE). **Resolution n. 2359 (2021)**. Disponível em: < <https://pace.coe.int/en/files/29000/html> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

⁵² GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION (GRECO) – CONCEIL OF EUROPE. **Fourth evaluation round**. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Interim compliance report. Poland. 22 september 2021. Disponível em: < <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680a3efa8> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

⁵³ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Press release n. 82/21**. C-83/19. The Court of Justice rules on a series of Romanian reforms in the areas of judicial organisation, the disciplinary regime applicable to judges, and the financial liability of the State and the personal liability of judges as a result of judicial error. 18 de maio de 2021. Luxemburgo. Disponível em: <

adotadas na Turquia (2010-2019), as quais incluem transferências e dispensas de juízes⁵⁴. Na Áustria ocorreram protestos de juízes contra a redução, pelo Governo, do orçamento dos Tribunais (2018), além de ataques governamentais e reações sistemáticas a decisões judiciais (2000-2006)⁵⁵, entre outras questões⁵⁶. Na Rússia são conhecidas as pressões internas e externas para que decisões sigam tal ou qual orientação⁵⁷. No Equador (2004), uma Resolução do Parlamento procedeu à dispensa dos juízes da Suprema Corte⁵⁸, sendo a medida declarada inválida pela Corte Inter-Americana de Direitos Humanos⁵⁹. No Brasil, são hodiernas as campanhas do Governo (2018-2021), notadamente do Presidente e seus apoiadores, contra o Supremo Tribunal Federal, seus Ministros e decisões, defendendo-se mais poderes ao Executivo e, entre outras coisas, objetivando-se instituir interferências políticas no Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP (2018-2021)⁶⁰.

Não se está aqui a fomentar uma teoria conspiratória contra o Judiciário. Tampouco se afirma que os exemplos empregados refletem, necessariamente, o intento único de apequenar a Magistratura. Se algumas reformas já nascem com similar vício de propósito, outras são o resultado de mudanças políticas ou pressões sociais e econômicas, e outras podem revelar, ainda, uma tentativa de acerto. O que busca destacar é que, a depender do contexto e da série de reformas, devem ser ligados sinais de alerta quanto à independência judicial. O momento subsequente ao fenômeno da Judicialização é propício a revides, diretos ou velados, contra o protagonismo da Magistratura. Daí a atenção para que, no futuro, não se debilite o sistema judicial de proteção de

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-05/cp210082en.pdf> >. Acesso em 18 de novembro de 2021.

⁵⁴ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). **Turkey's judicial reform strategy and judicial independence**. Genebra, novembro de 2019. p. 01-24. Disponível em: < <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/Turkey-Justice-Reform-Strat-Advocacy-Analysis-brief-2019-ENG.pdf> >. Acesso em 18 de novembro de 2021.

⁵⁵ LACHMAYER, Konrad. Disempowering courts. The interrelationship of courts and politics in contemporary legal orders or the manifold ways of attacking judicial independence. In: **Courts, politics and constitutional law**. p. 31-54.

⁵⁶ CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE). **Opinion of the CCJE Bureau following a request by the Association of European Administrative Judges (AEAJ) as regards the legal setting of the position of the president (vice-president) of the Administrative Court of Vienna, Austria. Estrasburgo, 29 de março de 2019**. Disponível em: < <https://rm.coe.int/opinion-29-march-2019-austria-2019-final/168093c034> >. Acesso em 18 de novembro de 2021.

⁵⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Kudeshkina vs. Russia**. n. 29492/05. 26 de fevereiro de 2009. Estrasburgo. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-91501%22%5D%7D> >. Acesso em 24 de novembro de 2021.

⁵⁸ GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION (GRECO) – CONCEIL OF EUROPE. **Fourth evaluation round**. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Interim compliance report. Poland. 22 september 2021. Disponível em: < <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680a3efa8> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

⁵⁹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of the supreme court of justice (Quintana Coello et all) vs Ecuador**. 23 august 2013. San José. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_ing.pdf >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

⁶⁰ No ponto, cumpre registrar que, durante a produção deste artigo, tramita o Projeto de Emenda Constitucional n. 05/21, que causa preocupações quanto à independência do Ministério Público.

direitos e não se inverta um paradigma duramente construído, substituindo-se o controle jurisdicional dos atos públicos pelo controle do Judiciário pelo Governo. O risco é significativamente maior em países nos quais a independência da instituição judicial não é historicamente reconhecida e consolidada ao longo de séculos, mas apenas uma conquista recente.

3. A CULTURA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Constitui um desafio aos Estados Democráticos assegurar níveis razoáveis ao exercício do direito fundamental de Acesso à Justiça (*lato sensu*), que amalgama as noções de Acesso aos Tribunais e Acesso extrajudicial aos Direitos. Especificamente quanto ao Acesso aos Tribunais, não é suficiente garantir-se o *input* de pretensões no sistema judicial, indo-se além para abranger um processo justo e revestido das garantias do *due process of law*, como o contraditório, a ampla defesa, a exigência de decisões motivadas, a publicidade, a razoável duração e a própria independência judicial⁶¹.

A independência judicial acha-se entrincheirada em relevantes documentos internacionais⁶² e nas Constituições de diversos países⁶³. Trata-se de princípio cuja magnitude é enaltecida por Cortes Internacionais e Comissões de Juristas mundo afora⁶⁴. Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, juízes independentes encorpam um valor comum aos Estados Europeus⁶⁵. A Corte Interamericana reputa a independência indispensável ao exercício da jurisdição, traduzindo um dos objetivos da separação dos Poderes⁶⁶. O Tribunal de Justiça da União Europeia enxerga-a como requisito inerente à missão de julgar, que integra o conteúdo essencial do direito a uma tutela

⁶¹ SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio. Access to justice: a concept in the light of the european and american international systems. **Academia letters**, Article 1420, june 2021. Disponível em: < https://www.academia.edu/50033909/ACCESS_TO_JUSTICE_A_CONCEPT_IN_THE_LIGHT_OF_THE_EUROPEAN_AND_AMERICAN_INTERNATIONAL_SYSTEMS >. Acesso em 19 de novembro de 2021.

⁶² Há expressa previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 10), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º), na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (art. 26) e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47). Além disso a defesa da independência é encontrada em diversos outros documentos internacionais, como nos Princípios de Bangalore sobre a Conduta Judicial e na Declaração do Cairo Sobre a Independência Judicial.

⁶³ Exemplos são as Constituições do Brasil (art. 2º), da Áustria (art. 87), da Alemanha (art. 97), de Portugal (art. 203), da Itália (arts. 101 e 104) e da Grécia (art. 87), entre outras.

⁶⁴ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE (JIWP). **Mount Scopus international standards of judicial independence**. Approved 19 march 2008. Consolidated 2015. p. 01. Disponível em: < <https://www.jiwp.org/mt-scopus-standards> >. Acesso em 22 de novembro de 2021.

⁶⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Baka vs. Hungary**. n. 20261/12. Joint concurring opinion of judges Pinto de Albuquerque and Dedov. párr. 18.

⁶⁶ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the supreme court of justice (Quintana Coello et all) vs Ecuador. párr. 144, p. 43-44.

jurisdicional efetiva e do direito fundamental a um processo equitativo⁶⁷. Nesse encontro de águas, a construção de uma cultura de independência judicial e o desenvolvimento de *standards* satisfatórios para a sua garantia passam por um processo de articulação de normas e conceitos desenvolvidos nos âmbitos nacionais e internacionais, aplicados de modo estrito⁶⁸, desenvolvidos progressivamente e adaptados para as peculiaridades de cada País.

Pensar em um Judiciário autônomo não é pensar em privilégios aos juízes. Nas garantias que sedimentam a independência judicial reside uma função que é primordialmente instrumental, desfilando como pressuposto básico da democracia e do Estado do Direito (*rule of law*)⁶⁹. Cuida-se de uma salvaguarda ao governo de leis e aos direitos humanos e fundamentais⁷⁰, contendo o arbítrio e as tredestinações do poder. Por meio dela garante-se a igualdade entre as partes no processo⁷¹ e a submissão dos juízes apenas ao direito, liberando-os de pressões externas e internas. Ela também é um veículo da proteção dos valores democráticos contra maiorias ocasionais, da paz mundial⁷², do controle da legalidade da política, da autonomia do Judiciário na maneira como realiza sua missão institucional, da legitimidade dos processos judiciais, do desenvolvimento econômico e da segurança jurídica.

Um Estado Democrático de Direito necessita de juízes independentes, capazes e determinados a aplicar as leis no confronto com o poder⁷³, tanto quanto capazes de resistir ao humor mutável da opinião pública. Esses ingredientes são essenciais a um sistema de adjudicação de conflitos, cuja principal característica reside, por definição, numa tríade formada por um julgador sem vínculos ou receios de qualquer ordem⁷⁴. A independência judicial também reforça a confiança

⁶⁷ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Commission vs. Poland**. n. C-619-18. párr. 58, p. 11.

⁶⁸ SHETREET, Shimon. The normative cycle of shaping judicial independence in domestic and international law: the mutual impact of national and international jurisprudence and contemporary practical and conceptual challenges. **Chicago Journal of International Law**. v. 10, n. 01, Article 13, p. 274-332, 2009. Disponível em: < <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol10/iss1/13/> >. Acesso em 21 de novembro de 2021.

⁶⁹ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Traducción e índices de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 223.

⁷⁰ HAMILTON, Alexander. Da inamovibilidade do poder judiciário. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. **O federalista**. Tomo Terceiro: Capítulo LXXVIII. Rio de Janeiro: Typ. Inst. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. Título original: *The Federalist Papers*. p. 161.

⁷¹ Ela assegura, nesse sentido, a existência de “juízes em Berlim”, expressão que remete a um conto mundialmente conhecido. Segundo o conto, um moleiro alemão teria criado tal expressão quando se defendia do Imperador Frederico II, desposta esclarecido que ameaçava tomar-lhe arbitrariamente a propriedade, na qual se criou e pretendia que seus descendentes crescessem. Desde então a frase é utilizada para simbolizar a crença na justiça para proteger as pessoas contra abusos similares, especialmente, mas não só, do Estado, sem distinção de poder e classe.

⁷² INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE (JIWP). **Mount Scopus international standards of judicial independence**. p. 03.

⁷³ ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. 7a ed. Franco Angeli: Milano, 2008. p. 91.

⁷⁴ A respeito: SWEET, Alec Stone. Judicialization and the construction of governance. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On**

da população no Judiciário, o qual só será tido em alta conta se se acreditar que, mesmo que ele erre, ele tenha agido de modo independente⁷⁵.

Perde-se intensamente com a fragilização do Judiciário e sua subordinação aos demais ramos do Governo⁷⁶, razão pela qual os sistemas democráticos positivam garantias voltadas a reforçar a independência judicial, conferindo-lhe mecanismos de autodefesa⁷⁷. Tais mecanismos operam tanto no plano institucional, em prol do Judiciário como um todo e de sua afirmação como Poder, quanto na esfera pessoal dos juízes como agentes públicos.

Institucionalmente, os *standards* de independência gravitam em torno de ideias como a autonomia administrativa⁷⁸ e financeira do Judiciário, ao qual se concede uma vontade própria (*a will of its own*) para a gestão de seus processos, pessoas e orçamentos. Também envolvem a composição das Cortes⁷⁹, a preservação dos Tribunais estabelecidos contra extinções decorrentes de retaliação política e a participação da Magistratura, em maior ou menor grau, em processos de seleção e nomeação de juízes⁸⁰ que garantam a qualificação e a confiabilidade.

No campo pessoal dos juízes, um adequado padrão de independência requer liberdade na formação da convicção⁸¹, vencimentos compatíveis com a responsabilidade do cargo e cujo poder aquisitivo seja preservado⁸², sistemas de ascensão funcional que afirmem o mérito por critérios

laws, politics & judicialization. New York: Oxford University Press, 2002. p. 56 e 61.

⁷⁵ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy.** p. 76-77.

⁷⁶ ACCATTATIS, Vincenzo. Governo dei giudici e giudici del governo. p. 112.

⁷⁷ HAMILTON, Alexander. Da inamovibilidade do poder judiciário. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. **O federalista.** p. 156.

⁷⁸ Existem vários modelos de administração Judiciária, que variam desde um domínio exclusivo do Judiciário até uma gestão conjunta ou, sob certos aspectos, compartilhada com o Executivo. O importante é que, em qualquer deles, os níveis de independência sejam bastantes para que o Judiciário não se submeta como Poder. SHETREET, Shimon. The normative cycle of shaping judicial independence in domestic and international law: the mutual impact of national and international jurisprudence and contemporary practical and conceptual challenges. p. 286.

⁷⁹ Recomenda-se que as Cortes sejam compostas democraticamente, de forma balanceada e plural em termos sociais e culturais, refletindo uma justa representação da sociedade (*principle of fair reflection*). Além disso, admite-se que, nos sistemas que realizam controle de constitucionalidade, a seleção e nomeação dos juízes incorpore alguma influência política (*democratic accountability of the Judiciary*), a qual é prescindível nos sistemas em que os juízes se limitam a solucionar lides ou não dispõem do poder de invalidar normas, limitando-se a declarar a incompatibilidade com a Constituição para posterior análise do Legislativo. A influência política em regimes nos quais se verifica uma jurisdição constitucional com escopo mais amplo é uma forma de prevenir abusos judiciais. SHETREET, Shimon. The normative cycle of shaping judicial independence in domestic and international law: the mutual impact of national and international jurisprudence and contemporary practical and conceptual challenges. p. 310-318.

⁸⁰ GÉLINAS, Fabien. The due rational of judicial independence. In: MARCIANO, Alain (ed.). **Constitutional mythologies: new perspectives in controlling the State.** New York: Springer, 2011. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761436 >. Acesso em 22 de novembro de 2021. p. 07-08.

⁸¹ Tal liberdade é garantida contra pressões externas, de outros Poderes ou da mídia, e internas, exercidas pela influência extraprocessual de órgãos superiores do Judiciário. Por outro lado, a liberdade decisória é compatível com a formação de sistemas balanceados de precedentes, em países de *common law* e de *civil law*, que assegurem o equilíbrio entre ela e a segurança jurídica.

⁸² A irredutibilidade nominal e real de vencimentos objetiva garantir aos juízes uma vida financeira compatível com a dignidade do cargo e blindá-lo das influências do poder econômico. Todavia, não chega ao ponto de impedir congelamentos provisórios como

objetivos e a própria inamovibilidade, exceto em caso de sanção disciplinar ou no interesse público⁸³. Abarcam ainda a liberdade de associação e expressão⁸⁴, a progressiva capacitação, certas restrições à responsabilização por atos praticados no exercício da função e as garantias de vitaliciedade ou estabilidade no exercício da função⁸⁵, sem que a renovação da investidura se condicione ao conteúdo de decisões⁸⁶. Cita-se também, entre outras coisas, a segurança profissional.

A independência judicial baseia-se em alguns aspectos essenciais, como estruturas constitucionais e institucionais adequadas, proteção normativa e desenvolvimento jurisprudencial⁸⁷. Ela ainda é resguardada mediante outros princípios com maior ou menor abstração. Vale referir a proibição de Tribunais *ad hoc*, a noção de juiz natural e a impossibilidade de desvio de casos para juízes preferenciais. Outros relevantes princípios são a autonomia pós-decisória, o respeito às decisões judiciais pelos demais ramos do Governo e pelos particulares, o distanciamento entre juízes e atividades ligadas ao Executivo ou ao Legislativo⁸⁸ e a preservação das investiduras contra limitações supervenientes, sejam temporais ou que impactem de modo significativo na relação jurídico-funcional⁸⁹.

O formato e a extensão com que tais princípios são implementados, ou seja, o *design* da própria independência e sua positivação nos sistemas apresentam metamorfoses. Há regimes que atribuem mais peso a considerações de interesse público sobre a independência do Judiciário perante os demais Poderes, seja em suas relações institucionais, seja nos processos em que tais Poderes são interessados, especialmente no controle de constitucionalidade. Aqui visualiza-se um

política de austeridade econômica, especialmente justificada em momento de crise ou retração econômico-financeira.

⁸³ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) – CONCEIL OF EUROPE. **Study n. 494/2008**. Report on the independence of the judicial system. Part I: the independence of judges. Strasbourg, 16 march 2010. Disponível em: < <https://rm.coe.int/1680700a63> >. Acesso em 22 de novembro de 2021. p. 09.

⁸⁴ Essas liberdades, não obstante, devem ser exercidas de modo compatível com a função judicial, de maneira que não afete a função judicial ou a imagem de imparcialidade que os juízes devem manter. INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE (JIWP). **Mount Scopus international standards of judicial independence**. p. 25.

⁸⁵ A respeito: INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE (JIWP). **Mount Scopus international standards of judicial independence**. p. 09-10.

⁸⁶ GÉLINAS, Fabien. The due rational of judicial independence. In: MARCIANO, Alain (ed.). **Constitutional mythologies**. p. 07.

⁸⁷ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE (JIWP). **Mount Scopus international standards of judicial independence**. p. 03.

⁸⁸ A respeito: INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE (JIWP). **Mount Scopus international standards of judicial independence**. p. 11.

⁸⁹ SHETREET, Shimon. The normative cycle of shaping judicial independence in domestic an international law: the mutual impact of national and international jurisprudence and contemporary practical and conceptual challenges. p. 289-293.

componente mais objetivo ligado à qualidade do Judiciário como tal⁹⁰. Outros centralizam a ênfase nos litígios ordinários, privados e na independência pessoal dos juízes para solucionar tais conflitos⁹¹ e garantir direitos e liberdades. O feixe, neste ponto, desloca-se para um componente mais subjetivo⁹². Tais noções, todavia, longe estão de ser estanques, mas dialogam entre si, devendo ser balanceadas e mesmo somadas.

O horizonte aqui traçado serve a um propósito: revelar a magnitude da independência judicial, reforçando os riscos advindos de um possível enfraquecimento do Judiciário no momento subsequente ao de sua expansão. Cuida-se de relevante preocupação quanto ao futuro, sobretudo nos países que não possuem uma cultura consolidada sobre a fundamentalidade da independência judicial⁹³. O despertar da 2ª Guerra Mundial deixou como lição que um Judiciário forte é primordial para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos contra investidas de governos totalitários⁹⁴. Mostra-se necessário preservá-lo de movimentos deletérios, inclusive por ser o mais fraco ou menos perigoso dos ramos Governo⁹⁵, não dispondo da força da espada do Executivo, tampouco da vontade e do cofre do Legislativo⁹⁶, mas de mero julgamento (*merely judgment*).

É cada vez mais comum a circulação, nas sociedades contemporâneas, de críticas e reações direcionadas ao Judiciário e contra um possível *Governo dei Giudici*. Por vezes tais movimentos espelham, seja no sentimento popular, seja numa análise técnica, um efetivo Ativismo Judicial. Todavia, os eventuais excessos do Judiciário devem ser remediados pelos mecanismos dialógicos e pelos *checks and balances* existentes nos ordenamentos democráticos, podendo-se inclusive aprimorá-los e havendo, de resto, inúmeras tentativas de construir parâmetros técnicos adequados para a atuação jurisdicional⁹⁷. Mas eventual realinhamento não passa por discursos ou reformas,

⁹⁰ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) – CONCEIL OF EUROPE. **Study n. 494/2008**. p. 03.

⁹¹ GÉLINAS, Fabien. The due rational of judicial independence. In: MARCIANO, Alain (ed.). **Constitutional mythologies**. p. 08-.

⁹² EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) – CONCEIL OF EUROPE. **Study n. 494/2008**. p. 03.

⁹³ Nos Estados Unidos da América, por exemplo, os *founding fathers* já se preocupavam com o estabelecimento de um Judiciário forte e isso se incorporou na tradição do País. Situação diferente ocorreu em inúmeros locais nos quais a preocupação clássica consistia em limitar os poderes dos juízes ou nos quais uma consciência sobre a independência judicial não foi desenvolvida suficientemente. SHETREET, Shimon. The normative cycle of shaping judicial independence in domestic an international law: the mutual impact of national and international jurisprudence and contemporary practical and conceptual challenges. p. 302.

⁹⁴ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. p. 19.

⁹⁵ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. Second Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

⁹⁶ HAMILTON, Alexander. Da inamovibilidade do poder judiciário. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. **O federalista**. p. 155-156.

⁹⁷ Sobre o tema: SALLES, Bruno Makowiecky. Jurisdição polivalente: novos tempos, virtudes antigas. **Revista da ESMESC**. v. 28, n. 34,

isoladas ou encadeadas, cuja intenção seja a de minar o Judiciário como Poder ou diminuir os juízes como agentes públicos, instituindo os *Giudici dei Governo*⁹⁸. Deve-se lembrar que, atualmente, os regimes democráticos não mais fenecem por rupturas abruptas, senão por uma erosão gradual que passa pelo ataque, o descrédito e o enfraquecimento das instituições, em especial do Judiciário⁹⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão global do Judiciário é um fenômeno marcante do final do Século passado e do início do centenário em curso. Como consequência dela, os Tribunais assumiram papel de protagonismo na paisagem político-institucional e na vida social, ocupando espaços, tanto reais como simbólicos, anteriormente preenchidos ora pelo Executivo, ora pelo Legislativo.

A Judicialização e o Ativismo geram reflexos. Quanto mais os juízes intervêm na política, menos neutros passam a parecer e isso fragiliza sua imagem e aceitação popular, sempre ligadas à confiança na isenção. O avanço dos juízes também exponencia as tensões com os demais ramos do Governo. Essa dinâmica desloca o Judiciário para uma posição delicada, expondo-o a críticas, desconfianças e táticas de retaliação. Mas há sérios quando uma aliança objetiva subjugar os juízes em prol de um ramo, de outro ou de ambos, o que acende preocupações sobre o futuro.

A independência judicial é essencial para o Estado de Direito (*rule of law*) e a democracia. Cuida-se de uma salvaguarda ao governo de leis e aos direitos humanos e fundamentais, contendo o arbítrio. Por meio dela garante-se a igualdade entre as partes no processo e a submissão dos juízes apenas ao direito, liberando-os de pressões externas e internas. Ela também é um veículo da proteção da paz mundial, do controle da legalidade da política, da autonomia do Judiciário na maneira como realiza sua missão institucional, da legitimidade dos processos judiciais, do desenvolvimento econômico e da segurança jurídica.

Em tal quadro, mostra-se importante a formação de uma cultura e o desenvolvimento de uma consciência a respeito da independência judicial, promovendo-a e mantendo *standards* satisfatórios de concretização. Um Judiciário forte é fundamental para o controle dos atos estatais e a garantia de direitos de todas as dimensões, sendo temerária qualquer tendência que, invertendo

p. 07-26, 2021. Disponível em: < <https://revista.esmes.org.br/re/article/view/252/211> >. Acesso em 26 de novembro de 2021.

⁹⁸ A respeito: ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. 7a ed. Franco Angeli: Milano, 2008.

⁹⁹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Título original: *How democracies die*. p. 14-15.

tal paradigma, subordine os juízes do controle do Governo. Deve-se lembrar que, nos tempos atuais, os regimes democráticos não mais fenecem por rupturas abruptas, senão por uma erosão gradual que passa pelo ataque, o descrédito e o enfraquecimento das instituições, em especial do Judiciário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. 7a ed. Franco Angeli: Milano, 2008.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Status of the Hungarian judiciary**: legal changes have to guarantee the independence of the judiciary in Hungary. Budapest: 2021, p. 01-31. Disponível em: < <https://www.amnesty.org/en/documents/eur27/3623/2021/en/> >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the supreme court at the bar of politics. Second Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> >. Acesso em 10 de janeiro de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. **Il Foro Italiano**. Roma: Societa Editrice Del Foro Italiano, v. 102, p. 53-60, 1979.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE). **Opinion of the CCJE Bureau following a request by the Association of European Administrative Judges (AEAJ) as regards the legal setting of the position of the president (vice-president) of the Administrative Court of Vienna, Austria**. Estrasburgo, 29 de março de 2019. Disponível em: < <https://rm.coe.int/opinion-29-march-2019-austria-2019-final/168093c034> >. Acesso em 18 de novembro de 2021.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Commission vs. Poland**. n. C-192-18. 05 de novembro de 2019. Luxemburgo. Disponível em: < <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AD163BC06B13C6F5CA166D62FAF9EF44?text=&docid=219725&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=37415472> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Commission vs. Poland**. n. C-619-18. 24 de junho de 2019. Luxemburgo. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0619&from=EN> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Commission vs. Poland**. n. C-791-19. 15 de julho de 2021. Luxemburgo. Disponível em: < <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=244185&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=38452613> >. Acesso em 08 de novembro de 2021.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. **Press release n. 82/21**. C-83/19. The Court of Justice rules on a series of Romanian reforms in the areas of judicial organisation, the disciplinary regime applicable to judges, and the financial liability of the State and the personal liability of judges as a result of judicial error. 18 de maio de 2021. Luxemburgo. Disponível em: < <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-05/cp210082en.pdf> >. Acesso em 18 de novembro de 2021.

DUNCAN, Allyson K; MACY, John. The collapse of judicial independence in Poland: a cautionary tale. **Judicature**. v. 104, n. 03, p. 41-50, fall/winter 2021. Disponível em: < <https://judicature.duke.edu/wp-content/uploads/2020/12/DUNCANv2-compressed.pdf> >. Acesso em 08 de novembro de 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **Recommendation for a Council Recommendation on the 2019 National Reform Programme of Hungary and delivering a Council opinion on the 2019 Convergence Programme of Hungary**. Bruxelas, 2019. Disponível em: < [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2019\)517&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2019)517&lang=en) >. Acesso em: 05 de novembro 2021.

EUROPEAN COMMISSION. 2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Hungary. Bruxelas, 2020. Disponível em: < https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/hu_rol_country_chapter.pdf >. Acesso em: 05 de novembro 2021.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) – CONCEIL OF EUROPE. **Opinion 860/2016**. Poland opinion on the act on the constitutional tribunal. Venice, 14-15 October 2016. Disponível em: < [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)026-e) >. Acesso em 07 de novembro de 2021. p. 11-12.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) – CONCEIL OF EUROPE. **Study n. 494/2008**. Report on the independence of the judicial system. Part I: the independence of judges. Strasbourg, 16 march 2010. Disponível em: < <https://rm.coe.int/1680700a63> >. Acesso em 22 de novembro de 2021.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE- CEPEF. **European judicial systems: efficiency and quality of justice, an overview**. Edition 2014 (2012 data). Disponível em: <

<https://rm.coe.int/european-judicial-systems-edition-2014-2012-data-efficiency-and-qualit/1680785d95> >. Acesso em 29 de novembro de 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Baka vs. Hungary**. n. 20261/12. 23 de junho de 2006. Estrasburgo. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-163113%22>] >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Kudeshkina vs. Russia**. n. 29492/05. 26 de fevereiro de 2009. Estrasburgo. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-91501%22>] >. Acesso em 24 de novembro de 2021.

FERRAJOLLI, Luigi. La giustizia penale nella crisi del sistema politico. *In*: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici**: la magistratura tra diritto e politica. Milano: Giangiaco Feltrinelli editore, 1996. p. 65-82.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le garden des promesses*.

GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina (2012) The Hungarian constitutional court in transition - from actio popularis to constitutional complaint. **Acta Juridica Hungarica**, v. 53, n. 4. p. 302-315, 2012, Disponível em: < <http://real.mtak.hu/43434/1/ajur.53.2012.4.3.pdf> >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

GÉLINAS, Fabien. The due rational of judicial independence. *In*: MARCIANO, Alain (ed.). **Constitutional mythologies**: new perspectives in controlling the State. New York: Springer, 2011, p. 135-153. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761436 >. Acesso em 22 de novembro de 2021.

GHEZZI, di Morris L. Il panorama e le rovine: Alla ricerca di uno stato democratico di diritto in Italia. *In*: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici**: la magistratura tra diritto e politica. Milano: Giangiaco Feltrinelli editore, 1996. p. 49-64.

GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION (GRECO) – CONCEIL OF EUROPE. **Fourth evaluation round**. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Interim compliance report. Poland. 22 september 2021. Disponível em: < <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680a3efa8> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

GUEDES, Armando Marques. A morosidade da justiça em Portugal. *In*: RIBEIRO, Manuel de Almeida (coord). **Um debate sobre a morosidade da justiça**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35-50.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Traducción e índices de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HAMILTON, Alexander. Da inamovibilidade do poder judiciário. *In*: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. **O federalista**. Tomo Terceiro: Capítulo LXXVIII. Rio de Janeiro: Typ. Inst. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. Título original: *The Federalist Papers*.

HAMILTON, Alexander. Do salário e responsabilidade dos juízes. *In*: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. **O federalista**. Tomo Terceiro: Capítulo LXXIV. Rio de Janeiro: Typ. Inst. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. Título original: *The Federalist Papers*. p. 165-168.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HUNGARIAN HELSINKI COMMITTEE. **New law threatens judicial independence in Hungary – again**. Analysis by the Helsinki Committee. Budapeste, January 2020. Disponível em: < [https://helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC Act CXXVII of 2019 on judiciary analysis 2020Jan.pdf](https://helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC_Act_CXXVII_of_2019_on_judiciary_analysis_2020Jan.pdf) >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE (JIWP). **Mount Scopus international standards of judicial independence**. Approved 19 march 2008. Consolidated 2015. p. 01-37. Disponível em: < <https://www.jiwp.org/mt-scopus-standards> >. Acesso em 22 de novembro de 2021.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). **Turkey's judicial reform strategy and judicial independence**. Genebra, novembro de 2019. p. 01-24. Disponível em: < <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/Turkey-Justice-Reform-Strat-Advocacy-Analysis-brief-2019-ENG.pdf> >. Acesso em 18 de novembro de 2021.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of the supreme court of justice (Quintana Coello et all) vs Ecuador**. 23 august 2013. San José. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_ing.pdf >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

KAZAI, Viktor Z; KOVÁCS, Ágnes. The last days of the independent Supreme Court of Hungary? **Verfblog**, 2020/10/13. Disponível em: < <https://verfassungsblog.de/the-last-days-of-the-independent-supreme-court-of-hungary/> >. Acesso em 05 de novembro de 2021.

LACHMAYER, Konrad. Disempowering courts. The interrelationship of courts and politics in contemporary legal orders or the manifold ways of attacking judicial independence. *In*: **Courts, politics and constitutional law**. Martin Belov ed., 2019, p. 31-54. Disponível em: < [https://www.academia.edu/52469413/Disempowering Courts The Interrelationship of Courts and Politics in Contemporary Legal Orders or the Manifold Ways of Attacking Judicial Independence](https://www.academia.edu/52469413/Disempowering_Courts_The_Interrelationship_of_Courts_and_Politics_in_Contemporary_Legal_Orders_or_the_Manifold_Ways_of_Attacking_Judicial_Independence) >. Acesso em 27 de outubro de 2021.

LA TORRE, Massino. Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism: an**

interdisciplinary approach to the american and european experiences. *Ius Gentium*, V. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Título original: *How democracies die*.

MARKIEWICZ, Krystian. **A letter from the Polish judges association to Frans Timmermans**. Disponível em: < <https://www.rechtersvoorrechters.nl/letter-from-the-polish-judges-association-to-frans-timmermans/> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995. Título Original: *De l'esprit des lois*.

PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE CONCEIL OF EUROPE (PACE). **Resolution n. 2359 (2021)**. Disponível em: < <https://pace.coe.int/en/files/29000/html> >. Acesso em 07 de novembro de 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre *civil law* e *common law***. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Jurisdição polivalente: novos tempos, virtudes antigas**. Revista da ESMESC. v. 28, n. 34, p. 07-26, 2021. Disponível em: < <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/252/211> >. Acesso em 26 de novembro de 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio. Access to justice: a concept in the light of the european and american international systems. **Academia letters**, Article 1420, june 2021. Disponível em: < https://www.academia.edu/50033909/ACCESS_TO_JUSTICE_A_CONCEPT_IN_THE_LIGHT_OF_THE_EUROPEAN_AND_AMERICAN_INTERNATIONAL_SYSTEMS >. Acesso em 19 de novembro de 2021.

SHAPIRO, Martin. The United States *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 43-66.

SHETREET, Shimon. The normative cycle of shaping judicial independence in domestic an international law: the mutual impact of national and international jurisprudence and contemporary practical and conceptual challenges. **Chicago Journal of International Law**. v. 10, n. 01, Article 13, p. 274-332, 2009. Disponível em: < <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol10/iss1/13/> >. Acesso em 21 de novembro de 2021.

SWEET, Alec Stone. Judicialization and the construction of governance. *In*: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 27-38.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

UNITED STATES COURTS. **Statistical tables for the federal judiciary. 2018**. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/statistical-tables-federal-judiciary-june-2018> >. Acesso em 29 de novembro de 2018.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 13-26.

A REINVENÇÃO DO ESTADO NA ERA DIGITAL

Carla Piffer¹
Benedito Antonio Alves²

INTRODUÇÃO

No seu atual estágio o Estado Constitucional Moderno, em seu papel precípua de proporcionar o “bem comum” a todos os cidadãos, perscrutando a atual crise que o assola decorrente da Era cibernética dotada de acelerada evolução por conta da inteligência artificial em tempos de Revolução 4.0, encontra-se erodido em suas concepções vetustas de poder soberano estatal, sendo incapaz de atender a contento as necessidades mais prementes da população na pronta e célere prestação de serviços públicos. Evidente a sua Obsolescência.

A falha estatal é evidente, caracterizada pela sua manifesta ineficiência, ineficácia e inefetividade na garantia dos direitos fundamentais, num cenário desumano lamentável onde falta gestão da *res publica*, falta a boa governança, enfim, onde tudo falta, para além da educação e da saúde, falta até mesmo o pão na mesa de miríades de desvalidos.

Sem Governança, sem a utilização efetiva de ferramentas tecnológicas inovadoras e eficientes utilizáveis na prestação de serviços públicos, o Estado do modo obsoleto em que se encontra está inexoravelmente fadado ao fracasso.

De fato, num panorama elastecido, o acelerado avanço do modelo industrial originalmente concebido para o virtual, no cenário econômico-social, as transformações da estrutura do Estado para a comunidade global de modo cada vez mais intenso, no campo político, a ultrarrápida mudança cultural singularista para a cultura diversificada e pluralista e a constante mudança no *modus* de vida das pessoas imposta pela mídia e ferramentas utilizáveis na internet, no cenário sociocultural, provocam impactos significativos nos espaços nacionais com efeitos planetários, o que resulta numa crise paradigmática que impõe a recriação e a remodelagem dos institutos

¹ Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia, Itália. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Professora Permanente dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. E-mail: carlapiffer@univali.br.

² Pós-doutor em Direito em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Doutor em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Direito do Estado pela UNIFRAN Professor da Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: consbenedito@gmail.com

jurídicos tais quais são dogmaticamente conhecidos hoje.

Nesse desiderato, a presente pesquisa pretende apontar rumos possíveis para atender à complexa problemática ora vivenciada, diante da necessidade de se envidar esforços governamentais e extragovernamentais, mediante atuação conjunta de atores públicos e privados, integrada e sistemicamente, de modo compartilhado e científico, em solidariedade e cooperação, para assegurar o presente e o futuro do Estado nesta Era Cibernética em tempos de Revolução 4.0 e dos significativos impactos da Inteligência Artificial na atividade estatal.

Quanto à metodologia empregada neste trabalho, na fase de investigação utilizou-se o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e no relatório dos resultados foi empregada a base lógica indutiva.

1. A OBSOLESCÊNCIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

No mundo contemporâneo aturdido por preocupações inerentes à modernidade que influem de modo efetivo na atuação do Estado que não mais consegue dar respostas satisfatórias à sociedade por decorrência do fenômeno da Revolução Tecnológica, e por conta das complexas demandas transnacionais que se avultam dia a dia tais como aumento da população mundial, riscos como produto da sociedade de consumo e seus resíduos irrecolhíveis, miséria, fome e desnutrição irresolúveis, avanço tecnológico que impõe mudanças de toda ordem, crescimento econômico, desrespeito ao meio ambiente, questões complexas do desenvolvimento sustentável, tudo levando a crer, como afirmam Cruz e Bodnar, que “o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno”, atualmente tão pusilânime para resolver essas crescentes demandas sociais.³ Patente, pois a obsolescência do Estado Constitucional Moderno.

Resta observar no contexto, que não se faz aqui mera oposição ao Estado Constitucional Moderno como apressadamente possa transparecer, mas trata-se da necessidade mesmo de, em reunião, união de propósitos, conjugação de esforços e, por meio de uma governança efetiva e multifacetada em saberes e atuação conjunta, de modo integrado, inter e multidisciplinar, pluralista, cooperativo, democrático e solidário como uma irmandade com interesses mútuos, para além-fronteiras político ideológicas, possam ser discutidas, auscultadas e encontradas soluções

³ BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1 ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011. p. 56.

comuns para os problemas comuns de difícil solução que hoje em dia mais afetam a humanidade, transcendendo social e juridicamente os espaços físicos onde estão sediados e espremidos os Estados Nacionais nessa Era de Revolução Tecnológica. Também nesse processo, o direito e a justiça devem reinventar-se, identificando no escambo da experiência mútua novas formas de atuar mais célere na solução de conflitos jurídicos-sociais.

É preciso reinventar a forma de conduzir a embarcação (Estado) conformando as necessidades para fazer frente às intempéries desses novos tempos, dessa nova Era Digital, de agigantadas ondas cibernético-tecnológicas. Não é preciso queimar a nau, destruí-la, contudo, necessário se faz rever os preceitos tradicionais de navegação, buscar e aceitar orientação moderna, científica e tecnológica, embasada em novos sistemas de TIC (tecnologia, informação e comunicação), arrimados em IA – Inteligência Artificial, sob pena de o naufrágio anunciado que se avizinha provocar danos catastróficos e trazer perigo não somente aos tripulantes da nau (Estado/População), mas também para o futuro de toda a humanidade. Só a Governança conduz ao porto seguro.

Perfeitamente audível o alerta de Cantarelli, decerto inspirada em Beck, mesmo que se admita esteja o Estado Nacional no limiar de sua morte⁴, ou no ocaso de sua vida tal qual se concebe juridicamente nesta quadra de sua existência, ou num estado de “debilidade comprometedoras das suas principais funções” como verbera Piffer⁵, nesse estado de coisas incapaz de garantir de modo efetivo os direitos humanos, mesmo aqueles que arrolados como normas fundamentais nas Cartas Políticas nacionais e no catálogo de princípios informativos e constitutivos dos organismos internacionais. Comunga-se com Cantarelli⁶ na asserção de que somente o Direito que legitima a tutela jurisdicional estatal em substituição à barbárie da autotutela é e será a força viva para além de qualquer teorização capaz de dar ao Estado uma nova configuração, mesmo em tempos de Revolução 4.0 e dos significativos impactos da Inteligência Artificial na atividade estatal.

Não se olvide que o abalo pelo qual passam os fundamentos do edifício institucional que se denomina Estado Constitucional Moderno, e não só por isso, mas também pelo surgimento de

⁴ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à Globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 25 – 2. Para Beck: “o projeto da modernidade fracassou. [...] os neoliberais transformaram-se nos desmontadores do Ocidente”, conduzindo a uma modernização que resultará na morte do Estado.

⁵ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese de Doutorado. Itajaí (SC), fevereiro de 2014. p. 55.

⁶ CANTARELLI, Margarida. **Poder, Política e Direitos Humanos**. Revista Acadêmica, Faculdade de Direito do Recife da UFPE. v. 85, n.1, 2013. p. 262. Nesse sentido, aduz a autora: A solução buscada para esses desafios, quer na realidade vigente, quer para um futuro ainda não claramente delineado, só a vejo através do Direito.

novas tecnologias que permitem a comunicação das pessoas em rede, numa “escala intercontinental” fazendo-as bem informadas sobre as mazelas da atuação estatal Irregular, Irresponsável, Ineficiente, Ineficaz e Inefetiva, constituindo-se nos cinco “Is” do que pode ser denominada má governança.

Observa-se que o Estado Constitucional Moderno, iniludivelmente encontra-se erodido em seus fundamentos, em razão de sua incapacidade enquanto máquina administrativa de gerir de modo efetivo a coisa pública, de cumprir com as suas responsabilidades de molde a beneficiar o povo com a tão almejada prestação eficiente de serviços públicos conducentes à garantia dos direitos fundamentais que culminam no bem-estar comum. Dai, não se olvida, que urge ser qualitativamente repensado, redimensionado, reinventado, reformulado a vencer sua obsolescência, mediante utilização das ferramentas disponíveis em tempos de Revolução Tecnológica.

Em razão disso tudo, o Estado Constitucional Moderno está e vem sendo cada vez mais afetado pelas consequências da Revolução 4.0, fenômeno que dada sua lentidão como máquina pública pesada, ainda não aprendeu a controlar e dela auferir proveito no que é positivo para agilidade e prestatividade do seu mister. Enquanto isso não acontece, não há terra à vista com porto seguro. Encontra-se num estágio de letargia vegetativa, como um barco a deriva em mar tenebroso, sem rota definida, estando em perigo de morte toda a tripulação e passageiros, por absoluta falta de Governança, pois já não consegue nem estoque suficiente de comida, remédios e instrumentos seguros de segurança para sobreviver até que ancore em porto seguro.

No balanço geral que se faz, resta demonstrado o déficit do Estado Constitucional Moderno e seu patente fracasso no adimplemento da maioria das cláusulas do “Contrato Social” firmado com o povo, sejam nesta ou noutras terras, e diante do descumprimento de suas obrigações sinalagmáticas assumidas, o povo se sente desiludido com seus governantes, representantes, magistrados, posto injustiçado e infeliz na vida devido à carência (de serviços essenciais como saúde, educação, segurança, transporte, creches etc) e pobreza extrema (fome, desnutrição, miséria, falta de água tratada, esgoto a céu aberto), descasos que figuram nas estatísticas pelo mundo afora, sem distinção de país ou continente, fazendo com que o combate à miséria e a fome, passem, sejam objetivos constitucionais de muitos países (como o Brasil), bem como arrolados no catálogo dos ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável do milênio da ONU, que dada a sua urgência e importância – [mas que opróbrio, que vergonha, que falta de solidariedade, de

humanidade, de fraternidade humana] – já figurava como o primeiro dos objetivos traçados pela Carta Escrita em Nova Iorque, no ano 2000, mas que foram reprisados em 2015 com a intenção de serem alcançados até 2030.⁷

Ora, se o tempo for precioso a quem esteja morrendo de fome, até lá, miríades e miríades de membros da nossa “família humana” serão dizimados pela fome. Não há tempo a perder, urge, sem mais tardança, a implantação de governança de toda ordem no setor público, incontinenti. A propósito disso, resta observar que nem todas as misérias que assolam as pessoas em países emergentes decorrem das deficiências jurídico-econômicas do Estado social provedor no tocante à insuficiente seguridade das garantias mínimas de sobrevivência, estando a pobreza imbricadamente ligada também aos problemas de ordem ambiental, cultural e econômicas.

Apesar de tudo, ainda há esperança na Terra diante da previsível e possível superação deste Estado nacional débil, o que fica por conta da solidariedade social como atributo dos povos de bem. A boa nova é a boa Governança pública, e somente ela, desencadeada a partir de um propósito comum integrado, inovador, catalisador, proativo e transformador, pode quebrar o paradigma da má gestão e da corrupção estatal, e fortalecer o poder público (Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Defensoria Pública).

Kissinger, com base na sua experiência pessoal de décadas dedicadas à diplomacia internacional na defesa dos interesses norte-americanos, fala que o mundo experimenta uma verdadeira revolução cibernética numa velocidade jamais sequer imaginada, cujos efeitos se estendem a todos os níveis e segmentos da sociedade humana, inclusive as relações diplomáticas, pois a consciência das pessoas atualmente é formada por meio de um filtro sem precedentes, onde a televisão, computadores e smartphones formam cotidianamente a tríade de telas interativas constantes, o que impõe às pessoas, às instituições e aos Estados uma vida a reboque desse linguajar tecnológico num espaço agora denominado ciberespaço, palavra cunhada a partir dos anos 80 do século passado, como anota o autor no que denomina “ordem mundial”.⁸ Nesse contexto, ao longo

⁷ Lê-se no preâmbulo da nova Carta: entre os dias 25 e 27 de setembro, mais de 150 líderes mundiais reuniram-se na sede da ONU, em Nova York, para adotar formalmente uma nova agenda de desenvolvimento sustentável. Esta agenda é formada pelos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que devem ser implementados por todos os países do mundo durante os próximos 15 anos, até 2030. Objetivo 1: Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 2: Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://www.brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

⁸ KISSINGER, Henry. **Ordem Mundial**. Título original: World Order. Trad. Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015. pp. 348 – 355.

de suas décadas de experiência como professor universitário e no exercício de assuntos internacionais dos Estados Unidos da América, Kissinger registra que

[...] a “comunidade internacional” não apresenta nenhum conjunto de objetivos, metas e limites que seja claro e consensual. Nossa era busca insistentemente, às vezes de forma desesperada, um conceito de ordem mundial. Uma interdependência sem precedentes traz consigo a ameaça do caos: na disseminação de armas de destruição em massa, na desintegração de Estados, no impacto da degradação ambiental, na persistência de práticas genocidas e na difusão de novas tecnologias que ameaçam levar os conflitos para além da compreensão e controle humanos. Novos métodos para acessar e comunicar informações ligam regiões como nunca antes e projetam acontecimentos globalmente. [...] O ciberespaço tornou-se estrategicamente indispensável.⁹

Se a democracia indireta exercida por meio de representantes eleitos para representar o povo e falar em seu nome (no parlamento) se mostra imperfeita e injusta, cabe, pois, ao homem, e somente a ele – antes que qualquer outro bicho o faça – aperfeiçoá-la mediante a utilização de instrumentos que possam torná-la mais direta, participativa e eficaz, a exemplo do já contido no ordenamento brasileiro e noutros: (plebiscito, audiências públicas, iniciativa de leis). Avançar é imperioso. O povo pode e deve participar da governança pública. Hoje já existem instrumentos facilitadores e adequados para tal mister, para além da ágora. A TIC – Tecnologia da Informação e Comunicação e suas espantosas ferramentas tecnológicas - lógico que para as gerações que não nasceram chipadas - muito pode fazer para o aperfeiçoamento da democracia participativa. Possível propor aqui, como de fato se propõe, até mesmo uma neologia terminológica: “Democracia Participativa Digital” em lugar da já decadente “Democracia Representativa”.

Nessa Democracia Participativa Digital, no bojo do novo Estado de Direito Democrático e ambiental de que fala Canotilho, ou do inovador Estado Transnacional Ambiental a que alude Cruz, ou na Democracia Planetária de que trata Jáuregui, o povo participa diretamente das importantes decisões do governo, desde a escolha do investimento até a sua execução, de sua fiscalização e do accountability do objeto contratado, seja obra ou serviço público. Isso utilizando-se de apenas alguns toques de celular, sendo possível participar democraticamente da gestão da coisa pública. Este pequeno, inovador (enquanto outra novidade tecnológica não o substitua) e potente equipamento (celular) já portado por miríades de pessoas do povo, não duvide, muito pode fazer para fortalecer a democracia participativa, doravante adjetivada “digital” e propiciar, na prática, liberdade de expressão ilimitada ao exercício efetivo da “cidadania global”, ou a e-citizenship (tanto que o *e-commerce* já é realidade) por meio de dispositivos e plataformas eletrônicas, como computadores e celulares, como nunca dantes, posto abolidas as restrições de ordem física para tal

⁹ KISSINGER, Henry. **Ordem Mundial**. Título original: World Order. Trad. Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015. p. 10 e 347.

pretensão no ciberespaço - de que fala o filósofo Lévy¹⁰ - em que se vive nos dias atuais. Já se cogita da ciber governança, que seria a governança facilitada pelo uso de ferramentas tecnológicas.

Forçoso perceber que esta questão interessa e corrobora ao espaço transnacional, pois sobreleva notar que este ciberespaço em verdade é um espaço moderno da ágora grega elasticada e sem fronteiras que propicia o florescimento da ciberdemocracia, que por meio de PCMC - Plataformas Comunicativas Multimidiáticas Ciberespaciais são as esferas públicas ciberespaciais, numa concepção embrionária habermasiana palco de reunião aberto à comunicação de todos os cidadãos, ou espaços sociais transnacionais de que falam Cruz, Garcia e Piffer, que propicia, na prática e na praça, agora totalmente digital, a vivência da liberdade e da democracia, no que antes eram apenas conceitos acadêmicos, possibilitando, destarte, a atuação política real pelo exercício digital da cidadania. Nesse sentido, Lemos e Lévy ao falar do futuro da Internet na obra em que utilizam o termo ciberdemocracia, asserem que o

[...] o ciberespaço oferece uma liberdade de expressão, memória e navegação na esfera informacional infinitamente maior do que todas as outras mídias anteriores, ao mesmo tempo em que é uma ferramenta sem precedentes de mobilização da inteligência coletiva.¹¹

Eis que esta ferramenta pode e pode muito. É soberana por onde atua. Pode tanto, que inclusive pode baratear e muito o custo da participação democrática, a exemplo das consultas e audiências públicas que podem ser feitas todas on line, com custo reduzidíssimo. O cidadão estará virtualmente presente, mesmo que não o esteja fisicamente. Possibilidade real de nossa era digital (alguns já dizem pósdigital) que embarçaria até mesmo um Aristóteles, posto que impossível aos gregos reunir na ágora todos os cidadãos aptos a votarem em importantes decisões tomadas. Mesmo porque não havia, ainda que naquela época, espaço físico suficiente para reunir a maioria do povo.

Aí sim a *res* efetivamente seria pública, mediante a participação popular digital, o que se daria de forma direta e efetiva, sem papel ou perda de tempo, sem desperdício de dinheiro público (como o que se gasta nas eleições com os fundos partidários), portanto plenamente sustentável. Importantes decisões estatais seriam tomadas sem o óbice que se cogitava intransponível pela

¹⁰ LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 32. [...] “o ciberespaço propõe uma liberdade de expressão e de navegação, na esfera informacional, infinitamente maior do que todas as outras mídias anteriores e, simultaneamente, uma ferramenta sem precedente de inteligência coletiva. Entramos então numa época em que a democracia e o ciberespaço vão gerar-se mutuamente [...]. Todavia, não se olvide que este ciberespaço também permite a existência não só de cibercidadãos de bem, mas também do mal, tais como ciberterroristas, ciberpedófilos e outros ciberbandidos, daí ser necessária a urgência de os cibergovernos entrarem em ação, por meio da ciber governança para o bem (bem-estar a cargo do Estado) e para combater o mal (combater o crime digitalizado)”.

¹¹ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. Ed. São Paulo: Paulus, 2010. p. 55

barreira física de estar presente na ágora, pois a presença digital pode transformar a velha Democracia Representativa, em uma real Democracia Participativa Digital. É possível crer nisso, pois basta vontade e atitude, e muitas e muitas contribuições científicas acadêmicas para se tornar realidade. As ferramentas já estão disponíveis em todo lugar, a qualquer hora.

A inserção de um simples vírus virtual em um computador, por exemplo, pode conter um imensurável poder destrutivo de um sistema (defesa, bélico, aéreo, bancário, de distribuição de água, geração de energia, hospitalar, de transporte, etc.) o que pode gerar consequências de cunho individual, coletivo, nacional ou até mesmo internacional, podendo ser mais lúgubre à humanidade que a peste negra, a letal epidemia que dizimou 1/3 da população europeia em meados do século XIV ou que a Covid-19 com suas variantes Delta, Omicron etc, nesses tempos vivenciados colhe vidas em todos os cantos da terra.

Ora, na realidade, inescandível que uma ação virtual danosa em rede, partindo de qualquer lugar do planeta, pode provocar uma verdadeira guerra virtual, lançar mísseis e bombas atômicas potentes, pode enfraquecer o sistema de defesa de uma grande potência, pode paralisar aeroportos, desabastecer cidades com alimentos, água, luz, telefone, pode parar hospitais, privar o sistema financeiro mundial de fazer operações cotidianas, enfim, pode provocar uma catástrofe planetária, pois os Estados nacionais ainda não estão preparados o suficiente para enfrentar fática e juridicamente situações tão extremas ocorridas em um mundo fenomênico qualificado de cibernético com consequências reais no mundo físico. Entretanto, uma ação virtual virtuosa em seus propósitos, na concepção da Boa Governança, pode nessa quadra melhorar e muito a vida dos cidadãos de todo e qualquer Estado. Talvez seja esse o outro lado da moeda. O lado ruim da Revolução 4.0.

Neste passo, pode-se inferir que o Estado, a República e a Democracia juridicamente tratando podem e devem transfigurar-se de modo a oportunizar a participação efetiva do cidadão, e que esta estrutura digital corrobora, em particular, para que o Estado possa efetivamente garantir ao cidadão a fruição efetiva dos direitos fundamentais encartados na Carta Política, resultando em melhoria visível da Governança que é de sua responsabilidade e mais que isso, a sua razão de existir, qual seja, a busca do bem comum.

Em verdade, os mal-estares que assolam o povo são consequência da improvisação do Estado Moderno na prestação dos serviços públicos que se mostram capengas e inadequados, produtos da decadente e decorrente falta de planejamento estatal exequível. Para combater essa improvisação

e a falta de visão de futuro, somente a boa governança pública socioeconômica adequada e inclusiva que decorra de um planejamento estratégico com todos os seus elementos intrínsecos no tocante à missão, visão, valores, projetos, indicadores, metas, ações e controle, perseguindo sempre os cinco ES da boa Administração (eficiência, eficácia, economicidade, efetividade e eticidade), mediante a utilização da ferramenta metodológica PDCA¹².

No Brasil, sendo erigido juridicamente como um Estado Constitucional Moderno que adota a República, como forma de governo; a Federação, como forma de Estado; o Presidencialismo, como sistema de governo; a Democracia Representativa como regime político, a Constituição elenca importantes direitos fundamentais e estabelece seja o “Estado Garantidor” da manutenção de serviços adequados à coletividade, eficientes e qualificados, sem solução de continuidade, visando o “bem-estar comum”. Contudo, em que pese toda essa ordenação, o balanço a que se chega é que o Brasil, ao lado de tantos outros Estados Nacionais, é típico exemplo de que o Estado Constitucional Moderno, mesmo que pretenda e devesse ser garantidor das necessidades conducentes ao bem comum, como dever e responsabilidade estatal, por encontrar-se em erudição em seus fundamentos, necessita ser reinventando enquanto instituição que a cada dia sofre abalos apocalípticos em sua sustentação, posto não atender aos anseios da população no atendimento aos direitos fundamentais catalogados na sua Carta Política.

O Estado não acompanhou a velocidade da cibernética e a piorar ausente a boa Governança Pública. Há um Estado despreparado, destituído de ferramentas cibernéticas o bastante, e de pessoas técnica e humanisticamente capacitadas, de IA suficiente, que possam cumprir fielmente o seu desiderato. Constatou-se que a estrutura na qual se assenta o Estado Constitucional Moderno está, inexoravelmente, dia a dia, sendo atingida, de modo intensivo e intermitente pela Globalização, o que o deixa lânguido e cambaleante, às vésperas de sua queda iminente. Em suma, restou demonstrado que o Estado Nacional, para além dos Estados totalitários evoluiu para o atual Estado Constitucional Moderno, que apesar de ser aparentemente Republicano e Democrático, por não contemplar a participação direta do povo nas suas mais importantes decisões, ao que parece não evoluiu o bastante para atender às necessidades da população, e se não atende a contento as mais mezinhas, quanto mais as pertinentes aos novos direitos como o meio ambiente

¹² O Método de Melhorias, atualmente denominado PDCA (P (plan: planejar); D (do: fazer); C (check: verificar); A (act: agir), foi idealizado pelo físico norte-americano Walter A Andrew. Shewhart, como ciclo de controle estatístico do processo, na sua obra *Economic Control of Quality of Manufactured Product*. Que foi aprimorado pelo físico norte-americano William Edwards Deming e por ele e denominado *Shewhart PDCA Cycle*. THE PDCA CYCLE. The clinician’s black gab of quality improvement tools. Disponível em: <http://www.dartmouth.edu/~ocer/CQI/PDCA.html>. Acesso em 03 fev. 2022.

adequadamente preservado, sendo necessário a sua evolução para um Estado Democrático Transnacional, que contemple a Sustentabilidade Ambiental como seu novo paradigma, face ao evento da Revolução Tecnológica. Principalmente agora na Era já denominada pós-digital que, para além do controle do Estado e da vontade política do governante, oportuniza uma ágora de feição moderna onde se constata a livre participação do cidadão de forma digital e direta nas questões de seu interesse. De fato, o cidadão, a despeito da vontade do dirigente estatal, digitalmente, assume o controle.

2. A FALTA DE GOVERNANÇA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhece-se, de antemão, que por falta de boa Governança, o Estado Nacional se mostra pusilânime para surfar sobre a gigantesca onda da Globalização, que o sacode vigorosamente tal qual mar revolto por tsunamis. Cruz¹³ inspirado em Beck, ao abordar o assunto, propõe que a questão só pode ser enfrentada por um Estado Transnacional, com fronteiras transpassantes nesta Era pós-digital, uma vez que o Estado Constitucional Moderno, que surgiu em consequência das revoluções burguesas do século XVIII, que se sustenta nas teorias do Poder Constituinte, da Tripartição do Poder, da Democracia Representativa, da Soberania nacional, nesta quadra, é insuficiente para enfrentar os monopólios globalizantes nesta Era Cibernética, em tempos de Revolução 4.0.

Entende-se aqui Governança, em paráfrase a Löffler como a

nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes.¹⁴

Essa falta de boa Governança do Estado Constitucional Moderno, em qualquer país do mundo, precipuamente os classificados como pobres ou que lutam para sair da zona de pobreza, é constatada sem muito esforço, em todos os órgãos da Administração Pública, sejam aqueles direta ou indiretamente incumbidos da prestação de serviços e gestão da saúde, educação, segurança, justiça, obras, saneamento, transporte, meio ambiente, sejam até mesmo nos órgãos funcionais de atividades-meio, por falta de planejamento estratégico, ausência do mínimo de infraestrutura,

¹³ CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí: Univali Editora, 2011. p. 111.

¹⁴ LÖFFLER, Elke. Governance: **Die neue Generation von Staats - und Verwaltungs - modernisierung. Verwaltung + Management**. v. 7, n. 4, p. 212-215, 2001, cit. in RAP (Revista de Administração Pública) - Rio de Janeiro 40(3): 479-99, Maio/Jun. 2006 (p. 479 e ss.).

carência de recursos humanos em número suficiente e adequadamente capacitados e ainda por falta e insuficiência de instrumentos adequados de TIC – Tecnologia de Informação e Comunicação, de sistemas de Inteligência Artificial, mesmo que em tempos de Revolução Tecnológica. Ora, pessoas qualificadas, estrutura física adequada e tecnologia da informação e comunicação, formam a tríade sem a qual, impossível existir Governança.

Governança inovadora e transformadora na sua forma de ser e atuar (com atores públicos e privados no mesmo palco, com o mesmo enredo, cada qual tocando o seu diferente instrumento orquestral, no mesmo tom, ritmo e harmonia) para que o Estado possa superar as suas fraquezas e atender adequada e satisfatoriamente ao seu fim precípua, *id est*, o bem-estar de todos, atendendo necessidades prementes ao combate contra a fome, a desnutrição, a pobreza, a miséria, e toda sorte de mazelas decorrentes das escancaradas desigualdades sociais que assolam o mundo e obstam a consecução do cumprimento do desiderato precípua do Estado, o tão desejado bem comum, que só pode ser propiciado num ambiente físico e virtual sadio e intertemporal, governando-se estrategicamente no presente, com os olhos voltados ao futuro.

Para além da mera participação dos atores estatais, outros atores da sociedade civil e organizações não governamentais podem e devem, em consórcio de propósitos, entrar no palco e serem protagonistas desse enredo a ser cooperativamente interpretado, em solidariedade¹⁵ contemplativa para o bem e para o futuro da humanidade, principalmente no tocante às questões ambientais periclitantes. Assim, é certo que a Governança na Administração Pública em todas as suas múltiplas dimensões que abrangem todas as áreas da Administração, posto de caráter multifário, denota que a boa Governança como aqui se apregoa e dotada de ferramentas tecnológicas o bastante, num mútuo esforço de cooperação pode muito em seus benévolos efeitos sociais para o atingimento do bem comum, no interesse dos Estados e dos cidadãos.

Com certeza a Internet¹⁶ enquanto conjunto de redes de computadores que interconecta

¹⁵ Garcia e Garcia destacam importantes conceitos de solidariedade em Real Ferrer, Mateo, Bodnar, Sarlet e Fensterseifer. “Segue pois: Real Ferrer (2003, p. 123-179) conceitua a solidariedade e o atuar solidário como uma técnica necessária para materializar o materialmente inexistente, mas latente Contrato Social que está na origem a sociedade politicamente organizada dessa comunidade de interesses que é o Estado”. GARCIA, Heloíse Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **A Construção de um Conceito de Sustentabilidade Solidária: Contribuições Teóricas para o Alcance do Socioambientalismo**. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 147 - 168 | Jul./Dez. 2016. p.160-161.

¹⁶ STRUTZEL, Tércio. **Presença Digital: estratégias eficazes para posicionar sua marca pessoal ou corporativa na Web**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2015. p. 222. Strutzel define Internet como o “conjunto de redes de computadores interligados mundialmente pelo protocolo digital TCP/IP, o qual permite o acesso de informações e todo tipo de transferência de dados por meio de e-mail, redes ponto a ponto, instant messengers, aplicativos para celulares e a world wide web, onde ficam os websites propriamente ditos”.

potencialmente todos os países do mundo atual, cria um ciberespaço, onde miríades de pessoas se comunicam com facilidades jamais sonhadas, com troca de informações instantâneas, mediante transferências de textos, imagens e sons, numa velocidade espantosa que transpassa qualquer barreira física, o que faz do mundo, realmente uma “Aldeia Global”. Isso afeta a vida de toda a comunidade mundial, e impõe a quebra de paradigmas ante a nova maneira de se viver neste mundo virtual.

A propósito disso, numa experiência exitosa de Governança com o uso de Tecnologia voltada ao setor público, e em conformidade com as metas contempladas no seu Planejamento Estratégico, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia¹⁷ sai na frente de seus congêneres e lança o aplicativo “Tô no Controle/Opine aí”. O dispositivo eletrônico, idealizado pelo TCE-RO, conta com a participação e apoio de instituições públicas e privadas, a exemplo do Governo do Estado, do Tribunal de Justiça (TJ-RO), do Ministério Público estadual (MP-RO), da Defensoria Pública do Estado (DPE-RO), da Ordem dos Advogados do Brasil – Rondônia (OAB-RO), da Federação do Comércio de Rondônia (Fecomércio), entre outros. Foram detalhados aspectos do aplicativo que possibilita a manifestação da satisfação do cidadão sobre os serviços is ofertados em diversas áreas, como educação, saúde, segurança, transporte público, obras, entre outros.

A novidade tecnológica integrante do portal “Tô no Controle” é voltada ao cidadão, visando possibilitar sua atuação de modo ainda mais ativo no controle dos gastos públicos, dentro do que dispõe a Lei nº 13.460/17, chamada de Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Trata-se de uma “ferramenta de gestão de qualidade” permite ao usuário de forma democrática, direta e participativa emitir opiniões, manifestações, reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços.

Vale observar que o aplicativo operado em ambiente facilitado e com interface simples e prática, possibilita ainda que se opine sobre o desempenho de unidades públicas específicas pertencentes a cada um dos 52 municípios rondonienses no tocante à prestação de serviços públicos finalísticos, contemplando também os poderes e órgãos estaduais, e possibilita a manifestação da satisfação do cidadão sobre os serviços públicos ofertados em diversas áreas, como

¹⁷ RONDONIA. Tribunal de Contas do Estado. Disponível em: Acesso em: 23 jan. 2022. Para baixar a ferramenta gratuitamente, ao interessado basta acessar o Google Play (acesse aqui) – para equipamentos Android – e, no campo para pesquisa, digitar “Opine aí” ou “TCERO”.

educação, saúde, segurança, transporte público, obras, saneamento, meio ambiente, entre outros. Além das manifestações binárias (se está satisfeito ou insatisfeito com o serviço ofertado), é possível ainda ao cidadão usuário fazer breve comentário sobre a prestação do serviço, assim como fazer fotos e anexá-las à manifestação, o que propiciará ao Tribunal de Contas interagir com a sociedade e melhor e mais democraticamente exercer o seu mister institucional de fiscalização e controle, e ao cidadão participar efetivamente do controle social que é seu direito garantido constitucionalmente.

Considerando-se a impotência e pusilanimidade do Estado Brasileiro acerca da sua responsabilidade garantidora desses direitos fundamentais auferíveis no resultado da prestação eficiente e eficaz dos serviços públicos, mesmo porque como afirma John Adams, “enquanto todas as demais ciências progrediram a de governar marcou passo e está sendo praticada apenas um pouco melhor do que há três ou quatro milênios”, necessário que seja determinado ao Estado tornar efetiva a Governança para a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados, pois o escopo da Governança é servir de orientação e padronização de comportamentos, no firme propósito de que a Governança Pública multinível, sem dúvida, é um dos grandes desafios estruturantes do Brasil, que pode viabilizar a superação dos gargalos que embargam o desenvolvimento do país.

Ora, a concepção de Governança aqui esposada contextualmente deve ser ampla, compreendendo a ação conjunta de Estado e da sociedade, de modo integrado, coordenado, catalisado, compartilhado e cooperativo na confecção e execução de projetos, contendo planos, indicadores e metas, e também deve buscar soluções pragmáticas ao atingimento de resultados eficazes com o propósito de disseminar a prática de boa Governança pública que prime pelo alcance dos cinco Es da Administração pública (Eficiência, Economicidade, Eficácia, Efetividade e Eticidade).

De todo o exposto, pode-se inferir a importância da Governança Pública para a melhoria do desempenho dos órgãos que compõem o aparelho burocrático estatal, constituindo-se em importante instrumento para revigorar o débil Estado Constitucional Moderno e produzir resultados eficazes. Visível a urgente necessidade de quebra de paradigma para se avançar da hoje ineficiente gestão pública, à Governança Pública multinível endógena (federal, estadual e municipal), em particular, no tocante à prestação de serviços públicos eficientes, eficazes e efetivos à população, na garantia de seus direitos fundamentais, com utilização de ferramentas tecnológicas dotadas de inteligência artificial, capazes de acessar, tabular e trabalhar o acesso a dados, melhorar continuamente o poder de computação e imprimir necessária e constante velocidade da nuvem,

com poder de utilizar IA mais rápido, para obter eficiência nos resultados de prestação de serviços públicos visando acelerar o retorno mais ágil e responsivo aos anseios da população.

3. A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO TOCANTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A premissa de que novas maneiras de utilização das tecnologias propiciam a promoção na mudança de comportamentos não é produto exclusivo do século XXI. Em 1972, a Declaração de Estocolmo, precisamente em seu Princípio 18, já reconhecia a importância da tecnologia para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente¹⁸. Da mesma forma, o Relatório Brundtland de 1987 destacou a importância da tecnologia já no início do documento, referindo que a tecnologia e a ciência existente à época já permitia, mesmo que potencialmente, examinar mais a fundo e compreender melhor os sistemas naturais¹⁹.

De todas as revoluções ocorridas a partir da Era Moderna, a chamada revolução tecnológica mostra-se como a grande responsável pela mudança de paradigmas em todas as esferas da sociedade mundial. Embora com outra denominação – incipiente talvez, ante a incapacidade humana de crer que as novas tecnologias poderiam tomar o caminho hoje evidenciado – o desenho do que hoje é a “virada tecnológica” se materializou a partir do Século XX, e “o contínuo e crescente avanço da inovação tecnológica posicionaram a sociedade pós-Moderna frente a uma nova revolução – a Revolução Digital”²⁰.

Tal revolução foi denominada por Schwab como a Quarta Revolução Industrial - ou Indústria 4.0 – ao afirmar que a industrialização atingiu uma quarta fase – que novamente “alterará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”, apresentando-a como uma verdadeira mudança de paradigma, e não apenas na condição de mais uma etapa do desenvolvimento tecnológico²¹.

A partir de Schwab, verifica-se que a Quarta Revolução Industrial engloba algumas inovações

¹⁸ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 12.

¹⁹ ONU – Organização das Nações Unidas, **Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. Nosso futuro comum, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 409.

²⁰ ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Barbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (Orgs.) **Inteligência artificial e direito processual**. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 65. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/5b6cc3c3e70697ebedd13f29dde07ef6.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²¹ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 11.

tecnológicas: robótica, internet das coisas, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, armazenamento de energia e computação quântica, e a IA. E o que a distingue das outras é a velocidade, a amplitude e a profundidade, além da fusão de tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos²².

Em sua obra subsequente, intitulada “Aplicando a Quarta Revolução Industrial”, Schwab reafirma ser este um modelo mental para moldar o futuro, fomentada pela crescente disponibilidade e interação de um conjunto de tecnologias extraordinárias²³. Para o autor, a oportunidade desta nova revolução consiste em ver a tecnologia como algo que é muito mais do que uma simples ferramenta, pois “[...] um dos grandes determinantes do progresso consiste na extensão que a inovação tecnológica é adotada pela sociedade”²⁴.

Seguindo esse raciocínio, Schwab conclui que o tema aponta para alguns desafios, muito mais subjetivos, do que objetivos e, para enfrentá-los são necessários quatro tipos diferentes de inteligências: contextual (a mente), emocional (o coração), inspirada (a alma) e física (o corpo)²⁵. Destes, destaca-se o primeiro, por possuir um elemento mais objetivo, enquanto os demais enfatizam abstrações e pouca aplicação. Essa inteligência contextual diz respeito à necessidade de antecipação de tendências e da rápida condição de se adaptar a elas. Para isso, é necessária uma dinâmica de trabalho mais colaborativa entre as empresas, governos e sociedade civil, com uma perspectiva holística dos acontecimentos²⁶.

No tocante à IA - na condição de uma das inovações tecnológicas dentre aquelas que compõem a Quarta Revolução Industrial – e sua interação inevitável com o Direito, tal relação tem gerado inúmeras discussões e debates, visto que várias ferramentas têm sido criadas para auxiliar e nortear a Ciência Jurídica²⁷.

²² SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 36.

²³ SCHWAB Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018. p. 35.

²⁴ SCHWAB Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. p. 36.

²⁵ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 107-114.

²⁶ PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. A ciência jurídica frente à sustentabilidade tecnológica e à inteligência artificial. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Rita Sousa Covelo; COELHO, Larissa Araújo (Orgs.). **Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável**. Braga: Uminho, 2020. p. 85. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/66584/3/Sustentabilidade%20Tecnologica_Edicao%20Comemorativa%20MDUE.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁷ A título exemplificativo, cita-se a implementação do maior e mais complexo projeto de inteligência artificial do Poder Judiciário: o “Sistema Victor”, a partir de 2018 pelo STF; a Central Suricato de Fiscalização Integrada, Inteligência e Inovação do Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCMG), utilizada por alguns Tribunais de Contas da federação para facilitar e agilizar o desenvolvimento das suas atividades, resultando, consequentemente, em benefícios tanto para os gestores públicos quanto para a população em geral; o Projeto **Locutor, o qual** utiliza ferramentas de tecnologia da informação e de inteligência artificial para dar mais celeridade e otimização aos processos de aposentadoria de servidores do Estado que tramitam no Tribunal de Contas de Santa

Cabe ressaltar que na área jurídica, de acordo com Magalhães, “pesquisas na área da IA e Direito surgiram por volta dos anos 70, quando a comunidade jurídica começou a despertar maior interesse pelos processos de automatização do raciocínio jurídico”²⁸.

Morais da Rosa e Guasque expõem que, embora algumas instituições insistam em viver alheias a estas novas tecnologias,

[...] a revolução digital é um caminho sem volta e que, inexoravelmente, terá que ser percorrido por todas as ciências e sociedades”. Logo, ao invés de resistir à mudança inevitável, deve-se descobrir a melhor maneira de trilhar essa senda, tirando-lhe o melhor em benefício da justiça e da coletividade.²⁹

Desse modo, a retórica faz surgir algumas dúvidas e inquietações quando é rememorado o objeto central deste estudo – Direitos Humanos frente a decisões automatizadas em matéria de imigração -, notadamente quando se verifica que o processo de automação se apresenta quando uma tarefa deixa de ser desempenhada pelo homem e passa a ser realizada por máquinas.

Neste ponto, convém citar que:

Para que a automação de uma tarefa seja bem-sucedida é necessário que a máquina que passará a realizá-la seja capaz de desempenhar cada uma das etapas constituintes do processo a ser automatizado com eficiência, de modo a garantir a repetibilidade do mesmo. Assim, é necessário que seja especificado com clareza e exatidão o que deve ser realizado em cada uma das fases do processo a ser automatizado, bem como a seqüência em que estas fases devem ser realizadas. À especificação da seqüência ordenada de passos que deve ser seguida para a realização de uma tarefa, garantindo a sua repetibilidade, dá-se o nome de algoritmo³⁰.

Em sua concepção inicial, algoritmo era um procedimento para soluções computacionais de equações³¹. Atualmente, consiste em capacitação de sistemas computacionais com o dom da inteligência, estabelecendo-se a relação entre algoritmos e IA. Esta última é definida por Russell e

Catarina; dentre tantos outros.

²⁸ MAGALHÃES, Renato Vasconcelos Magalhães. Inteligência artificial e direito: uma breve introdução. **Revista Direito e Liberdade [online]** – **ESMARN**, v. 1, no. 1 (jul/dez, 2005): 336, Disponível em: http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/231. Acesso em 08 mar. 2021. Ainda, o mesmo autor explica que: “O estudo da IA aplicada ao Direito evoca, naturalmente, o papel desempenhado pela ciência dentro do mundo jurídico. Aliás, foi somente com a reconciliação entre as ciências naturais e sociais que se tornou possível falarmos de uma “inteligência jurídica artificial”. A ciência, ou melhor dizendo, as ciências foram co-responsáveis pelo processo de automatização do raciocínio jurídico, que não pode ser visto somente do prisma do Direito. [...] Haveria uma longa história de interação entre o Direito e as ciências. Os estágios nos ciclos de vida do sistema jurídico foram, e são, demarcados pelas mudanças nos paradigmas científicos. As influências científicas no sistema jurídico constituem parte da inteligência jurídica mesma. Pode-se dizer, por fim, que a aplicação da IA ao Direito corresponde, dentro deste esquema teórico, à concretização na mudança de paradigma científico, e que se vê refletida no campo jurídico, pelo que dá origem a este novo ramo do saber jurídico: a Inteligência Artificial e Direito”.

²⁹ ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Barbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. p. 67.

³⁰ UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Centro de Tecnologia. Departamento de computação e automação. **Algoritmo e Lógica de Programação Algoritmos – Parte 1**. p. 03. Disponível em: https://www.dca.ufrn.br/~affonso/DCA800/pdf/algoritmos_parte1.pdf. Acesso em: 09 abr. 2021.

³¹ OSOBA, Osonde; WELSER, Osoba. **An intelligence in our image**. Santa Mônica: RAND corporation, 2017. p. 04.

Norvig³² como o campo da ciência que “tenta não apenas compreender, mas também construir entidades inteligentes”, seguindo a linha de Minsky, para quem a IA é “a ciência de fazer com que máquinas façam coisas que requereriam inteligência se feitas pelos homens”³³.

Embora os algoritmos se classifiquem de acordo com a sua forma de aprendizagem (algoritmos programados e algoritmos não programados³⁴), muitas dúvidas surgem acerca da automatização das decisões proferidas a partir deles, e o modo como algoritmos de inteligência podem vir a influenciar diretamente nos Direitos Humanos, pois podem trazer riscos a esses direitos, individuais ou coletivamente.

Por conseguinte, tal preocupação se apresenta adequada e compreensível quando o assunto envolve uma tendência dos Estados em adotar decisões automatizadas em matéria de imigração e refúgio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir estas breves linhas, cujo objetivo foi aquele de destacar possíveis rumos que afetam o Estado Constitucional Moderno e sua atuação frente a Era cibernética ora vivenciada, restou clara a necessidade de se envidar esforços – tanto governamentais quanto extragovernamentais – para assegurar a sua reinvenção e adaptação aos novos tempos.

Os assuntos ora abordados demonstram a obsolescência do Estado Constitucional Moderno para dar respostas a demandas – não recentes – que afetam os mais variados espaços e áreas temáticas, tudo isso potencializado pela Revolução Tecnológica pujante.

No entanto, toda essa Revolução Tecnológica pode e deve ser usada para o bem, tornando-se imprescindível que o Estado troque seus trajes e vista-se de nova roupagem, e mesmo sem

³² RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013, p. 03.

³³ MINSKY, Marvin. Steps Toward Artificial Intelligence. **Proceedings of the IRE**, v. 49, no. 1, 1961, p. 09.

³⁴ Para Ferrari, Becker e Wolkart, “Algoritmos programados seguem as operações (‘o caminho’) definidas pelo programador. Assim, a informação ‘entra’ no sistema, o algoritmo faz o que está programado para fazer com ela, e o resultado (output) ‘sai’ do sistema. Referindo à operação de algoritmos programados, Alan Turing, no seminal Computing Machinery and Intelligence, escrito em 1950, propunha que, no lugar de se imitar o cérebro de um adulto, programando todas as operações a serem realizadas, seria mais produtivo adotar estratégia diversa: simular o cérebro de uma criança, com capacidade randômica de aprendizado. É mais ou menos isso que fazem os algoritmos não programados, chamados learners. Esses algoritmos criam outros algoritmos. Nesse caso, os dados e o resultado desejado são carregados no sistema (input), e este produz o algoritmo (output) que transforma um no outro. Como destaca Pedro Domingos, o computador escreve a própria programação, de forma que humanos não tenham que fazê-lo”. FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. **Revista dos Tribunais**, v. 995, 2018, p. 04. Disponível em: <http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf>. Acesso em: 02 maio 2021.

abandonar a sua essência generativa, seja capaz de abrigar e proteger das intempéries os miseráveis cidadãos que clamam por seus direitos fundamentais, de alimentar os famélicos que rondam pelas ruas opulentas das ricas e belas metrópoles mundo afora, sem educação, sem saúde, e sem esperança. Quiçá possa o Direito gestar o tão ansiado e já proclamado academicamente Espaço Social Transnacional, para além das fronteiras físicas que limitam o homem, que seja grande o suficiente para, em cooperação, abrigar a todos, e forte o bastante para garantir a proteção e o bem comum³⁵, superando a atual configuração insatisfatória do Estado Moderno Constitucional diante das intrincadas complicações decorrentes da era vivenciada.

A governança pública participativa, inclusive, pode ser incentivada com o auxílio da tecnologia, em que a “antiga Democracia Representativa” possa dar espaço a uma vivente “Democracia Participativa Digital”, propiciando ao povo participação direta, rápida e eficaz nas decisões do governo, nas mais variadas áreas. Não há como se negar a brilhanteza dessa possibilidade.

É possível que os Estados em Governança possam, unidos num espaço transnacional, numa coalizção de força e poder virtualmente solidarizados, conduzir a família humana na terra em segurança rumo ao futuro sadio e sustentável, o que um só, por mais forte que seja, por mais poderoso que seja, mesmo sendo uma potência bélica mundial, não pode, uma vez que se encontra limitado pelos poderes ilimitados da virtualização de tudo, da internet que desconhece as fronteiras físicas nessa inexorável Revolução 4.0, mundo virtual e IA que não respeita hierarquia e ordem estatal, e ameaçam até mesmo os poderosos e antes indecifráveis sistemas de segurança das nações mais poderosas da Terra.

Dessa forma, neste ciberespaço que se tornou estrategicamente indispensável, diante das transformações sociais e tecnológicas informacionais de toda ordem que afetam os alicerces do Estado Constitucional Moderno e estabelece uma interdependência sem precedentes históricos, a exemplo dos impactos da degradação ambiental que afetam todo o mundo, como aduz Kissinger, conclui-se pela necessidade impositiva de repensar o Estado Moderno na sua atual moldura, precipuamente a partir das proposições teóricas de Ulrich Beck e de Paulo Cruz, com as quais se anui, na direção apontada pelos autores de que cabe ao gestor público “pensar globalmente e agir

³⁵ TOMÁS DE AQUINO. *Do Reino ou do Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre*. In: *Escritos Políticos*. 1997. p. 127. Registre-se que São Tomás de Aquino, partindo da concepção aristotélica, fala pela primeira vez do objetivo principal do Estado, até os dias atuais, isto é, a busca do “bem comum”, ao asserir: “se, pois, a multidão dos livres é ordenada pelo governante ao bem comum da multidão, o regime será reto e justo, como aos livres convém”.

localmente” na busca incessante do bem comum, endógena e exogenamente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à Globalização.** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais.** Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1 ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011

CANTARELLI, Margarida. **Poder, Política e Direitos Humanos.** Revista Acadêmica, Faculdade de Direito do Recife da UFPE. v. 85, n.1, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI.** Itajaí: Univali Editora, 2011.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. **Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos.** Revista dos Tribunais, v. 995, 2018, p. 04. Disponível em: <http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf>. Acesso em: 02 maio 2021.

GARCIA, Heloise Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **A Construção de um Conceito de Sustentabilidade Solidária: Contribuições Teóricas para o Alcance do Socioambientalismo.** Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 147 - 168 | Jul./Dez. 2016. p.160-161.

KISSINGER, Henry. **Ordem Mundial.** Título original: World Order. Trad. Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária.** 2. Ed. São Paulo: Paulus, 2010.

LÖFFLER, Elke. **Governance: Die neue Generation von Staats - und Verwaltungs - modernisierung.** Verwaltung + Management, v. 7, n. 4, p. 212-215, 2001, cit. in RAP (Revista de Administração Pública) - Rio de Janeiro 40(3): 479-99, Maio/Jun. 2006 (p. 479 e ss.).

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos Magalhães. **Inteligência artificial e direito: uma breve introdução.** **Revista Direito e Liberdade [online] – ESMARN**, v. 1, no. 1 (jul/dez, 2005). Disponível e http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/231. Acesso em 08 mar. 2021.

MINSKY, Marvin. Steps Toward Artificial Intelligence. **Proceedings of the IRE**, v. 49, no. 1, 1961.

ONU – Organização das Nações Unidas, **Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. Nosso futuro comum, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://www.brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 3 fev. 2022.

OSOBA, Osonde; WELSER, Osoba. **An intelligence in our image**. Santa Mônica: RAND corporation, 2017.

PIFFER, Carla. Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de Doutorado. Itajaí (SC), fevereiro de 2014.

PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. A ciência jurídica frente à sustentabilidade tecnológica e à inteligência artificial. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Rita Sousa Covelo; COELHO, Larissa Araújo (Orgs.). **Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável**. Braga: Uminho, 2020. p. 85. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/66584/3/Sustentabilidade%20Tecnologica%20Edicao%20Comemorativa%20MDUE.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

RONDONIA. Tribunal de Contas do Estado - TCERO. Disponível em: <https://www.tcer0.tc.br/2019/11/08/to-no-controle-opine-ai/>. Acesso em 02 fev. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbara. **O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (Orgs.) **Inteligência artificial e direito processual**. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 65. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/5b6cc3c3e70697ebedd13f29dde07ef6.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/231. Acesso em 08 mar. 2021.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

SCHWAB, Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

STRUTZEL, Tércio. Presença Digital: estratégias eficazes para posicionar sua marca pessoal ou corporativa na Web. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2015

THE PDCA CYCLE. **The clinician's black gab of quality improvement tools**. Disponível em: <http://www.dartmouth.edu/~ocer/CQI/PDCA.html>. Acesso em 3 fev. 2022.

TOMÁS DE AQUINO. Do Reino ou do Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre. In: Escritos Políticos. 1997.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Centro de Tecnologia. Departamento de computação e automação. **Algoritmo e Lógica de Programação Algoritmos – Parte 1**. p. 03. Disponível em: https://www.dca.ufrn.br/~affonso/DCA800/pdf/algoritmos_parte1.pdf. Acesso em: 09 abr. 2021.

A RECENTE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI DE AGROTÓXICOS NO BRASIL E A PROTEÇÃO HÍDRICA: VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL?

Adilor Danieli¹
Denise Schmitt Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

O planeta encontra na atualidade o período dual no qual se enfrenta as causas da poluição ambiental e as suas consequências temidas, cujo alerta há no mínimo três décadas já são anunciadas. Destaca-se neste cenário, as mudanças climáticas intrinsecamente relacionadas à poluição do solo, do ar, das águas, bem como, a devastação das florestas, ambas calamidades que isoladamente não devem ser consideradas, tendo em vista integrarem o ecossistema responsável pela manutenção da vida de todos os seres no planeta.

Este artigo integra os estudos iniciados em sede de doutorado e aprofundados agora no pós-doutorado e, nesta toada, pretende se apresentar como um alerta em relação aos riscos que a água, enquanto recurso hídrico de vital importância, encontra-se ameaçada por decisões de natureza política. O Brasil, enquanto maior detentor de água doce potável no planeta possui um sistema normativo e consequente estrutura de política pública adequado aos padrões de proteção ambiental exigidos, inclusive, internacionalmente. No entanto, as fragilidades aferidas na implementação das políticas públicas são na atualidade, os principais obstáculos a se superar para uma efetiva proteção das águas e demais ecossistemas. Logo, parte-se do pressuposto e reconhecimento de que no contexto brasileiro, o arcabouço jurídico enquanto base é suficiente e

¹ Pós-doutorando junto à Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com estágio pós-doutoral na Universidade de Alicante - ES. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) em dupla titulação com Universidade de Alicante – ES. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) - 2003. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (1991). Professor da Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí da disciplina Direito Empresarial. Juiz de Direito da Vara da Família, Órfãos e Sucessões de Balneário Camboriú/SC - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

² Doutora em Derecho pela Universidade de Alicante, Espanha, revalidado e reconhecido no Brasil. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI - Conceito Capes 6). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante, Espanha, revalidado e reconhecido no Brasil. Especialista em Direito Processual Civil pela FURB. Professora de Graduação em Direito, de pós graduação *latu sensu* e *stricto sensu*. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado (Conceito Capes 6) e, na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Coordenadora da Pós Graduação *Latu Sensu* em Direito Processual Civil na UNIVALI. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Dedicar suas atividades acadêmicas ao estudo do Direito Civil, Direito Processual Civil, Sustentabilidade, Governança e Meio ambiente. Advogada militante desde 1997 em processos em âmbito nacional. Autora de diversos artigos, capítulos de livros e livros. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1710-3642>

passível apenas de aperfeiçoamento, não admitindo-se retrocessos. O ponto delicado encontra-se na carência dos instrumentos de controle nas políticas públicas e, neste sentido, especialmente em relação aos poluentes agrotóxicos e suas consequências sobre os recursos hídricos.

Se antes a repressão por parte dos atores das políticas públicas ambientais encontrava dificuldades de natureza política, econômica e social, a partir do ano de 2019, a utilização de agrotóxicos extremamente poluidores e até cuja utilização é proibida em vários países agora passa a ser legitimada com base em normas jurídicas. É o que se verifica a partir de medidas tomadas por parte do governo federal brasileiro que vão ao encontro de determinados grupos econômicos incentivadores do emprego de agrotóxicos.

O objetivo deste trabalho é analisar se as atuais normas nacionais referentes a agrotóxicos violam a proteção ambiental prevista na Constituição Federal de 88, bem como verificar se existem consequências para o ecossistema e, especialmente para os recursos hídricos.

Este artigo pretende apresentar a base da proteção às águas e ao meio ambiente no Brasil, as novas liberações de agrotóxicos até então proibidos e as consequências ambientais para os recursos hídricos. Parte-se dos seguintes questionamentos: (a) as atuais normas com autorizações para uso de agrotóxicos violam a proteção ambiental constituída pela Constituição Federal de 1988? (b) Quais as consequências para o ecossistema e, especialmente para os recursos hídricos? O método de abordagem utilizado neste artigo é o dedutivo e, como método de procedimento optou-se pelo monográfico. Foram realizadas pesquisas de natureza bibliográfica e documental.

O trabalho será dividido em três partes, quais sejam: Aportes para a compreensão da proteção jurídica ambiental no Brasil; O potencial poluidor dos agrotóxicos e atuais mudanças da Lei de Agrotóxicos: inconstitucionalidade?

Para a elaboração do artigo foi utilizado o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas do fichamento e da revisão bibliográfica.

1. APORTES PARA A COMPREENSÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA AMBIENTAL NO BRASIL

A proteção ambiental no Brasil obteve significativas modificações ao longo da última década que coadunaram ora com realidades políticas e econômicas diversas, ora sob influência de decisões e configurações em âmbito internacional nas quais o país insere-se com protagonismo devido aos

seus grandes recursos naturais.

Essas modificações são vislumbradas quando nos deparamos com o surgimento de um arcabouço jurídico codificado variado, dos quais se retirou o entendimento de que os recursos naturais, enquanto bens, poderiam ser explorados com a finalidade lucrativa. Obviamente que, com o desenvolvimento do direito culminante em uma matriz mais ambientalista e comprometida com a proteção da vida humana, tendo ainda no horizonte as consequências catastróficas apontadas pela ciência, houve um movimento global e local no sentido de adequar as leis de forma que estas passassem a enfrentar os problemas ambientais de natureza concreta que surgiram ao longo principalmente das últimas 50 décadas. As legislações desenvolveram-se de modo fragmentado, no entanto, é possível se afirmar que atualmente no Brasil, todos os recursos ambientais encontram no sistema constitucional vigente, o denominador comum protetivo, aliando-se ainda ao fato da incontestável natureza de direito humano reconhecida ao acesso ao meio ambiente e tutelada pelo direito ambiental.

Não se pretende alongar-se no desenvolvimento histórico normativo ambiental brasileiro, no entanto importa destacar aspectos do sistema constitucional vigente para fins de demonstrar, posteriormente, como este sistema é afetado pelas normas que flexibilizaram o uso dos agrotóxicos antes proibidos em território nacional. Neste sentido, a proteção e regulamentação ambiental e, especialmente das águas, sustenta-se na Constituição Federal de 1988 e na Política Nacional de Recursos Hídricos de 1997.

O atual patamar regulatório da Constituição Federal de 1988 e da Política Nacional de Recursos Hídricos reconhece a água como recurso econômico, diante do seu potencial energético e da sua utilização por parte do sistema produtivo de serviços e bens. No entanto, o reconhecimento da água, enquanto recurso econômico fortaleceu o debate no século XXI acerca da sua mercantilização e, nesse diapasão, a água comumente é chamada de “ouro azul”, expressão cunhada por Barlow e Clarke³ que, em importante obra chamam a atenção para os riscos relativos à compreensão conceitual da água como mera necessidade e não como direito. A preocupação se justifica, pois ao se considerar a água apenas um bem de necessidade, a perspectiva econômica possibilita seu enquadramento enquanto commodity⁴ e, assim, atende-se às grandes corporações

³ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro azul**: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books, 2003. p. 13.

⁴ Termo originário do inglês, significando “mercadoria”. São compreendidas como mercadorias negociadas em escala mundial e comercializadas no mercado financeiro, em estado bruto ou aquelas de industrialização simples. Seu comércio geralmente ocorre por precificação em dólar, oscilando de acordo com a demanda e oferta em nível internacional. Em sua grande maioria, “as

econômicas e seus interesses, controladoras na atualidade de parcela significativa da água no planeta. Esta questão é central para o problema apontado neste artigo, pois a flexibilização dos agrotóxicos no país parece atender a interesses que não ambientais e de saúde coletiva.

Parte-se, então, do tratamento protecionista dado na legislação brasileira precipuamente na Constituição Federal de 1988. A proteção aos recursos hídricos tornou-se possível, apenas, com o advento desta Constituição e, no entanto, a “ecologização” da Constituição Federal de 1988 não pode ser considerada resultado tardio de um processo gradual e lento do amadurecimento do Direito Ambiental, ou como o seu ápice, mas sim, deve-se ter em mente que “[...] o meio ambiente ingressa no universo constitucional em pleno período de formação do Direito Ambiental [...]”, empolgando o legislador infraconstitucional e o constitucional simultaneamente.

A regulamentação dos recursos hídricos a partir das premissas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, é verificada especialmente no que diz respeito à sua natureza jurídica e dominialidade; à abordagem principiológica da tutela ambiental constitucional; as competências legislativas, administrativas e materiais comuns constitucionalmente estabelecidas e; à relação entre a água e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Neste sentido, importa especialmente uma interpretação que considere a amplitude sistêmica constitucional, pois na medida em que há a ampliação da utilização de agrotóxicos até então proibidos ou acima de níveis anteriormente vedados, o potencial violador dos ecossistemas é ampliado e, nesse sentido não há respaldo que justifique diante da proteção constitucionalmente instituída – tão pouco aquele que favoreça o agronegócio.

Salienta-se, especialmente, a seara das competências compartilhadas na Constituição, em relação a proteção das águas e matérias correlatas. No que se refere às competências administrativas materiais da União e suas consequências correlatas na política nacional de gestão dos recursos hídricos, merece destaque o artigo 21 da Constituição Federal de 1988 que, em vários incisos aborda matérias relacionadas à água, como a competência para explorá-la diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão, o aproveitamento energético dos cursos de água em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos (inciso XII, “b”), a

commodities são constituídas de recursos naturais e têm a produção e consumo influenciadas por fatores climáticos e econômicos”. Possuem qualidade uniforme, ou seja, não perdem qualidade em sua estocagem. As mais comuns referem-se aquelas matérias-primas para processo produtivo de outros bens. Apresentam os seguintes tipos: commodity agrícola, mineral, financeira, ambiental, energética e química. A água exemplifica uma commodity do tipo ambiental, assim como o crédito de carbono. DICIONÁRIO FINANCEIRO. **Commodities**. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/commodities/>>. Acesso em 15 out. 2017.

competência para planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (inciso XVIII), competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso (inciso XIX) e, ainda, para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico (inciso XX).

Nesta toada, a Constituição Federal de 1988, de igual forma, regulamentou outras temáticas tocadas pela questão hídrica, como a ordem econômica, a saúde, o saneamento. Especificamente sobre a atividade econômica, o ordenamento constitucional impede a disposição do meio ambiente ecologicamente equilibrado na perseguição do desenvolvimento econômico, impondo que se compatibilize o progresso com a preservação ambiental e, conseqüentemente, com a proteção das águas. Neste contexto se pode extrair as limitações a utilização desenfreada de agrotóxicos com potencial destrutivo ao meio ambiente, à saúde e à vida. As normas constitucionais estabelecem competências materiais comuns entre os entes federados com vistas a uma maior integração dos mesmos para a efetiva proteção ambiental que atenda uma das razões primordiais do Estado - a proteção do indivíduo. Nesse sentido, a proteção ao meio ambiente se constitui em dever do Estado oriundo da própria norma constitucional, como mandamento e não mera faculdade no tocante à sua efetividade.

Estas competências comuns entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios – deveres, portanto, encontram-se dispostas no artigo 23 da Constituição Federal de 1988 e, no que tange aos recursos hídricos e suas intersecções com outras temáticas ambientais, materializam-se no cuidado com a saúde (inciso II); a proteção do meio ambiente, o combater à poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); a preservação das florestas, da fauna e da flora (inciso VII); a promoção da melhoria das condições de saneamento básico (inciso IX), bem como o registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (inciso XI).

Esta seção pretende apresentar aportes da proteção ambiental a partir dos parâmetros constitucionais e, assim, importa salientar alguns artigos, como o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, basilar por representar a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos, incluindo-se a presente e as futuras gerações.

Todas as políticas públicas de gestão ambiental apenas se tornaram possíveis sob a égide deste artigo da Constituição Federal de 1988 que desde sua origem é considerada ambientalista ou

“verde” ao ser comparada com as demais constituições brasileiras. Neste sentido, o supracitado artigo 225, caracterizador do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental, implica no reconhecimento de que a sua não garantia compromete a existência humana, tendo em vista que tanto o meio ambiente quanto a qualidade de vida acabam por se fundirem no direito à vida, transformando-se desta forma em direito fundamental. Nesta diretriz, Silva adverte ser o direito à vida matriz dos demais direitos fundamentais, orientando, neste sentido, todas as ações relativas à tutela do meio ambiente e àquelas que possam afetá-lo igualmente, como a legislação e regulamentação voltada aos agrotóxicos.

A Constituição Federal de 1988 tutela o meio ambiente de forma explícita e implícita, caracterizando-se a forma implícita por meio dos princípios interpretativos que perpassam a Constituição. Esta base principiológica é importante para que se possa caracterizar a violação à Constituição por parte da ampliação dos agrotóxicos liberados aptos a afetar o meio ambiente e, conseqüentemente, a vida em todas as suas formas.

Especialmente em relação a gestão hídrica, verifica-se que tais princípios se materializam por meio do próprio Direito Ambiental, que, ao ser “[...] traduzido em uma política pública, rege-se por princípios que conferem fundamento à sua autonomia e estabelecem uma base lógica em relação ao conteúdo das normas”.

A matriz principiológica ambiental a partir da Constituição Federal implica o reconhecimento dos princípios enquanto padrões “juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworking) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz)” e, ainda, enquanto normas jurídicas impositivas de uma otimização, “comparáveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos.” Possibilitam o balanceamento de valores e interesses, não obedecendo, como as regras, à ideia da “lógica ou nada”, tendo em vista o seu peso e ponderação de outros princípios que eventualmente possam ser conflitantes. Logo, constituem-se como bases dos sistemas jurídicos e políticos dos Estados civilizados e, no tocante ao meio ambiente, são adotados internacionalmente pela necessidade de equilíbrio ecológico, bem como, diretrizes para a proteção ambiental aliada à realidade social e aos valores culturais de cada Estado.

Dentre os princípios informadores da proteção ambiental e dos recursos hídricos no Brasil a partir da Constituição Federal, destaca-se o princípio do desenvolvimento sustentável, esculpido no caput do artigo 255, enquanto dever imposto a todos – Poder Público e sociedade, de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Neste diapasão, partindo-se do

pressuposto de que os recursos ambientais, como a água, não são inesgotáveis, é inadmissível que as atividades econômicas e produtivas sejam desenvolvidas de forma a desconsiderar tal fato e que medidas de Estado ou de governo desconsiderem os parâmetros constitucionais. Este princípio basilar objetiva uma coexistência harmônica dimensões ambientais e econômicas, permitindo que o desenvolvimento se produza de forma planejada sem esgotar ou contaminar os recursos naturais hoje existentes, dentre eles, a água.

A Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente a proteção do meio ambiente, incluindo-se nessa seara a água, enquanto bem essencial à sadia qualidade de vida vinculada à dignidade humana como valor axiológico maior do Estado Democrático de Direito. Constata-se, assim, o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana. O caráter fundamental do direito à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, acabam por tornar “inadequados enfoques restritos do mesmo em nossos dias; sob o direito à vida, mas, além disso, encontram-se os Estados no dever de buscar diretrizes destinadas a assegurar o acesso aos meios de sobrevivência a todos os indivíduos e todos os povos”, ou seja, os Estados devem, em razão disso, evitar os riscos ambientais que comprometam seriamente a vida, como a liberação de agrotóxicos potencialmente danosos ao meio ambiente.

Não se pretende neste artigo elencar a literalidade da Constituição Federal de 1988, mas apontar os fundamentos que se constituem obstáculos para uma política liberatória em relação aos agrotóxicos. Nesse sentido, há que se considerar que o meio ambiente sadio é pressuposto que se impõe para o gozo dos direitos fundamentais, principalmente aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana que se constitui como fundamento da República no art. 1º, inciso III da Constituição. Assim, ao se proibir a comercialização de agrotóxicos prejudiciais aos bens tutelados pela Constituição Federal – como a vida, meio ambiente e a saúde, se está garantindo a dignidade humana que deve, ainda, ser assegurada por meio de políticas públicas de proteção ao meio ambiente não condicionadas às conveniências políticas ou quaisquer interesses de natureza econômica do agronegócio às custas dos direitos constitucionais mais essenciais. Neste sentido,

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. [...] Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada.⁵

O artigo 225 da Constituição Federal eleva o direito de todos de viver em um ambiente

⁵ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116.

ecologicamente equilibrado e sadio, enquanto bem coletivo e de uso comum do povo, eleva-se, ainda, como fundamento do Direito Ambiental em nosso ordenamento que, de forma contundente estabelece o direito ao meio ambiente como fundamental e vinculado à dignidade.⁶

Com os aportes da proteção ambiental no Brasil apresentados, parte-se aos riscos ao meio ambiente relativos aos agrotóxicos.

2. O POTENCIAL POLUIDOR DOS AGROTÓXICOS

As atividades humanas aliadas aos processos naturais detêm o potencial de alterar características físicas, químicas e biológicas da água, com consequências específicas e diretas para todo o ecossistema e para a saúde humana. A qualidade da água será afetada por mudanças nos seus teores nutricionais, na sua temperatura, sedimentos, metais pesados, pH, componentes orgânicos persistentes, toxinas não metálicas, agrotóxicos, além de outros fatores biológicos, etc. entre muitos outros.⁷ Estes contaminantes quando combinados podem causar impactos piores daqueles que causariam isoladamente e, seu acréscimo contínuo pode levar a concentrações insuportáveis ao ecossistema ocasionando alterações impossíveis de reverter. Esta seção abordará os agrotóxicos, tendo em vista o atual contexto brasileiro.

Importante algumas diferenciações iniciais. Além dos compostos orgânicos originários dos esgotos e derivados de petróleo e outros metais pesados despejados pela indústria nas reservas aquáticas naturais, a agricultura é responsável por insumos como pesticidas, fertilizantes e herbicidas que, para além de consumir oxigênio, acabam por matar os seres vivos que dependem das águas para sobreviver. Na agricultura, os agrotóxicos utilizados no combate às pragas, quando manejados indevidamente, acabam atingindo aos rios e mananciais por meio das chuvas ou pelo próprio solo que poderá os transferir aos lenções freáticos.

Dentre as substâncias passíveis de degradar o meio ambiente e, conseqüentemente, as águas, encontram-se os poluentes orgânicos biodegradáveis, geralmente de origem doméstica como produtos químicos que podem ser decompostos por bactérias no decorrer do tempo, como inseticidas domésticos, detergentes, fertilizantes, como exemplo. Ainda, como supracitado, encontra-se os metais como elemento com elevado potencial degradante. No entanto, os

⁶ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁷ CARR, Geneviève M.; NEARY, James P. **Water Quality: for Ecosystem and Human Health**, 2 ed. United Nations Environment Programme Global Environment Monitoring System/Water Programme. 2008. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/12217>. Acesso em 10 fev. 2022.

problemas mais significativos e nocivos dizem respeito aos poluentes orgânicos não biodegradáveis, por não se dispersarem no meio aquático e pela alta toxicidade. Como o próprio nome diz, não se degradam no meio ambiente e, ao se acumular em elevadas concentrações nas águas, causam a morte de seres vivos que ali habitam e daqueles que dependem das águas para sobreviver. Os agrotóxicos se inserem neste grupo.

No Brasil, a maior demanda por água se fixa nas atividades da agricultura, principalmente, na irrigação (65% da demanda), seguindo do uso doméstico (com 18%) e, posteriormente a indústria e, por último, as atividades da pecuária. Verifica-se desta forma o potencial de contaminação ambiental pelos agrotóxicos justamente pelo ramo da agricultura.

Desenvolvidos para eliminar pragas e doenças que atacam plantações, os agrotóxicos são eficientes para esta função, porém seu uso contínuo acarreta consequências graves tanto para o meio ambiente quanto para a saúde humana. Para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os agrotóxicos só perdem para o esgoto não tratado no tocante aos maiores contaminadores de rios no país e, se considerarmos os elevados índices de poluição de rios, do ar e do solo, há muito que a utilização desses insumos na agricultura já deveria estar no centro do debate sobre degradação ambiental, considerando-se, ainda, que o Brasil é o maior consumidor do mundo de agrotóxicos, com um consumo equivalente a 7,3 litros por pessoa por ano.⁸

Enquanto produtos nocivos à saúde, os agrotóxicos podem causar doenças variadas como problemas neurológicos, motores, mentais, distúrbios comportamentais, problemas na produção de hormônios sexuais, infertilidade, puberdade precoce, má formação fetal, aborto, doença de Parkinson, endometriose, atrofia dos testículos e variados tipos de câncer.⁹

Os agrotóxicos são produtos utilizados na agricultura para eliminar pragas, e outros elementos que prejudicam o desenvolvimento de uma plantação. Em que pese os benefícios para o setor, são extremamente nocivos para os seres vivos e para o meio ambiente. A contaminação do meio ambiente pelo uso constante de agrotóxicos ocorre pela mistura irresponsável dos produtos em empresas ou nas lavouras, acarretando em problemas a longo prazo ou até em danos irreversíveis¹⁰, prejudiciais para todos os seres no planeta.

⁸ IBGE. **Censo Agropecuário 2017**. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/resultados-censo-agro-2017.html>. Acesso em 10 fev. 2022.

⁹ FRIEDRICH, Karen (org.). **Dossiê contra o Pacote do Veneno e em defesa da Vida!** Porto Alegre: Rede Unida, 2021.

¹⁰ NOGUEIRA, J. M.; BRANCO, M. C. **Análise sócio-econômico-ambiental e sua interação com a política pública: o exemplo dos agrotóxicos.** In: **Biológicas & Saúde**, 1(3), 2011.

A contaminação que ocorre com a água é uma das mais emblemáticas e geradoras de proliferação secundária, tendo em vista sua potabilidade e o fato de ser um recurso ambiental em constante contato com contaminantes. Neste sentido, a Portaria do Ministério da Saúde nº 518/2004 que regulamenta sua potabilidade, estabelece as responsabilidades por parte de quem produz a água, como ente responsável pelo controle de qualidade e atribui às autoridades sanitárias o dever de vigilância da qualidade da água para consumo.¹¹

A contaminação da água pelo uso de agrotóxicos é iniciada por meio da contaminação do solo e, posteriormente, ocorre através da infiltração, da lixiviação, da bioacumulação, da biomagnificação e da difusão, o que acarreta na chegada destes contaminantes aos corpos hídricos.¹²

3. ATUAIS MUDANÇAS DA LEI DE AGROTÓXICOS: INCONSTITUCIONALIDADE?

Desde o ano de 2019, o atual governo brasileiro tomou uma série de medidas da alçada da Administração Pública Federal no âmbito da regulamentação da Lei n. 7802/89 – Lei de Agrotóxicos, com vistas a flexibilizar a aprovação de agrotóxicos no país por parte dos órgãos regulamentadores. Nesta toada, destaca-se que nos últimos três anos, houve avanço significativo no número de liberações de agrotóxicos. No final de 2021, foram liberados mais 550 agrotóxicos no mercado nacional, elevando para o número de 1552 os produtos venenosos liberados em três anos pelo atual governo, segundo agências de jornalismo ambiental que monitoram o Diário Oficial da União¹³.

No entanto, importa destacar o Decreto Presidencial nº 10.833/2021¹⁴, que flexibilizou os

¹¹ NETO, M. L. F.; SARCINELLI, P. N. **Agrotóxicos em água para consumo humano: uma abordagem de avaliação de risco e contribuição ao processo de atualização da legislação brasileira.** In: Engenharia Sanitária e Ambiental, v. 14, n. 1, p. 69-78, 2009.

¹² STEFFEN, G. P. K.; STEFFEN, R. B.; ANTONIOLLI, Z. I. **Contaminação do solo e da água pelo uso de agrotóxicos.** Revista do Departamento de Química e Física, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, v.15, n. 1, 2011.

¹³ Ver: **O Eco**, “veículo de jornalismo sem fins lucrativos fundado em 2004 que se dedica a documentar os desafios, retrocessos e avanços dos temas relacionados à conservação da natureza, biodiversidade e política ambiental no Brasil”. Disponível em: <https://oeco.org.br/>; **Pública**: agência de jornalismo investigativo. “Fundada em 2011 por repórteres mulheres, a Pública é a primeira agência de jornalismo investigativo sem fins lucrativos do Brasil. Todas as nossas reportagens são feitas com base na rigorosa apuração dos fatos e têm como princípio a defesa intransigente dos direitos humanos. Nossas reportagens de fôlego pautadas pelo interesse público foram republicadas em 2019 por mais de mil veículos de comunicação brasileiros e estrangeiros. Além de distribuir conteúdo para grandes portais no país, como UOL, El País Brasil, Yahoo, IG e Exame, entre outros, temos uma rede de republicadores em espanhol que conta com 18 veículos em 12 países.” Disponível em: <https://apublica.org/>. Acesso em 17 fev. 2022.

¹⁴ BRASIL. **Decreto n. 10.833, de 7 de outubro de 2021.** Altera o Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins. Disponível em:

parâmetros de avaliação de risco determinados na Lei de Agrotóxicos, ampliando assim, o emprego de substâncias passíveis de causar câncer, mutações genéticas e desregulação hormonal. Este ato normativo foi objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 910 - ADPF 910, ajuizada pela oposição ao atual governo sob o argumento de que ao promover mudanças na lei supracitada, na prática o ato governamental extingue a exigência de controle de qualidade dos agrotóxicos realizado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e pelo Ministério da Saúde, configurando assim verdadeiro retrocesso em matéria ambiental pois flexibiliza a liberação de agrotóxicos que comprometem a segurança alimentar e a saúde do povo brasileiro.

O decreto estabeleceu, ainda, a “tramitação prioritária” para a aprovação de agrotóxicos. Desta forma, quando o produto for inédito no país, o Ministério da Agricultura, o Ibama e a Anvisa terão até 12 meses para avaliar e concluir o processo. Em que pese o prazo anterior ser inferior, aproximadamente 120 dias, este raramente era o cumprido e, na prática a duração dos processos era de aproximadamente seis anos, devido a demanda em cada um dos órgãos envolvidos. O decreto acaba por privilegiar o Ministério da Agricultura em detrimento dos demais órgãos ao estabelecer que fica a seu cargo decidir a classificação dos processos de avaliação de registros como prioritário ou ordinário. Estes processos deverão ser priorizados igualmente na Anvisa e no Ibama, no entanto estes órgãos agora passam a ser meramente consultivos.¹⁵

A ação de controle de constitucionalidade junto ao STF elenca 17 mudanças oriundas de análise técnica que as caracterizam como inconstitucionais por violarem os seguintes preceitos fundamentais: Dignidade da pessoa humana e o direito à saúde; direito à vida; promoção da defesa do consumidor; meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros.¹⁶

O decreto presidencial supracitado coaduna com o projeto popularmente conhecido como “Pacote do Veneno”, materializado no PL 6299/2022 e que teve aprovação no recente dia 9 de fevereiro de 2022 no plenário da Câmara dos Deputados. Com pontos semelhantes, decreto e PL

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=10833&ano=2021&data=07/10/2021&ato=0f6EzY65UMZpWT32c>. Acesso em 20 jan. 2022.

¹⁵ BRASIL. **Decreto n. 10.833, de 7 de outubro de 2021**. Altera o Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=10833&ano=2021&data=07/10/2021&ato=0f6EzY65UMZpWT32c>. Acesso em 20 jan. 2022.

¹⁶ STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 910**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6305221>. Acesso em 25 jan. 2022.

objetivam alterar a Lei de Agrotóxicos em importantes aspectos, como (a) flexibilizar o registro de produtos associados a doenças incapacitantes, irreversíveis e/ou letais; (b) retirar o poder de atuação das áreas de saúde e o meio ambiente na gestão de aprovação de novos agrotóxicos; (c) comprometer o acesso a informações importantes sobre o registro e os produtos usados no país; (d) deixar aberta a fabricação de produtos sem registro no Brasil.

Salienta-se que todo o processo de tramitação ocorreu sem amplo debate com organizações e com a sociedade civil e desconsiderou, ainda, o alerta relativo à perda da competitividade dos produtos agrícolas brasileiros que, não alcançarão as exigências dos mercados consumidores internacionais que não coadunam com processos produtivos em desacordo com a proteção hídrica, climática, energética, ambiental e, claro, que viole a saúde, a vida e a dignidade.

O que se verifica então é a violação da Constituição Federal de 88 eis que nesta há a previsão de proteção ambiental, do direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, todos violados com a legislação que liberou o uso abusivo de agrotóxicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou analisar como o uso dos agrotóxicos poderiam violar a Constituição Federal de 1988, comprometendo os direitos e garantias fundamentais. Após se abordar como se dá a utilização dos insumos no Brasil, bem como as violações correspondentes à proteção ambiental preconizada na Carta Magna e aos princípios do bem-estar social, é possível se afirmar a inconstitucionalidade das medidas de regulação tomadas pelo atual governo, responsáveis pela ampliação do rol destas substâncias. Esta inconstitucionalidade de certa forma encontra respaldo em decisão recente do STF.

Neste sentido, na perspectiva da tutela ambiental constitucional, a utilização dos agrotóxicos viola preceitos fundamentais da Constituição Federal, tais como a proteção do direito ao meio ambiente, do direito à saúde, do direito ao trabalho seguro e, por conseguinte, o direito à dignidade e à vida, ambos preceitos basilares do Estado Democrático de Direito. O governo brasileiro, ao relativizar e permitir a utilização de agrotóxicos até então proibidos, atua contra o princípio da proibição do retrocesso social aplicável aos direitos humanos preceituados constitucionalmente, bem como negligência seu dever ao fomentar o uso indiscriminado de agrotóxico sem a devida fiscalização. Em que pese a legislação desfavorecer a utilização por meio burocracia, as medidas de ordem normativa tomadas nos últimos quatro anos facilitaram a entrada desses produtos.

O Projeto de Lei 6299/2002, proposta alteradora da Lei n. 7802/89 que regulamenta a matéria afeta aos agrotóxicos, afasta o Estado do seu dever constitucionalmente instituído e, antagonicamente à supremacia constitucional, acaba por promover insegurança jurídica e violação de direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 e todo o sistema nacional de proteção ao meio ambiente é claro ao assegurar a saúde da população bem como a garantia de um meio ambiente saudável para a população atual e gerações futuras. Abala-se, assim, estas garantias de qualidade de vida e o bem-estar no presente e no futuro. Há que salientar também que tanto o decreto presidencial em comento, quando a PL 6299/2002 são inconstitucionais e serão assim declaradas pelo STF no momento oportuno, pois violam frontalmente a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro azul**: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books, 2003.

BRASIL. **Decreto n. 10.833, de 7 de outubro de 2021**. Altera o Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=10833&ano=2021&data=07/10/2021&ato=0f6EzY65UMZpWT32c>. Acesso em 20 jan. 2022.

CARR, Geneviève M.; NEARY, James P. **Water Quality**: for Ecosystem and Human Health, 2 ed. United Nations Environment Programme Global Environment Monitoring System/Water Programme. 2008. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/12217>. Acesso em 10 fev. 2022.

DICIONÁRIO FINANCEIRO. **Commodities**. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/commodities/>. Acesso em 15 out. 2017.

FRIEDRICH, Karen (org.). **Dossiê contra o Pacote do Veneno e em defesa da Vida!** Porto Alegre: Rede Unida, 2021.

IBGE. **Censo Agropecuário 2017**. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/resultados-censo-agro-2017.html>. Acesso em 10 fev. 2022.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

NETO, M. L. F.; SARCINELLI, P. N. **Agrotóxicos em água para consumo humano**: uma abordagem de avaliação de risco e contribuição o processo de atualização da legislação brasileira. In: Engenharia Sanitária e Ambiental, v. 14, n. 1, p. 69-78, 2009.

NOGUEIRA, J. M.; BRANCO, M. C. Análise sócio-econômico-ambiental e sua interação com a política pública: o exemplo dos agrotóxicos. In: **Biológicas & Saúde**, 1(3), 2011.

STEFFEN, G. P. K.; STEFFEN, R. B.; ANTONIOLLI, Z. I. **Contaminação do solo e da água pelo uso de agrotóxicos**. Revista do Departamento de Química e Física, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, v.15, n. 1, 2011.

A OIT E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES¹

Dirajaia Esse Pruner²
Alexandre Morais da Rosa³

INTRODUÇÃO

A Organização Internacional dos Trabalhadores - OIT tem uma história marcada pela defesa dos direitos dos trabalhadores no mundo todo. Desde seus primórdios sua função essencial é ser o organismo internacional com competência e experiência para elaborar normas internacionais que dizem respeito ao direito do trabalho. Entre as normas criadas pela OIT há um conjunto delas que tratam de direitos considerados como o coração das normas laborais da entidade e são reconhecidos, tanto pela OIT como pela comunidade internacional, como direitos fundamentais dos trabalhadores - DFT. A própria Constituição da OIT, a Declaração da Filadélfia e a Declaração de Direitos Humanos os menciona.

É sobre estes direitos que o presente artigo vai tratar. O objetivo é compreender os direitos fundamentais dos trabalhadores na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES SEGUNDO A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Durante toda a sua existência a OIT enfrentou pressões internacionais com relação ao seu papel coercitivo na aplicação de suas normas. Após a realização de uma série de eventos e reuniões internacionais, em 1995, o Conselho de Administração da OIT definiu sete convenções como sendo normas de direito fundamental do trabalho. A partir deste momento iniciou-se uma campanha

¹ O texto que se segue sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores foi retirado, com poucas modificações e atualizações, da tese de doutorado desta autora. PRUNER, Dirajaia Esse. **A Utilização da Cláusula Social nos Acordos Internacionais Firmados pela Organização Mundial do Comércio**. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2016.

² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Universidade de Alicante (2016), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2005), Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2000). É professora e coordenadora do Curso de Direito do Campus Florianópolis da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail:dirajaia@univali.br.

³ Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Associado de Processo Penal da UFSC. Professor do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da UNIVALI. Juiz de Direito do TJSC. Membro do Comitê de Governança de Tecnologia da Informação - CGOVTI no âmbito do TJSC (2022-2024). Membro Honorário da Associação Ibero Americana de Direito e Inteligência Artificial/AID-IA. Pesquisa Novas Tecnologias, Big Data, Jurimetria, Decisão, Automação e Inteligência Artificial aplicadas ao Direito Judiciário, com perspectiva transdisciplinar. Coordena o Grupo de Pesquisa SpinLawLab (CNPq UNIVALI).

internacional pela ratificação destes instrumentos pelos seus países membros.⁴

No decorrer da campanha, os empregadores reivindicavam a aprovação de um documento internacional que pudesse expor de forma clara quais eram os direitos considerados fundamentais aos trabalhadores e a sua conceituação. Já por parte dos trabalhadores a pressão era no sentido de que a OIT deveria desenvolver instrumentos que lhe conferissem maior poder de coerção na aplicação das suas normas.⁵

Ao final de várias discussões a OIT, em 1998, publicou a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais dos Trabalhadores, oficializando o consenso sobre os direitos nucleares dos trabalhadores ou *Core Labour Standards*.⁶

A Declaração apontava os direitos fundamentais dos trabalhadores, mas não estabelecia as características essenciais de cada um. No tocante ao sistema de controle de aplicação destes direitos, a OIT preferiu aprovar uma declaração de natureza promocional, que conclamasse os Estados signatários a envidar esforços para que tais direitos fossem garantidos, sem nenhuma previsão de sanção.⁷

Desta forma, a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais dos Trabalhadores é considerada uma soft law, ou seja, é uma “[...] orientação de comportamento, não um dever a ser seguido.”⁸ Seus objetivos principais são: promover os DFT e ainda constituir cooperação técnica para permitir que tais direitos sejam implantados na esfera nacional dos Estados signatários.⁹

Trata-se de um rol de quatro direitos tidos como habilitadores, ou seja, são direitos que servem de instrumento para a exigência de outros direitos, são eles:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a efetiva abolição do trabalho infantil; e
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.¹⁰

Na eleição destes como direitos fundamentais dos trabalhadores a OIT buscou fazer uma lista

⁴ CRIVELLI, Ericson. **Direito Internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTR, 2010. p.163.

⁵ CRIVELLI, Ericson. **Direito Internacional do trabalho contemporâneo**. p.164.

⁶ MOREIRA, Vital. **Trabalho digno para todos: a cláusula laboral no comércio externo na União Europeia**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p.84.

⁷ CRIVELLI, Ericson. **Direito Internacional do trabalho contemporâneo**. p.165.

⁸ CRIVELLI, Ericson. **Direito Internacional do trabalho contemporâneo**. p.168.

⁹ CRIVELLI, Ericson. **Direito Internacional do trabalho contemporâneo**. p.168.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento. Brasília: OIT, 2007.p.7-8.

com direitos que não pudessem ser negados pelos seus membros. Desta forma, os direitos listados acima foram bem aceites na comunidade internacional pois: a) não encarecem o custo de produção, nem reduzem a competitividade; b) mesmo estando previstos em convenções da OIT são direitos que possuem como raiz a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, pretensões que são, inclusive, reconhecidas como direitos de todos os homens pela Declaração de Direitos Humanos de 1948 sendo, portanto, universais.¹¹

É importante destacar que, estes direitos fundamentais, fazem parte da política normativa do trabalho decente da OIT. Tal política é embasada em quatro princípios: geração de novos empregos, incremento da seguridade social, diálogo social, participação tripartite (Estado, trabalhadores e empregadores) e adoção e prática dos direitos fundamentais do trabalho. Com esta política a OIT pretende possibilitar que o trabalho seja realizado com liberdade, equidade, seguridade e dignidade.¹²

Assim, para promover o trabalho decente é necessário, segundo a OIT, o respeito dos direitos fundamentais dos trabalhadores aprovados na Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. Desta forma, percebe-se que a adoção dos DFT é um dos focos do trabalho da OIT na luta pelo trabalho decente.

Conforme exposto acima, os DFT são direitos reconhecidos, inclusive pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Isto posto, reconhecer e proteger os DFT é reconhecer e proteger parte dos direitos humanos. Assim, não há dúvidas que este rol de direitos é aceito pela comunidade internacional, que reconhece, inclusive o papel de destaque da OIT na determinação de tais direitos. Portanto, eles são a base legítima sobre a qual as cláusulas sociais devem se edificar.

Pode parecer impossível estabelecer um rol de direitos laborais que possa ser aplicado em todos países tendo em vista que o nível de proteção destes direitos depende do desenvolvimento econômico do país e do seu regime político e social. No entanto, os DFT instituídos pela OIT provam que isso é possível pois são condições básicas a serem respeitadas em uma relação de trabalho. Não se pode aceitar que um país, em virtude do seu nível de desenvolvimento, deixe de proteger as crianças frente ao trabalho infantil, a liberdade sindical, a igualdade nas relações de trabalho, etc., pois tais direitos são direitos mínimos, ligados, inclusive, a dignidade humana. Países menos

¹¹ MOREIRA, Vital. **Trabalho digno para todos**: a cláusula laboral no comércio externo na União Européia. p.85-87.

¹² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Memoria del Director General**: trabajo decente. Ginebra: OIT, 1999. Disponível em <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#2>. Prioridades>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2016. p.8-9.

desenvolvidos não podem usar seu estágio de evolução econômica como desculpa para o desrespeito da dignidade humana.

Para a compreensão deste tema torna-se importante aprofundar cada um destes direitos fundamentais. Este aprofundamento será realizado tomando por base as convenções da OIT, as quais o seu Conselho de Administração entende serem de importância destacada para o tema.¹³ Cabe destacar que o estudo será centrado nas Convenções, tendo em vista que estas são tratados internacionais vinculantes.

2. A LIBERDADE SINDICAL E O RECONHECIMENTO EFETIVO DO DIREITO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA¹⁴

As Convenções da OIT e os pronunciamentos e declarações de seus órgãos constituem o cerne do conceito de liberdade sindical.¹⁵ Importante destacar ser pacífico o entendimento de que a Liberdade Sindical faz parte de um universo de liberdades fundamentais do homem, fixadas na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que, por isso, deve ser respeitada. Para tanto, a OIT prevê a necessidade do respeito aos direitos civis e políticos. Para se ter um movimento sindical realmente livre e independente deve existir total respeito pelos direitos fundamentais, sem estes não há exercício normal dos direitos sindicais muito menos proteção aos trabalhadores.¹⁶

A 54ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, realizada em 1970, decidiu quais são as liberdades civis e políticas essenciais para o pleno exercício dos direitos sindicais, quais sejam: proteção à pessoa, proteção contra arbitrariedades praticadas contra a vida, liberdade de opinião, liberdade de reunião, devido processo legal, e proteção da propriedade das organizações sindicais.¹⁷

Desta forma, para existir a liberdade sindical, é necessário que exista o respeito a

¹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento. Brasília: OIT, 2007. p.1-7.

¹⁴ O texto que se segue sobre liberdade sindical foi retirado, com poucas modificações e atualizações, da dissertação de mestrado desta autora. PRUNER, Dirajaia Esse. **Os novos rumos da organização sindical brasileira: uma análise a partir da emenda constitucional n. 29/2003**. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2004. p.8-23.

¹⁵ URIARTE, Oscar Ermida. Liberdade sindical: Normas Internacionais, Regulação Estatal e Autonomia. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Org.) **Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind**. São Paulo: LTR, 1989. p. 250.

¹⁶ SWEPSTON, Lee. Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT. Ginebra: OIT, 1998, p. 197.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Resoluciones adoptadas por la conferencia internacional del trabajo en su 54. reunión. Ginebra: OIT, 1970. p.8-9. SWEPSTON, Lee. Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT. p. 198-201.

determinadas liberdades civis e, superada a questão das liberdades civis, faz-se necessário expor o relato sobre o elenco das convenções da OIT (consideradas, pelo Conselho de Administração como de importância destacada para a entidade) que versam sobre liberdade sindical.

A Convenção 87, do ano de 1948, trata da liberdade sindical e da proteção ao direito de sindicalização. Entre outras coisas, este instrumento convencional dispõe sobre o reconhecimento do direito de sindicalização, tanto para trabalhadores como para empregadores, do direito de constituir livremente as organizações sindicais, do direito das organizações sindicais se autogerirem, do direito de greve, de negociação coletiva, entre outros.¹⁸

Já o instrumento convencional 98, de 1949, dispõe sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva. Para esta convenção, todo trabalhador deve ser protegido de atos que tenham por objeto: sujeitar o trabalhador, na data de admissão, à condição de não filiação ou à condição de desfiliação de um sindicato, ou ainda, despedir um trabalhador por ser filiado a um sindicato ou por participar de atividades sindicais. Conforme o Manual para La Defensa de la Libertad Sindical, a Convenção 98 traz, em seu bojo, dispositivo que menciona a necessidade dos Estados criarem estímulos para a negociação coletiva a ser realizada entre empregadores e trabalhadores, ou entre as organizações sindicais patronais e organizações sindicais profissionais.¹⁹

O art. 2º da Convenção 87 da OIT é claro ao expor que trabalhadores e empregadores têm o direito de constituir entidades sindicais livremente, sem autorização prévia de autoridade pública ou qualquer tipo de discriminação, não podendo o Estado impor obstáculos à criação destas organizações.²⁰

Deve-se ressaltar que esta garantia, bem como aquelas destacadas na continuidade deste texto, são válidas também para federações e confederações, conforme dispõe o artigo 6º da Convenção 87 da OIT.²¹

Percebe-se que, para a OIT, faz parte da liberdade sindical o direito de criação de entidades sindicais sem a intervenção do Estado, sejam elas sindicatos, federações ou confederações, não

¹⁸ SANCHEZ, José Marcos, CALDERON, Eduardo Rodriguez. **Manual para la defensa de la libertad sindical**. Lima: OIT/Oficina Regional, 2001, p. 34-35.

¹⁹ SANCHEZ, José Marcos, CALDERON, Eduardo Rodriguez. **Manual para la defensa de la libertad sindical**. p. 34-35.

²⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical. Disponível em:

<<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 27 jan. 2016. art.2.

²¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical**. art.6.

podendo ele submeter tais entidades a nenhum procedimento de autorização para sua criação.

Outra liberdade importante é a de eleição do tipo de entidade sindical que se quer constituir e, para isso, é necessário citar novamente o art. 2º da Convenção 87 da OIT, cujo texto determina que todos os trabalhadores e empregadores devem ter o direito de criar a entidade sindical que entenderem mais conveniente, com a única obrigação de obedecer ao próprio estatuto da entidade criada.²²

Tem-se ainda a liberdade de filiar-se a sindicato, vale lembrar que ela retrata o direito ativo do indivíduo de querer filiar-se. Ele também está expresso na Convenção 87 da OIT, a qual, em seu artigo 2º, dispõe sobre o direito, tanto dos trabalhadores como dos empregadores, de criar suas entidades sindicais e de filiarem-se às mesmas, podendo optar pela entidade que lhe for mais conveniente.

A OIT prevê que estes aspectos da liberdade sindical, supracitados - liberdade de criação, de eleição do tipo de entidade que quer se criar, e liberdade de filiação às entidades criadas - são o cerne de todo o conceito de liberdade sindical; por isso, os têm defendido energicamente por meio de seus organismos de controle.²³

Ainda há a liberdade de não filiação, a qual não vem expressa em nenhum instrumento internacional; porém, a Declaração Universal dos Direitos do Homem garante de forma abrangente o direito de todo homem de não fazer parte de nenhuma associação.²⁴

Diante disso, pode-se inferir que, para existir liberdade sindical plena, deve-se garantir que a decisão de não se filiar advenha do livre arbítrio do indivíduo e não de uma imposição.

Já a liberdade de retirar-se do sindicato, que também é de suma importância, depende exclusivamente de ato de vontade do indivíduo e traduz numa conduta negativa de sair da associação. A retirada do sindicato é ato privativo do sindicalizado, e independe da aprovação do sindicato, estará sujeito somente a condições e consequências estatutárias.²⁵

Constitui também aspecto da liberdade sindical a autonomia garantida ao sindicato pelo artigo 3º da Convenção 87 da OIT. Segundo o referido artigo, é garantida ao sindicato autonomia

²² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical.** art.2.

²³ SWEPSTON, Lee. **Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT.** p. 201-202.

²⁴ NONATO, Messias Pereira. Liberdade sindical. *In* MAGANO, Octávio Bueno. (Org.). **Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano.** São Paulo: Saraiva, 1985. p. 465.

²⁵ SANCHEZ, José Marcos, CALDERON, Eduardo Rodriguez. **Manual para la defensa de la libertad sindical.** p. 469.

interna de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, eleger seus representantes e organizar sua administração, bem como de organizar suas atividades e seu programa de ação, permitindo, assim, que o sindicato cumpra suas funções socioeconômicas.²⁶

Quanto à liberdade de redigir seus estatutos e regulamentos, Lee Swepston²⁷ ensina que a legislação nacional pode impor alguns requisitos para os estatutos ou regulamentos sindicais, desde que sejam requisitos de pura forma, sem existir a necessidade de serem submetidos à aprovação prévia de caráter discricionário por parte das autoridades.

No tocante à liberdade de conduzir o processo de eleição de representantes, não é permitido, no âmbito da OIT, que autoridades interfiram nos procedimentos eleitorais do sindicato, nem na eleição, reeleição e remoção de dirigentes.²⁸

Cabe ainda ressaltar que é incompatível com os princípios da liberdade sindical qualquer ingerência das autoridades na forma de administração das entidades sindicais. Estas organizações devem ter plena liberdade de administração, desde que seus atos estejam em harmonia com os objetivos sindicais normalmente lícitos.²⁹

Assim, para existir a liberdade sindical em um país, faz-se necessário a inexistência de legislação que imponha condições demasiadamente restritivas e intervencionistas para a administração de uma entidade sindical, como, por exemplo: dispositivo legal que fixe o número máximo e mínimo de membros que compõem a diretoria de um sindicato; afinal, tal fato seria caracterizador da ingerência do Estado nas instituições sindicais.

No que diz respeito à liberdade de atividade e programas de ação, pode o sindicato realizar as atividades que sua categoria assim delimitar, como ter atividades políticas, realização de greve, criação de convênios médicos e odontológicos, e outras ainda que a lei determinar, como negociar coletivamente, homologar rescisões contratuais dos seus representados, substituição e representação judicial.

É também um dos direitos que fazem parte do conceito de liberdade sindical o direito das entidades sindicais de decidirem pela sua dissolução ou suspensão.

²⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical. art.3.

²⁷ SWEPSTON, Lee. **Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT.** p. 204.

²⁸ SWEPSTON, Lee. **Desarrollo de la libertad sindical mediante el control de la OIT.** p. 205.

²⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical.** art.3.

O artigo 4º da Convenção 87 da OIT é claro ao dispor que as organizações de trabalhadores e empregadores não estão sujeitas à dissolução e suspensão por via administrativa, ou seja, se for necessária uma destas medidas, deve ser efetuada mediante procedimento judicial que proporcione todas as garantias legais à organização sindical da qual esteja se tratando. Igualem-se a estas medidas de dissolução ou de suspensão o fato de cancelar a inscrição no registro sindical, ou ainda anular ou suspender a personalidade jurídica da entidade sindical.³⁰

O artigo 5º do instrumento convencional de n. 87 da OIT garante às organizações de trabalhadores e empregadores o direito de constituírem federações e confederações, assim como de filiar-se às mesmas. E ainda, permite que todos os sindicatos, confederações e federações filiem-se a organizações internacionais de trabalhadores e empregadores.³¹

Ainda cabe destacar o art. 7º da Convenção 87 da OIT, o qual determina que as entidades sindicais não podem estar sujeitas, para a aquisição de sua personalidade jurídica, a nenhuma condição que desrespeite ou restrinja as liberdades previstas nos artigos 2º, 3º e 4º desta mesma Convenção.³²

Por fim, ao exercer os direitos que lhes são reconhecidos, os trabalhadores, empregadores e suas entidades sindicais estão obrigados, em conformidade com o art. 8º da Convenção 87 da OIT, a respeitar a legislação vigente.³³ Referido artigo ainda determina que a sujeição só não será aplicada quando as normas vigentes contrariam as liberdades previstas no instrumento convencional acima citado.

Já quanto a Convenção 98 da OIT, seu art. 1º estabelece que os trabalhadores devem ter garantia de proteção adequada contra a discriminação de práticas sindicais.³⁴ Assim, o trabalhador deve ser protegido de ações, como: obrigar o trabalhador a não se filiar ou ainda a se retirar de uma entidade sindical para conseguir o emprego, dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo em virtude de sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais.

³⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical.** art.4.

³¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical.** art.5.

³² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical.** art.7.

³³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical.** art.8.

³⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 098 de 01 de julho de 1949. Sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva.** Disponível em:<<http://www.oitbrasil.org.br/node/465>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2016. art.1.

Desta forma, percebe-se que, em um país onde existe a liberdade sindical, segundo a OIT, os trabalhadores devem ter garantia de que podem praticar atividades sindicais livremente.

O art. 2º da Convenção 98 da OIT determina que as entidades sindicais devem ser protegidas contra atos de ingerência de uma nas outras. Assim, a constituição de entidades de trabalhadores controladas pelos empregadores ou vice-versa é considerada um ato de ingerência.³⁵ Diante disso, denota-se que a ingerência de entidades sindicais umas sobre as outras deve ser controlada e repreendida, sob pena de afronta à liberdade sindical.

O instrumento Convencional 98 da OIT também prevê que os países que o ratificarem devem criar mecanismos que garantam o direito de filiação a entidades sindicais. Assim, não basta existir o direito de filiação, ele deve ser garantido e protegido por mecanismos eficazes.³⁶

A OIT ainda prevê, em seus instrumentos internacionais (art. 4º da Convenção 098 da OIT), que devem ser tomadas medidas de estímulo à negociação entre empregadores e trabalhadores com o objetivo de criarem regras para regular as relações de trabalho.³⁷

Estes são os direitos e garantias que a Convenção 87 e a Convenção 98 da OIT estabelecem e, devido à importância e à difusão que estes instrumentos internacionais vêm tendo, juntos formam o conceito de liberdade sindical, o qual pode ser resumido como: “[...] o direito dos trabalhadores e empregadores de não sofrerem interferências nem dos poderes públicos, nem uns em relação aos outros, no processo de se organizarem, bem como o de promoverem interesses próprios ou de grupos a que pertençam.”³⁸

Diante de todo o exposto pode-se perceber que, a Convenção 87 é o texto central, é o Convênio Internacional que traz mais informações sobre o tema da liberdade sindical. Até 2014 o referido texto conta com cento e cinquenta e três ratificações, entre as quais estão todos os países da Europa, tanto ocidental como oriental, e toda a América Latina, com exceção do Brasil. Na América do Norte, o Canadá ratificou, mas os Estados Unidos da América - EUA ainda não a fizeram. No entanto, alguns dos países, como o Brasil, que não ratificaram a Convenção 87, ratificaram a

³⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 098 de 01 de julho de 1949. Sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva.** art.2.

³⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 098 de 01 de julho de 1949. Sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva.** art.3.

³⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 098 de 01 de julho de 1949. Sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva.** art.4.

³⁸ MAGANO. Octavio Bueno. **Organização sindical brasileira.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981. p.27.

Convenção 98, absorvendo alguns dos princípios e normas básicas referentes à liberdade sindical.³⁹

3. A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE TRABALHO FORÇADO OU OBRIGATÓRIO

Em 1930 a OIT aprovou a Convenção 29, que trata do trabalho forçado. Tal norma determina que todos os membros da OIT que ratificarem a referida Convenção deverão, em um curto período, extinguir o trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas modalidades.⁴⁰

Para a Convenção 29, trabalho forçado ou obrigatório é “[...] todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.”⁴¹

Quanto a proibição do uso do trabalho forçado ou obrigatório cabe destacar que há exceções: pode ser utilizado em atividades públicas, até ser abolido gradualmente, desde que autorizado pelas autoridades competentes do membro da OIT⁴², respeitando as seguintes disposições:

- a) que o serviço ou trabalho a executar é de interesse direto e importante para a coletividade chamada a executá-lo;
- b) que esse serviço ou trabalho é de necessidade atual e presente;
- c) que foi impossível encontrar mão-de-obra voluntária para a execução desse serviço ou trabalho, apesar do oferecimento de salários e condições de trabalho ao menos iguais aos que são usuais no território interessado para trabalhos ou serviços análogos, e
- d) que não resultará do trabalho ou serviço ônus muito grande para a população atual, considerando-se a mão-de-obra disponível e sua aptidão para o desempenho do trabalho.⁴³

Além disso, este tipo de trabalho deve ser realizado por homens adultos (com idade de 18 a 45 anos), em condições iguais as do trabalho livre, ou seja, com as devidas limitações de jornada, com remuneração e apenas por 60 dias. Estas previsões da Convenção servem para reafirmar a ideia de que, para a OIT, trabalho escravo e trabalho forçado ou obrigatório são práticas diferentes.⁴⁴

³⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2015 (II)**. Ginebra: OIT, 2015. p.53-191.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 029 de 28 de junho de 1930. Sobre o trabalho forçado ou obrigatório**. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 26.01.2016. art.1-1.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 029 de 28 de junho de 1930. Sobre o trabalho forçado ou obrigatório**. art.2-1.

⁴² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 029 de 28 de junho de 1930. Sobre o trabalho forçado ou obrigatório**. art.7-1.

⁴³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 029 de 28 de junho de 1930. Sobre o trabalho forçado ou obrigatório**. art.9.

⁴⁴ TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. Normativos internacionais e escravidão. In FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; GALVÃO, Edna Maria (Org.). **Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013. Capítulo 5.

No período entre guerras e durante a Segunda Guerra Mundial muito se utilizou do trabalho forçado, mesmo fora das colônias. Com o fim da Segunda Guerra e com a decadência do colonialismo retornou-se ao debate sobre o trabalho forçado. Durante a década de 50 novos problemas relacionados ao trabalho forçado foram surgindo, pois, muitos trabalhadores eram confinados em campos de trabalho forçado por motivos políticos, e outros eram forçados a trabalhar nas áreas rurais de países da América Latina.⁴⁵

Neste contexto, em 1957 a OIT aprova a Convenção 105 que também trata sobre o fim do trabalho forçado ou obrigatório, no entanto, de forma mais incisiva. Enquanto a Convenção 29 permitia que o trabalho forçado fosse utilizado pelos signatários durante um período transitório, possibilitando adaptação das normas e da economia nacional, a Convenção 105 obriga aos signatários que extingam imediatamente o trabalho forçado ou obrigatório realizado em qualquer modalidade. Senão vejamos:

Art. 1 Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: [...]

Art. 2 Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a adotar medidas eficazes, no sentido da abolição imediata e completa do trabalho forçado ou obrigatório, tal como descrito no art. 1 da presente convenção.⁴⁶

Cabe destacar que, a Convenção 182, de 1999, que trata das piores formas do trabalho infantil, e que será mencionada no próximo tópico com maior profundidade, também trata de trabalho forçado ao colocar, como uma das piores formas de trabalho infantil “todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou compulsório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados.”⁴⁷

Assim, pode-se inferir que, para a OIT, o trabalho forçado ou obrigatório é configurado quando presentes dois requisitos: o trabalho é exigido mediante ameaça de castigo e é realizado de forma involuntária.⁴⁸

Quanto ao castigo, há várias formas de executá-lo: como punição penal, prevista em lei, com

⁴⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Não ao trabalho forçado**. Genebra: OIT, 2001. p. 21-22.

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 105 de 25 de junho de 1957. Sobre o trabalho forçado**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/469>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016. art.1-2.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 182 de 01 de junho de 1999. Sobre as piores formas do trabalho infantil**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/518>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2016. art.3.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 029 de 28 de junho de 1930. Sobre o trabalho forçado ou obrigatório**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016. art.2-1.

perda de vantagens ou de direitos ou ainda, o que ocorre na maioria das vezes, com violência física, moral e psíquica.

No tocante ao trabalho realizado de forma involuntária, a OIT explica o seguinte:

Também aqui podem existir muitas formas sutis de coerção. Muitas vítimas entram em situações de trabalho forçado, inicialmente por iniciativa própria, mesmo que através de fraude e logro, para apenas mais tarde descobrirem que não são livres de abandonar o tal trabalho, devido a coerção de natureza jurídica, física ou psicológica. O consentimento inicial pode ser considerado irrelevante quando for obtido através de fraude ou logro.⁴⁹

Em determinados casos também as pessoas laboram em atividades lícitas, no entanto, é a condição em que se desenvolve este labor que faz ele ser configurado como trabalho forçado.

Assim, para a Organização, trabalho forçado ou obrigatório é gênero do qual podem fazer parte uma série de outras formas de trabalho, tais como: tráfico de pessoas, escravidão por dívidas, imposição de obrigações militares ou civis, punição por opiniões políticas, etc...⁵⁰

Para José Claudio Monteiro de Brito Filho⁵¹, o trabalho escravo pode ser executado tipicamente das seguintes formas: trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho, restrição de locomoção por dívida. Assim, o doutrinador coloca o trabalho escravo como gênero, e o trabalho forçado como uma de suas espécies. Mesmo existindo tal corrente doutrinária, este trabalho seguirá a classificação da OIT tendo em vista que esta exposição é baseada em suas convenções e textos.

4. A EFETIVA ABOLIÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

No tocante a abolição do trabalho infantil, a OIT editou a Convenção 138, aprovada na 58. Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em Genebra, em 23 de julho de 1973, a qual trata sobre a idade mínima para o trabalho. Ela veio para substituir outras convenções que já determinavam a idade mínima para o trabalho, mas eram aplicáveis apenas a certos setores da economia.

Seu objetivo primordial é fazer com que as partes signatárias erradiquem o trabalho infantil e, gradualmente, elevem a idade mínima para o trabalho até alcançar patamares que permitam o

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O custo da coerção**. p.6.

⁵⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O que é o trabalho forçado?** Disponível em:<http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/faq/p1.php>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

⁵¹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho escravo: caracterização jurídica dos modos típicos de execução. In FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; GALVÃO, Edna Maria (Org.). **Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013.

desenvolvimento dos jovens de forma segura e saudável. Para que o compromisso seja realmente colocado em prática, os países que ratificam a Convenção 138 devem declarar qual será a idade mínima para o trabalho a ser adotada em seus territórios, nada impedindo que, posteriormente, aumentem a idade mínima e informem à OIT.⁵²

A convenção ainda estabelece que a idade mínima não pode ser menor do que a idade de conclusão dos estudos obrigatórios. No caso de a idade de conclusão dos estudos ser inferior a quinze anos, o limite a ser respeitado seria a idade de quinze anos.⁵³

Percebe-se que a educação é uma ferramenta importante no combate ao trabalho infantil e a amarração feita pela OIT entre educação e trabalho traz consequências importantes. A idade mínima fixada pelos Estados signatários não pode ficar abaixo da idade para finalizar os estudos obrigatórios, pois, caso isso ocorra, certamente haverá abandono dos estudos para possibilitar o trabalho. Portanto, é permitido o trabalho logo em seguida que os estudos obrigatórios sejam finalizados assim também não há um período de desocupação para crianças e jovens, dificultando a sua marginalização.⁵⁴

No entanto, a Convenção, como é bastante comum nas normas da OIT, traz uma série de normas flexíveis, facilitando a sua ratificação pelo maior número possível de países:

a) Permite a Convenção que, se os países signatários não possuírem condições econômicas e escolares de fixar a idade mínima em quinze anos, podem fixá-la em catorze anos desde que ouvidas as entidades representantes de empregadores e trabalhadores. Fixada a idade mínima em catorze anos os países se comprometem a apresentar, nos relatórios de acompanhamento sobre a aplicação da Convenção, os motivos que os levam a continuar a manter esta idade mínima para o trabalho ou ainda quando ela poderá ser modificada.⁵⁵

b) Pode a autoridade competente dos países signatários autorizar o trabalho insalubre, a partir dos dezesseis anos, desde que respeitadas às condições de saúde, moral e segurança e desde que o trabalhador esteja recebendo educação adequada na área que está laborando.⁵⁶

⁵²ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/492>> Acesso em: 26 de janeiro de 2016. art.1 e 2.

⁵³ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** art.2, inciso 3.

⁵⁴CARON, T. Protección de los niños. *In* OIT. **Las normas internacionales del trabajo: un enfoque global.** Ginebra: OIT, 2002. p.172-208.

⁵⁵ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** art.2, incisos 4 e 5.

⁵⁶ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.**

c) No momento da ratificação (e jamais depois dele) os países signatários podem escolher aplicar as regras da Convenção 138 apenas à algumas categorias de trabalhadores, desde que comprovado que as condições para a aplicação total da Convenção não estejam presentes. No entanto, as determinações da Convenção 138 devem ser, no mínimo, aplicadas às seguintes atividades: mineração e pedreira; indústria manufatureira; construção; eletricidade, água e gás.⁵⁷

d) A Convenção 138 não se aplica aos maiores de catorze anos que realizam trabalhos na condição de aprendiz ou buscando orientação vocacional.⁵⁸

e) Os países signatários ainda podem autorizar o trabalho aos menores entre treze e quinze anos ou entre doze e catorze anos desde que: a) não prejudique sua saúde ou desenvolvimento; e b) não prejudiquem sua frequência escolar, sua participação em programas de orientação vocacional ou de treinamento aprovados pela autoridade competente ou sua capacidade de se beneficiar da instrução recebida.⁵⁹

f) Também podem os países autorizar o trabalho ao menor, com no mínimo quinze ou catorze anos de idade, quando ele ainda não completou os estudos obrigatórios, desde que seu desenvolvimento, saúde e educação não sejam prejudicados.⁶⁰

g) Podem também as autoridades dos países signatários fornecerem autorizações individuais para menor de quinze anos trabalhar em atividades artísticas desde que estas atividades não os prejudiquem.⁶¹

Além do exposto, a Convenção 138 determina que, atividades laborais que possam prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem, só podem ser executadas por pessoas acima dos dezoito anos. Trata-se do trabalho perigoso ou insalubre, que não é conceituado pela Convenção pois ela permite que cada Estado signatário crie, por normas nacionais, tais conceituações.⁶²

art.3, inciso 3.

⁵⁷ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** art.5, incisos 1 e 3.

⁵⁸ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** art.6.

⁵⁹ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** art.7, inciso 1.

⁶⁰ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** art.7, inciso 2.

⁶¹ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** art.8, inciso 1.

⁶²ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.**

Neste ponto é importante destacar que a Recomendação 146 da OIT, sobre idade mínima para admissão a emprego, determina que devem ser levadas em consideração, para a definição dos tipos de trabalho que só podem ser realizadas por pessoas acima dos dezoito anos, as seguintes atividades: que envolvam substâncias, agentes ou processos perigosos (como a radiação), levantamento de carga pesada ou trabalho subterrâneo.⁶³

Por fim, cabe destacar que a Convenção 138, não possui previsão específica para as relações de trabalho tais como a previsão de jornada diária máxima. No entanto, compreende-se que todas as disposições da OIT sobre o trabalho de adultos também podem ser aplicadas ao trabalho de menores. Para auxiliar, a Recomendação 146, em seus artigos 12 e 13, expõe uma lista de questões que devem ser observadas quando do trabalho de menores: remuneração justa; limitação da jornada diária em oito horas (sem possibilidade de horas extras); férias anuais remuneradas; cobertura de planos de seguridade social, etc..⁶⁴

Após a aprovação da Convenção 138, a OIT continuou trabalhando para a erradicação do trabalho infantil, porém na década de oitenta o assunto voltou a ser debatido com veemência tendo em vista que: a) a exploração de crianças agravou-se fruto da situação econômica precária de diversos países com reflexo no emprego e na educação; b) crescia a consciência mundial sobre os direitos humanos e, por consequência, contra o trabalho infantil; c) havia uma parcela da comunidade internacional com receio de que a utilização da mão de obra infantil pudesse dar aos países certa vantagem comercial no comércio internacional.⁶⁵

Em 1989 a ONU adotou a Convenção dos Direitos das Crianças. Tal documento marcou uma fase intensa de proteção à criança, reconhecendo que, em virtude de sua fragilidade, necessita de maior proteção. O referido documento conclama a comunidade internacional a envidar esforços para proporcionar condições de vida digna às crianças.⁶⁶

Nesta mesma direção a OIT lançou, em 1992, o Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil – IPEC que auxiliou os países a desenvolver a capacidade de enfrentar este

art.3, inciso 1.

⁶³ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 146 sobre idade mínima para admissão a emprego**. Aprovada em 27 de junho de 1973. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/normas/rec146.php>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016. art. 10. <http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/normas/rec146.php>

⁶⁴CARON, T. Protección de los niños. p.172-208.

⁶⁵CARON, T. Protección de los niños. p.172-208.

⁶⁶BRASIL. **Decreto n. 99710 de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

mal.⁶⁷ Nesta caminhada a OIT verificou a existência de uma série de lacunas na Convenção 138.⁶⁸

Assim, na 87. Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em Genebra, em 01 de junho de 1999, foi aprovada a Convenção 182 da OIT a qual trata sobre as piores formas de trabalho infantil e sobre as possíveis ações para sua eliminação.⁶⁹ Para o instrumento internacional em debate, criança é toda pessoa com menos de 18 anos. Assim sendo, há determinados tipos de trabalho que não podem ser tolerados e que, portanto, devem ser eliminados de forma imediata.⁷⁰ Para a Convenção, as piores formas de trabalho infantil são:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;
- d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.⁷¹

Cabe destacar que a Recomendação 190 da OIT, de 1999 (que trata sobre a proibição das piores formas do trabalho infantil e da ação imediata para sua eliminação), expõe uma lista de atividades que podem ser consideradas perigosas: atividades que abusam fisicamente, psicologicamente ou sexualmente do menor; atividades no subsolo; atividades embaixo da água, ou nas alturas, ou em lugares fechados; atividades realizadas com máquinas e ferramentas perigosas ou que demandem a movimentação de carga pesada; trabalhos em ambientes expostos à substâncias perigosas, ou a temperaturas altas, ou a ruídos altos.⁷²

Além de determinar quais são as piores formas de trabalho infantil, a Convenção 182 prevê também que todo Estado Membro da OIT deve elaborar listas indicando quais são as atividades que, em virtude da natureza ou condições em que se desenvolvem, podem ser consideradas prejudiciais

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Programa Internacional para la erradicación del trabajo infantil (IPEC): que és y que hace?** Genebra: OIT, 2010. p.3.

⁶⁸ CARON, T. *Protección de los niños*. p.172-208.

⁶⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 182 de 01 de junho de 1999. Sobre as piores formas do trabalho infantil**. art.3.

⁷⁰ CARON, T. *Protección de los niños*. p.172-208.

⁷¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 182 de 01 de junho de 1999. Sobre as piores formas do trabalho infantil**. art.3.

⁷² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 190 que trata sobre a proibição das piores formas do trabalho infantil e da ação imediata para sua eliminação**. Aprovada em 17 de junho de 1999. Disponível em: < http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R190>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2016.

à vida da criança.⁷³

O instrumento ainda determina que os Estados devem elaborar um programa de erradicação das piores formas do trabalho infantil comprometendo-se a:

- a) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil;
- b) dispensar a necessária e apropriada assistência direta para retirar crianças das piores formas de trabalho infantil e assegurar sua reabilitação e integração social;
- c) garantir o acesso de toda criança retirada das piores formas de trabalho infantil à educação fundamental gratuita e, quando possível e adequado, à formação profissional;
- d) identificar crianças particularmente expostas a riscos e entrar em contato direto com elas; e,
- e) levar em consideração a situação especial das meninas.⁷⁴

Na busca pelo efetivo cumprimento da Convenção o Estado Membro pode criar penalidades para aqueles que não aplicarem suas regras em seus territórios.⁷⁵

5. A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO

A OIT, desde a sua criação, defende o tratamento igual entre os trabalhadores, é o que informa o inciso II da Declaração da Filadélfia, anexada à Constituição da OIT.⁷⁶

Inicialmente a Organização contava apenas com instrumentos que protegiam o trabalho da mulher por meio do estabelecimento de restrições e regras específicas que estabeleciam determinadas condições para a exploração do trabalho feminino. No entanto, diante do compromisso assumido em sua Constituição, a OIT ampliou a defesa do princípio da igualdade aprovando a Convenção 100, na 34ª Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em 06 de junho de 1951. Tal instrumento tem como objetivo principal tratar da igualdade de remuneração entre homens e mulheres para atividades laborais de mesmo valor.⁷⁷

É importante destacar os acordos semânticos que a convenção expõe logo em seu art. 1.:

Art. 1 Para os fins da presente convenção:

⁷³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 182 de 01 de junho de 1999. Sobre as piores formas do trabalho infantil.** art.4, inciso 3.

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 182 de 01 de junho de 1999. Sobre as piores formas do trabalho infantil.** art.7, inciso 2.

⁷⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 182 de 01 de junho de 1999. Sobre as piores formas do trabalho infantil.** art.7, inciso 1.

⁷⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição de la OIT.** Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:2709039639773200::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#A1> . Acesso em: 05 de agosto de 2015. inciso II da Declaração da Filadélfia.

⁷⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 100 de 06 de junho de 1951. Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/445>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

- a) o termo remuneração compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ou trabalhador em razão do emprego deste último;
- b) a expressão igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor, se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.⁷⁸

Assim, para a Convenção, a remuneração tem conceito bastante amplo, trata-se do salário base além de outros pagamentos que podem ser feitos de forma direta (pelo empregador) e de forma indireta (por terceiros), tais como: auxílio alimentação, habitação, auxílio vestuário, gorjetas, etc.

Além disso, todo trabalho de igual valor deve ser igualmente remunerado, mesmo que praticado por pessoas de sexo diferente. É possível compreender que a Convenção, ao utilizar a expressão trabalho de igual valor, teve como objetivo ir além do trabalho igual ou similar, para abranger todo o trabalho feito com a mesma produtividade e perfeição técnica.

Os membros da OIT que assinam esta Convenção comprometem-se a incentivar e assegurar remuneração igual entre homens e mulheres, que praticam trabalhos iguais, por meio de leis, instrumentos coletivos (convenções e acordos), ou qualquer outro meio nacional apropriado para isso.⁷⁹

Após a adaptação da legislação nacional para a aplicação da presente Convenção, as relações laborais devem ser avaliadas para que seja verificado se as diferenças salariais existentes advêm da diferença de sexo dos trabalhadores ou se são provenientes de questões como tempo de serviço, produtividade e técnica. Neste último caso a diferença remuneratória não será considerada discriminatória.⁸⁰

No entanto, a aprovação de tal Convenção não foi suficiente para por fim a discriminação no ambiente de trabalho, inclusive, as várias formas de discriminação dificultavam a prática da igualdade de remuneração.⁸¹

A OIT então resolveu adotar a Convenção 111, aprovada na 42ª Conferência Internacional do

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 100 de 06 de junho de 1951. Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor.** art.1.

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 100 de 06 de junho de 1951. Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor.** art.2, incisos 1 e 2.

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 100 de 04 de junho de 1958. Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor.** art.3, incisos 1, 2 e 3.

⁸¹ HORII, Y; THOMAS, C. Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. *In* OIT. **Las normas internacionales del trabajo: un enfoque global.** Ginebra: OIT, 2002. p.66-91.

Trabalho, em Genebra em 04 de junho de 1958, tratando da discriminação em matéria de emprego e profissão para todo tipo de trabalhador legalizado, seja ele nacional ou não.⁸²

A Convenção começa destacando que tanto a Declaração da Filadélfia quanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem, determinam que todos os homens devem ter as mesmas oportunidades, o mesmo tratamento.

Para tanto, conceitua como discriminação:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.⁸³

Percebe-se que a Convenção estabelece como discriminação o tratamento que diferencia um trabalhador do outro a partir de sete aspectos: raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. Assim como também conceitua a discriminação como aquele ato cujo resultado macula a igualdade de oportunidades e de trato no emprego e profissão, compreendendo-se como emprego e profissão tudo o que diz respeito à formação profissional, emprego, profissão e condições de emprego.⁸⁴

No entanto, a Convenção permite que sejam estabelecidas algumas regras de distinção, que não serão consideradas discriminatórias: distinção proveniente da qualificação exigida para o trabalho; distinção que se justifica em virtude de questões de segurança nacional, distinção que tenha como foco assistência a quem precisa.⁸⁵

No tocante às exigências decorrentes de qualificação para o cargo que será ocupado é importante esclarecer que podem ser feitas desde que não sejam contrárias ao princípio da igualdade, como por exemplo, estabelecer distinções que, de tão específicas, acabam por eliminar determinada casta de trabalhadores.⁸⁶

No tocante às questões de segurança nacional o que a Convenção estabelece é que, é

⁸² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 de 06 de junho de 1951. Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em : 10 de fevereiro de 2016.

⁸³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 de 06 de junho de 1951. Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** art. 1, inciso 1.

⁸⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 de 06 de junho de 1951. Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** art.1, inciso 1 e 3.

⁸⁵ HORII, Y; THOMAS, C. Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. p.75.

⁸⁶ HORII, Y; THOMAS, C. Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. p.75.

possível instituir distinção entre um trabalhador que pratica, ou é suspeito de praticar, atividades contrárias à segurança do Estado e outro que não pratica tais atividades.⁸⁷

Há ainda a possibilidade de os países signatários editarem normas internas a fim de determinar como não discriminatórias determinadas práticas que diferenciam os trabalhadores em virtude de necessidades especiais que possam ter. Trata-se de uma proteção especial que pode ser necessária em virtude de sexo, invalidez, gravidez, idade, ou outra condição.⁸⁸

Para melhor compreensão do assunto é importante destacar os sete aspectos que podem embasar a discriminação: cor, raça, ascendência nacional, sexo, religião, origem social, e opinião política.

No tocante a cor é muito fácil compreender que a OIT é contra o tratamento diferenciado em virtude da cor que a pessoa tem. Já no tocante a raça, a OIT compreende que ela define todo grupo étnico que se diferencia pela língua, religião, cultura e, alguma vez, até mesmo pela cor. Assim, não é permitido tratamento diferenciado em virtude de pertencimento a determinado grupo étnico.⁸⁹

Com relação a ascendência nacional, não é permitido que se discrimine um trabalhador, cidadão nacional, em virtude do seu local de nascimento. Aqui se está tratando daquelas condições diferenciadas de trabalho que são estabelecidas entre os cidadãos nascidos em um país e aqueles cidadãos que não nasceram no país em que trabalham.⁹⁰

No tocante a discriminação por origem ainda cabe destacar:

[...] pode-se entender que a discriminação com base na origem nacional significa que a discriminação pode ser dirigida contra pessoas que são cidadãos do país em questão, mas que tenham adquirido a nacionalidade por naturalização ou que são descendentes de imigrantes estrangeiros, ou pessoas pertencentes a grupos de diferente origem nacional, mas que vivem no mesmo Estado. (Tradução nossa).⁹¹

Além destas questões também há a discriminação em virtude do sexo. A OIT não permite tratamento diferenciado entre homens e mulheres em virtude do seu sexo, nem mesmo em virtude do seu estado civil, gravidez ou pelas responsabilidades familiares que a pessoa possui. É claro que

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 de 06 de junho de 1951. Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** art.4.

⁸⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 de 06 de junho de 1951. Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** art.5.

⁸⁹ HORII, Y; THOMAS, C. Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. p.71-72.

⁹⁰ HORII, Y; THOMAS, C. Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. p.71-72.

⁹¹ HORII, Y; THOMAS, C. Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. p.71-72.

a Organização entende que homens e mulheres devem ser tratados da mesma forma, assim, não se poderia discriminar o homem, por exemplo, porque ele é pai ou porque ele é casado. No entanto, é fato que este tipo de discriminação ocorre mais em relação à mulher.⁹²

No tocante a religião, a OIT defende a proteção e o tratamento igualitário aos trabalhadores que têm ou não têm religião. Ninguém deve ser discriminado nas relações de trabalho por adotar alguma crença ou ainda por não adotar nenhuma crença. Também não pode ser discriminado um trabalhador em virtude de sua origem social, em virtude de pertencer a certa camada da sociedade ou a certa casta. Assim, não é permitido negar oportunidades de emprego ou oferecer apenas determinadas oportunidades de emprego a trabalhadores em virtude de sua origem social.⁹³

Com relação a opinião política a OIT defende que todo trabalhador deve ter o direito de expressar-se livremente, ainda que seja contra o regime político vigente.⁹⁴

Desta forma, os países signatários da Convenção 111 aceitam o compromisso de desenvolver uma política nacional com o intuito de promover a igualdade de tratamento em matéria de emprego e profissão erradicando todo e qualquer tipo de discriminação.⁹⁵

Assim, deve o país signatário:

a) esforçar-se por obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política;

b) promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;

c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;

d) seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes do controle direto de uma autoridade nacional;

e) assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional;

⁹² HORII, Y; THOMAS, C. **Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación.** p.71-72.

⁹³ HORII, Y; THOMAS, C. **Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación.** p.71-72.

⁹⁴ HORII, Y; THOMAS, C. **Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación.** p.71-72.

⁹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 de 06 de junho de 1951. Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** art.2.

f) indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.⁹⁶

Portanto, assumindo os compromissos acima expostos, os Estados devem trabalhar para que seus cidadãos tenham acesso a serviços de orientação e formação profissional, para que possam escolher qual trabalho querem desenvolver e que este esteja em harmonia com suas aptidões, para que tenham seguridade social (no caso de perderem o emprego), para que tenham remunerações iguais para trabalhos iguais e condições de trabalho decentes como: limite de jornada, períodos de descanso, férias, etc.⁹⁷

Vale destacar que a orientação e formação profissional é considerada pela OIT questão de extrema importância no combate a discriminação no emprego, pois a Organização entende que, sem a devida orientação e formação, os trabalhadores não tem condições de escolher o trabalho que se adequa às suas habilidades e nem de executar o trabalho que lhes é oportunizado com excelência, ficando assim em posição de desvantagem com aquele trabalhador que tem tais condições.⁹⁸

Assim, em uma política contra a discriminação no emprego é fundamental que os Estados possuam entidades públicas de orientação e formação profissional possibilitando que todo trabalhador tenha igualdade de condições (no tocante a orientação e formação profissional) para buscar seu emprego.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizada a abordagem sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores segundo as Convenções da OIT, é possível perceber que tais direitos estão ligados à proteção da infância e da juventude, à proteção do direito de reunião, à proteção do trabalho livre e à proteção da igualdade nas relações de trabalho, ou seja, são direitos ligados aos direitos fundamentais do homem e que têm a possibilidade de promover a dignidade humana.

Já faz alguns anos que a humanidade está vivenciando transformações profundas,

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 de 06 de junho de 1951. Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** art. 3.

⁹⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 111 sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.** Aprovada em 04 de junho de 1958. Disponível em: < <http://www.oit.org.br/content/sobre-discrimina%C3%A7%C3%A3o-em-mat%C3%A9ria-de-emprego-e-profiss%C3%A3o>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016. inciso 2, alínea b.

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 111 sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.** inciso 2, alínea b.

influenciadas por questões como: alterações demográficas, transição energética e alterações climáticas, mudanças sociais e culturais, surgimento de novas cadeias de produção e uso da tecnologia, etc... Todo este processo de mudança acelerado nos traz incertezas.

No tocante ao mundo do trabalho há muitas incertezas. O mercado de trabalho é afetado diretamente por estas mudanças mundiais e mais precisamente pela criação de mercados e empresas globais e pela procura mundial por talentos.

Se por um lado temos pessoas sofrendo com a fome e o desemprego, por outro temos um mercado de trabalho globalizado que não para de crescer e que busca, incessantemente, novos e geniais talentos, mas que também precariza determinadas relações.

Neste mercado de trabalho em constante expansão, muitas vezes a liberdade e as formas plurais e menos típicas de trabalho são oferecidas aos novos e geniais talentos como um atrativo para conseguir e fidelizar o trabalhador.

Então, temos empresas que oferecem a sala da descompressão, o vídeo game, o horário flexível de trabalho, o local flexível de trabalho, restaurantes maravilhosos, inexistência de padrão de vestimenta e, muitas vezes, ótimos salários.

Neste mundo mudado, como vamos tratar de fiscalização de trabalho? Do cumprimento e garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores?

Temas como: direito à negociação coletiva, limitação de jornada, intervalos para descanso e alimentação, horas extras, parecem antiquados e inadequados às novas realidades das empresas globais e digitais.

No entanto, é fato, que este tipo de emprego, com condições especiais para grandes talentos, não é a regra. A tecnologia e suas áreas afins criou nichos de mercado de trabalho diferenciados, mas também aprofundou problemas que já existiam em outros nichos.

A digitalização da economia, a automação, a robotização, a internet das coisas e a inteligência artificial, ao mesmo tempo que abriram novos postos de trabalho supervalorizados, fecharam ou precarizaram outros tantos.

Estamos assistindo à substituição de trabalhadores com média qualificação pelo trabalho das máquinas. Em contrapartida, há um crescimento de vagas de emprego em funções que exigem maior qualificação e com melhores salários como também há um crescimento dos postos de trabalho em funções que exigem menos qualificação e que possibilitam menores salários.

Acentuando-se a desigualdade.

A utilização da tecnologia em todos os ambientes da nossa vida digitalizou o mundo, e esta digitalização, no ambiente laboral, exacerbou algumas questões promovendo a estagnação de salários, instabilidade profissional, jornadas de trabalho ilimitadas, a inexistência de direito à desconexão, o trabalho não permanente, o subemprego e a diminuição da representação sindical.

Claro que, para cada categoria de trabalhador estes reflexos são diferentes, os mais qualificados, como já citado aqui, acabam tendo mais estabilidade e maiores salários.

Assim sendo, há que nos preocuparmos com uma grande massa de trabalhadores que ainda são explorados e que agora, com as novas ferramentas tecnológicas, inauguram uma nova era de explorações.

Importante destacar que a tecnologia não é a vilã! E nem pode ser assim considerada. Ela foi criada pelo homem para facilitar e melhorar sua vida. Ao mesmo tempo que destrói alguns empregos ela cria outros. Atualmente a tecnologia pode substituir o trabalhador, mas também pode complementar e facilitar o seu trabalho e aumentar sua produtividade. Ela só tem que ser usada de forma correta.

As palavras que aqui escrevemos podem parecer antiquadas, em desacordo com o tempo em que vivemos, pois a frase “usar a tecnologia de forma correta” parece uma obviedade já superada. No entanto, não é assim que as coisas ocorrem na prática. A sede empresarial por grandes lucros faz com que ferramentas tecnológicas sejam colocadas a serviço da exploração do trabalhador. O discurso repetido acerca da liberdade laboral, podendo trabalhar a hora que quiser, onde quiser e ganhando por produtividade, na prática mostra revezes gigantescos às garantias laborais tão defendidas há centenas de anos.

Acreditamos, sinceramente, que não existe fórmula mágica. A garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, só pode ser alcançada com normas, fiscalização e com aprofundamento e especificação de direitos.

E cada sociedade, com suas realidades, deve adaptar estas regras trabalhistas aos seus cenários atuais e, principalmente, ao seu desenvolvimento tecnológico atual, pois é fato que a diversidade tecnológica, e seus diferentes ritmos e intensidade de adoção, conduz a impactos diferentes por setor e até mesmo por empresas.

A garantia e prática dos direitos fundamentais dos trabalhadores ser repensada levando em

conta as novas realidades laborais que se apresentam em várias partes do Globo e tendo como norte a dignidade humana. Esta reflexão exige uma abordagem complexa e dinâmica que envolve as empresas, o poder público e a sociedade civil.

É necessário então, refletir sobre políticas públicas que garantam o trabalho decente e, por via de consequência, a dignidade humana. Temos um caminho longo pela frente, no entanto, entendemos que a discussão de novas regulamentações e novas formas de fiscalização das relações laborais permitirão que a humanidade entre neste mercado de trabalho em transformação e possa usufruir das oportunidades que ele oferece.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Decreto n. 99710 de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho escravo: caracterização jurídica dos modos típicos de execução. *In* FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; GALVÃO, Edna Maria (Org.). **Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea.** Rio de Janeiro: Mauad X, 2013.

CARON, T. Protección de los niños. *In* OIT. **Las normas internacionales del trabajo: un enfoque global.** Genebra: OIT, 2002.

CRIVELLI, Ericson. Direito Internacional do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTR, 2010.

HORII, Y; THOMAS, C. Igualdade de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. *In* OIT. **Las normas internacionales del trabajo: un enfoque global.** Genebra: OIT, 2002.

MAGANO. Octavio Bueno. **Organização sindical brasileira.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

MOREIRA, Vital. **Trabalho digno para todos: a cláusula laboral no comércio externo na União Europeia.** Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

NONATO, Messias Pereira. Liberdade sindical. *In* MAGANO, Octávio Bueno. (Org.). **Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano.** São Paulo: Saraiva, 1985.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 146 sobre idade mínima para admissão a emprego.** Aprovada em 27 de junho de 1973. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/all/ipecc/normas/rec146.php>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Aplicación de las normas internacionales del trabalho, 2015 (II). Genebra: OIT, 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição de la OIT.** Disponível em:<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:2709039639773200::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#A1>. Acesso em: 05 de agosto de 2015. inciso II da Declaração da Filadélfia.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 087 de 09 de julho de 1948. Sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical.** Disponível em:<<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 27 de janeiro 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 029 de 28 de junho de 1930. Sobre o trabalho forçado ou obrigatório.** Disponível em:< <http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 26.01.2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 098 de 01 de julho de 1949. Sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva.** Disponível em:<<http://www.oitbrasil.org.br/node/465>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 100 de 06 de junho de 1951. Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/445>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 105 de 25 de junho de 1957. Sobre o trabalho forçado.** Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/469>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 de 06 de junho de 1951. Discriminação em matéria de emprego e ocupação.** Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 138 de 23 de julho de 1973. Sobre a idade mínima para admissão.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/492>> Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 182 de 01 de junho de 1999. Sobre as piores formas do trabalho infantil.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/518>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento. Brasília: OIT, 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Memoria del Director General:** trabajo decente. Genebra: OIT, 1999. Disponível

em<<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#2>. Prioridades>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Não ao trabalho forçado**. Genebra: OIT, 2001. p.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O custo da coerção**. Genebra: OIT, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O que é o trabalho forçado?** Disponível em:<http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/faq/p1.php>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Programa Internacional para la erradicación del trabajo infantil (IPEC): que és y que hace?** Genebra: OIT, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 111 sobre discriminação em matéria de emprego e profissão**. Aprovada em 04 de junho de 1958. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/sobre-discrimina%C3%A7%C3%A3o-em-mat%C3%A9ria-de-emprego-e-profiss%C3%A3o>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 190 que trata sobre a proibição das piores formas do trabalho infantil e da ação imediata para sua eliminação**. Aprovada em 17 de junho de 1999. Disponível em:<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R190>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Resoluciones adoptadas por la conferencia internacional del trabajo en su 54. reunión. Genebra: OIT, 1970.

PRUNER, Dirajaia Esse. **A Utilização da Cláusula Social nos Acordos Internacionais Firmados pela Organização Mundial do Comércio**. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2016.

PRUNER, Dirajaia Esse. **Os novos rumos da organização sindical brasileira: uma análise a partir da emenda constitucional n. 29/2003**. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2004.

SANCHEZ, José Marcos, CALDERON, Eduardo Rodriguez. **Manual para la defensa de la libertad sindical**. Lima: OIT/Oficina Regional, 2001.

SWEPSTON, Lee. Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT. Genebra: OIT, 1998.

TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. Normativos internacionais e escravidão. In FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; GALVÃO, Edna Maria (Org.). **Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013.

URIARTE, Oscar Ermida. Liberdade sindical: Normas Internacionais, Regulação Estatal e Autonomia.
In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Org.) **Relações coletivas de trabalho**: estudos em homenagem ao
Ministro Arnaldo Sússekind. São Paulo: LTR, 1989.

JURISDIÇÃO E FUTURO: ENTRE O INEVITÁVEL E O ESSENCIAL¹

Gilson Jacobsen²

Muito boa tarde a todas e a todos!

Agradeço muitíssimo pelo convite e pela oportunidade de estar aqui, e de modo muito especial à Diretora Científica deste Evento, Professora Isabela Moreira Domingos (L.LM), e ao caríssimo Elvy, que fez os contatos comigo “desde la RED DE DERECHO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – REDALC y la UNIVERSIDAD DE ATACAMA (Chile), como coorganizadoras del II Congreso Mundial”.

É sempre um tanto temerário tentar falar sobre o futuro, porque se corre o risco de não acertar nenhum prognóstico, já que, como diz o velho ditado, *o futuro a Deus pertence*.

Mesmo assim, assumo esse risco consentido de especular um pouco acerca da temática ora proposta: JURISDIÇÃO E FUTURO: ENTRE O INEVITÁVEL E O ESSENCIAL.

Espero não cansá-los nesta minha ousadia, até porque falar de jurisdição é falar de um tema que está sempre cada vez mais próximo de cada um de nós; e falar do futuro é também falar daquelas gerações que ainda sequer nasceram, mas que já são protegidas do ponto de vista intergeracional³.

Já parece distante e superada a definição de jurisdição de Chiovenda, como a função voltada à atuação da vontade concreta da lei, com subordinação ou sujeição do juiz ao legislador⁴.

É que, com os horrores da Segunda Guerra Mundial, lembram Marinoni, Arenhart e Mitidiero, sentiu-se “a necessidade de subordinar a lei a princípios de justiça e a direitos

¹ Conferência proferida virtualmente pelo autor, em 23 de novembro de 2021, no II CONGRESO MUNDIAL - ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO E INTERDISCIPLINAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: “DERECHO DIGITAL, POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES” (Arequipa, Peru, 22-29nov2021), coorganizado pela Universidad de Atacama e pela REDALC – Red de Derecho de América Latina y el Caribe.

² Pós-doutor em Direito e Justiça Constitucional pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna – UNIBO (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil). Dottore di Ricerca in Diritto pubblico presso Università Degli Studi di Perugia – UNIPG (Itália), reconhecido pela UNIVALI. Professor na Graduação (*campus* Florianópolis) e nos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica (PPCJ) da UNIVALI. Juiz Federal em Florianópolis-SC. E-mail: giljacobsen@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8250-8902>.

³ JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje?. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 197-211, ago. 2019. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3353>. Acesso em: 21 novembro 2021. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3353>.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do Processo Civil**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 73.

fundamentais, que foram infiltrados nas Constituições, passando a gozar de plena eficácia normativa.”⁵.

E exatamente porque ruiu o princípio da supremacia da lei, que a jurisdição passou a ter outra preocupação, atrelada à função de editar a norma jurídica, sindicando se a lei está conforme a Constituição, já que hoje se tem como bem clara a dissociação entre texto legal e norma jurídica⁶.

De todo modo, segundo Greco⁷, o conceito de jurisdição ainda é um conceito em evolução, já que alguns sistemas jurídicos conseguem desconectá-lo do Estado, enquanto outros ainda o atrelam a uma função estatal.

O mais importante é que a jurisdição seja “exercida por órgãos independentes e imparciais, o que não significa, necessariamente, que ela deva ser exercida por juízes. A Convenção Americana de Direitos Humanos alude à jurisdição como uma função exercida por um ‘tribunal imparcial’ [...]”⁸.

O fato é que, daquela concepção ultrapassada de jurisdição, como atividade que promove a resolução de conflitos, passou-se a enxergar seu papel de garantista de direitos fundamentais e construtor de espaços contramajoritários para as minorias que nunca tiveram voz nem vez⁹.

E a tendência parece estar em um sistema de justiça plural, em uma *juridiversidade*, segundo Cadiet¹⁰; afinal, nem todos os litígios podem passar pelos mesmos aspectos procedimentais, o que é especialmente verdadeiro e relevante quando se compara a dimensão tradicionalmente individualista do processo com sua vocação atual para litígios coletivos e até mesmo transfronteiriços¹¹.

A diversidade e a flexibilidade parecem, então, boas respostas à complexidade da sociedade contemporânea. E quem examina os artigos 190 e 191 do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) logo percebe que ele transcende de uma concepção estática

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do Processo Civil**. p. 76.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do Processo Civil**. p. 76-78.

⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. vol. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 70.

⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. p. 70.

⁹ NUNES, Dierle. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Organizadores). **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 222.

¹⁰ CADIET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores); DOTTI, Rogéria (Organizadora). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 148.

¹¹ CADIET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. p. 148-149.

do processo e com uma divisão rígida entre juiz e partes, determinada pela lei, para outra muito mais cooperativa e dinâmica, que busca no contrato um instrumento de uma gestão flexível do procedimento¹².

Cadiet¹³ chama isso de *flexisseguridade processual*.

O próprio legislador vem se valendo, cada vez mais, de uma técnica de redação propositalmente *aberta*, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais¹⁴.

Além disso, como observa Garapon¹⁵, é cada vez mais difícil identificar o momento do julgamento. A Justiça acaba funcionando em tempo real e dando respostas a todas as solicitações.

Eis por que, hoje, a tarefa de cada juiz é mais complexa e difícil do que era a daquele tradicional juiz da modernidade que vivia a ilusão de poder atuar sob a lei, tão somente, já que os novos tempos o tornam também uma espécie de garante não só do ordenamento jurídico, mas do próprio desenvolvimento social¹⁶.

De fato, hoje as fontes do direito são fragmentadas e múltiplas, e dos magistrados já não se espera que apenas conheçam diversos sistemas jurídicos, mas também que sejam dotados de critérios para decidir como lidar, dentro de sua atividade diária, com diversos conjuntos de normas, não apenas jurídicas, mas também normas de gestão e normas sociais. Conhecimentos que vão além do direito e passam pela tecnologia de informática dos tribunais, p.ex.¹⁷.

A própria Inteligência Artificial – IA, como alertam Freitas e Freitas¹⁸, “é uma força transversal e expansiva, com grandes dilemas à espreita. Nenhuma província jurídica escapa de sua radiante influência”. Não apenas o sistema de resolução de conflitos como um todo sofrerá os influxos da lógica decisória das máquinas que aprendem, mas a própria mentalidade dos juristas será, de algum

¹² CADIET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. p. 150-151.

¹³ CADIET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. p. 153.

¹⁴ FEIJÓ, Maria Angélica. A visão de jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores); DOTTI, Rogéria (Organizadora). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 297.

¹⁵ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 263.

¹⁶ GROSSI, Paolo. **L'invenzione del diritto**. 1. ed. Bari-Roma: Laterza, 2017. p. 129.

¹⁷ PIANA, Daniela. **La giustizia e i suoi saperi**: professionalità al servizio del giusto processo. 1. ed. Roma: Luiss, 2017. p. 64 e 67.

¹⁸ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e inteligência artificial**: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 110.

modo, afetada pela IA¹⁹.

Então, aqui chego ao primeiro ponto: o inevitável.

Parece inevitável que o futuro da jurisdição passe, como já ocorreu com o processo eletrônico há mais de 15 anos no Brasil, pela ampliação da utilização dos meios tecnológicos, em especial pela utilização da IA com seus algoritmos. Sobretudo, agora, a partir da perspectiva dos computadores quânticos.

Importa, porém, que sempre se mantenha a IA, no âmbito do sistema jurídico e, mui especialmente, da jurisdição, “sob a inarredável supervisão humana.”²⁰.

Volto aos desafios impostos à jurisdição, de hoje e do futuro.

Uma conjunção de fatores, como observa Veríssimo²¹, vai alterando o papel assumido pelo Poder Judiciário em várias partes do mundo nas últimas décadas, com flagrante exportação de certas competências materiais do Parlamento e do Executivo para o Judiciário, que “passa a tomar decisões que, num esquema mais tradicional, pareceriam decisões próprias do Executivo e do Legislativo, como decisões de implementação de política pública e de distribuição de recursos escassos.”²².

São rotineiras e inúmeras as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo em relação às mais diversas políticas públicas, como lembram Bodnar e Cruz²³. Políticas estas que deveriam visar, por exemplo, à garantia da sustentabilidade, em prol das presentes e das futuras gerações. E esse estado de coisas “contribui decisivamente com as crises generalizadas pelas quais passam as sociedades humanas e exige essa intervenção alargada e eficiente por parte do Poder Judiciário.”²⁴.

E aqui chego ao segundo ponto: o essencial.

É essencial que a jurisdição tenha seus “olhos” e toda a sua premente atenção também voltados para aquilo que sempre esteve aqui, mas que agora parece irreversivelmente ameaçado: a Natureza.

¹⁹ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e inteligência artificial**: em defesa do humano. p. 110.

²⁰ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e inteligência artificial**: em defesa do humano. p.117.

²¹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: WANG, Daniel Wei Liang (Organizador). **Constituição e Política na Democracia**: aproximação entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 63

²² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. p. 63.

²³ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, Itajaí, vol. 21, n. 3, set-dez/2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700/5451>. Acesso em 13 maio 2021. p. 1349.

²⁴ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. p. 1349.

E não é por outra razão que os países mais sensíveis e avançados do ponto de vista de uma consciência ecológica – e que não são necessariamente os mais ricos –, comecem a prever, de alguns anos para cá, em suas Constituições ou pela atividade criativa de seus Tribunais, os direitos da Natureza em si mesma considerada. Refiro-me, p.ex., às Constituições do Equador e da Bolívia, mas também à decisão da Justiça da Colômbia em relação à Amazônia colombiana²⁵, dentre outros países.

A comunidade jurídica começa a ouvir falar – ainda com algum espanto – em rios, florestas, animais como sujeitos de direito e, portanto, com legitimidade processual, o que abala, é verdade, nossos tradicionais e arraigados conceitos de direito civil e de direito processual civil. Como se a pureza do Direito – criação e abstração humana muito recente se comparadas ao tempo da Natureza – devesse estar acima da qualidade da água de um rio ou da integridade de uma floresta.

Então, e já me encaminho para o final, o futuro da jurisdição há ter essa dupla faceta, algo como o antigo deus *Janus*, da mitologia romana (a divindade bifronte que mantém uma de suas faces sempre voltada para o porvir, e a outra, para o que já se passou); a jurisdição deve ter essa dupla capacidade: de estar aberta e atenta às novas tecnologias, com os sabores e eventuais dissabores da Inteligência Artificial, de um lado, por que isso é inevitável; mas, de outro lado, a jurisdição não pode perder o foco naquilo que é essencial ou fundamental, a Natureza.

Natureza que nos acolhe e sustenta há milênios.

E tudo isso não porque sejamos o centro de todas as coisas e interesses – pois já entendemos que o paradigma antropocêntrico não nos favorece –, mas porque temos um compromisso intergeracional – ético e jurídico – com todas aquelas gerações que ainda virão depois de nós, e que também merecem conhecer e ter a transcendental oportunidade de viver em harmonia com a Natureza.

Muito obrigado pela atenção.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, Itajaí, vol. 21, n. 3, set-dez/2016.

²⁵ MELO, João Ozorio de. Crianças e adolescentes processam governos por mudanças do clima. Revista **Consultor Jurídico**, 25 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/criancas-adolescentes-processam-governos-mudanca-clima>. Acesso em: 21 novembro 2021.

Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700/5451>. Acesso em 13 maio 2021.

CADIET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores); DOTTI, Rogéria (Organizadora). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FEIJÓ, Maria Angélica. A visão de jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores); DOTTI, Rogéria (Organizadora). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e inteligência artificial: em defesa do humano**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. vol. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 70.

GROSSI, Paolo. **L'invenzione del diritto**. 1. ed. Bari-Roma: Laterza, 2017.

JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje?. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 197-211, ago. 2019. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3353>. Acesso em: 21 novembro 2021. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3353>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do Processo Civil**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MELO, João Ozorio de. Crianças e adolescentes processam governos por mudanças do clima. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/criancas-adolescentes-processam-governos-mudanca-clima>. Acesso em: 21 novembro 2021.

NUNES, Dierle. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Organizadores). **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

PIANA, Daniela. **La giustizia e i suoi saperi: professionalità al servizio del giusto processo**. 1. ed. Roma: Luiss, 2017.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: WANG, Daniel Wei Liang (Organizador). **Constituição e Política na Democracia**: aproximação entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

A (I)LIMITADA RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: OUTRO DESAFIO DA TURBOGLOBALIZAÇÃO PARA A JURISDIÇÃO CRIMINAL

Gilson Jacobsen¹
Pablo Milanese²

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), que entrou em vigor na data de 23 de janeiro de 2020, foi inserido no Código de Processo Penal brasileiro o artigo 28-A, o qual introduziu no ordenamento jurídico nacional o *acordo de não persecução penal*.

Como é comum ocorrer com a emergência de novos institutos jurídicos, surgem questões de ordem teórica e prática que demandam especial atenção e, portanto, maior debate. Dentre as questões, destacam-se: a natureza jurídica do instituto do acordo de não persecução penal; a natureza da norma que o regulamentou; seus efeitos e, quando da sua entrada em vigor, se há possibilidade de ser aplicado a todos os fatos anteriores à sua vigência.

O presente estudo pretende apresentar uma contribuição em relação à existência ou não de limite temporal para a retroatividade do acordo de não persecução penal, uma vez que, segundo a previsão legal, deve ser proposto (pelo titular da ação penal), aceito (pelo investigado, acompanhado de defensor) e homologado (pelo Juiz competente) antes do oferecimento da denúncia.

O método utilizado na fase de investigação e na elaboração deste relatório foi o indutivo; e a técnica de investigação foi a da revisão bibliográfica, com pesquisa em livros, revistas científicas e precedentes jurisprudenciais atinentes às temáticas abordadas.

¹ Pós-doutor em Direito e Justiça Constitucional pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna – UNIBO (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil). Dottore di Ricerca in Diritto pubblico presso Università Degli Studi di Perugia – UNIPG (Itália), reconhecido pela UNIVALI. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica (PPCJ) da UNIVALI. Juiz Federal em Florianópolis-SC. E-mail: giljacobsen@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8250-8902>.

² Doutor em ciências jurídicas (criminalidade e direito) pela Universidad de Granada (Espanha) – reconhecido pela UNIVALI. Realizando Pós-Doutorado em Direito com Especialização em Ciência Jurídica na UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR - UEPG, professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE, professor de cursos de pós-graduação, Advogado. E-mail: milaneseadv@hotmail.com.

1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

O acordo de não persecução penal, que logo ganhou a sigla ANPP, reflete a tendência internacional de os Estados inserirem mecanismos negociais que incentivam os investigados/acusados a colaborarem com a persecução penal, em troca de benefícios.

No Brasil, desde o surgimento da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que introduziu em nosso ordenamento os institutos da *transação penal* e da *suspensão condicional do processo*, verifica-se uma expansão dos espaços de consenso no processo penal. Referida lei importou em expressiva transformação do panorama *penal e processual penal até então* vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual *penal*³. Neste mesmo sentido, já surgira, aliás, a colaboração premiada prevista em diversos diplomas normativos dos anos noventa, como a Lei 8.072/1990 (crimes hediondos), melhor desenvolvida pela Lei 12.850/2013 (organização criminosa).

Esse modelo de Justiça criminal negocial tem gerado mudanças na interpretação de alguns postulados, tais como o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, a presunção da inocência, o direito ao silêncio, os quais, até recentemente, eram considerados intocáveis no Direito penal e processual penal brasileiro. E, a que tudo indica, esse modelo negocial veio para ficar⁴.

Isso porque, o sistema de justiça não consegue suportar o volume de processos criminais, o que conduz a Administração da Justiça a utilizar os modelos de acordos como forma de redução e desobstrução desse sistema⁵. Conforme lição de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, face à esperada diminuição de carga de trabalho, bem como à redução de custos de produção, a “barganha” conta com ampla adesão dos agentes públicos⁶.

Nesse contexto, surge o acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, que se configura como mais um instrumento de ampliação do espaço negocial, pela via de acordo

³ Assim, INQ 1055 QO, RELATOR: CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17412 EMENT VOL-01829-01 PP-00028.

⁴ BARRA, Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo. “Barganha à brasileira: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia”, **Boletim IBCCRIM**, ano 27, nº 323, outubro de 2019, p. 11.

⁵ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna e DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Defensor público de garantias e consenso no processo penal, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 184, outubro de 2021.

⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**, 4 ed., rev., atual. e ampl., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 516.

entre o Ministério Público e o investigado, assistido por defensor, o que requer uma postura diferenciada por parte dos participantes, os quais precisam bem analisar o que se pode oferecer e o que pode ser pago⁷.

Trata-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial que, necessariamente, deve ser homologado em juízo. Referido acordo é celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, o qual, caso cumpra integralmente a avença, terá declarada extinta sua punibilidade⁸.

Para a realização do ANPP, a legislação exige a presença de diversos requisitos. Somente será possível a realização do acordo para infrações penais cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos. Não abrange os delitos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, nem os crimes de violência doméstica. Não serve quando é caso de arquivamento da investigação, tampouco quando for cabível transação penal.

Além disso, o investigado deve confessar, “formal e circunstancialmente” (sic) [circunstanciadamente é o advérbio que nos pareceria mais apropriado], a prática da infração penal, não ser reincidente, nem possuir antecedentes que denotem conduta criminosa habitual. Por fim, o investigado não pode ter sido beneficiado, nos últimos 5 (cinco) anos, com “acordo de não persecução penal”, transação penal ou sursis processual.

1.1. Natureza jurídica do instituto

Preenchidos os requisitos legais acima mencionados, cumpre definir se há obrigatoriedade de formulação de proposta por parte do Ministério Público. É dizer, uma vez presentes todos os requisitos: a proposta de acordo é um poder (discricionário) do Ministério Público ou um direito do investigado?

Há na doutrina⁹ o entendimento de que o ANPP não se trata de direito subjetivo do investigado, vez que lhe seria retirada sua característica mais essencial, o consenso. Além disso, não seria possível que o Magistrado, em caso de negativa da proposta do Ministério Público, determinasse sua realização de ofício, pois a ação penal pública é privativa do órgão Ministerial.

Em sentido contrário, ressalta JOSÉ JAIRO GOMES¹⁰ que “(...) sob o prisma do investigado/réu

⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 219-220.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, 5 ed., rev. e atual. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 244.

⁹ Nesse sentido, LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, p. 246.

¹⁰ GOMES, José Jairo. “**Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso**”. Disponível em genjuridico.com.br.

tem-se verdadeiro direito subjetivo, pois o Estado (que age pelo Ministério Público) não pode se negar a oferecer a proposta quando os requisitos legais se apresentarem”.

Na mesma linha de raciocínio, AURY LOPES JUNIOR¹¹ ensina “que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado (...)”.

O Supremo Tribunal Federal, em relação à transação penal e à suspensão condicional do processo, embora tenha fixado o entendimento de que não caracterizam direito subjetivo do imputado, limitou a atuação do acusador, que deve, necessariamente, propor ou aceitar o acordo se presentes todos os requisitos legais.

Assim, é forçoso concluir que o STF trata a questão como discricionariedade ou oportunidade regrada, vez que a vontade do Ministério Público está vinculada aos critérios legais, sendo que a recusa deve ser motivada e controlável internamente pelo Procurador-Geral¹².

Outro não pode ser o entendimento em relação à natureza do ANPP, pois, além de ser instituto com grande semelhança à transação penal e à suspensão condicional do processo (principalmente com o primeiro), o § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal prevê que, “no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Desse modo, presentes todos os requisitos previstos em lei, o acordo de não persecução penal deve ser proposto pelo Ministério Público, vez que a vontade do acusador não pode ser totalmente discricionária, sem vinculação, e sofre controle de órgão superior, nos termos do §14 do art. 28-A do CPP.

1.2. Natureza da norma

Ainda que de maneira breve, pois não há divergência em relação à questão, é importante tratar da natureza do acordo de não persecução penal, vez que de fundamental importância para o desenvolvimento do tema proposto.

Acesso em 06 de julho de 2020.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p. 221.

¹² Nos termos da Súmula 696 do STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

O ANPP é um instituto de direito processual penal, vez que consagrado como negócio jurídico processual, que acarreta alterações procedimentais e renúncias a direitos processuais, como à defesa e à prova. No entanto, tem impacto direto no poder punitivo estatal¹³.

Desse modo, o acordo de não persecução penal se encontra regulado em diploma processual, mas também, trata de direito material. O maior exemplo talvez seja o §º13 do artigo em comento, que assinala: “Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”.

Como se sabe, a extinção da punibilidade é matéria penal prevista no artigo 107 do Código Penal. Sendo assim, o acordo de não persecução penal adquiriu natureza mista/híbrida de norma processual e de norma material, caracterizando-se como norma processual de conteúdo material.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade é fruto da reação contra o absolutismo, porque se constitui em uma fórmula para limitar a ação do Estado¹⁴, ou seja, só será delito a conduta expressamente prevista como tal pelo legislador, manifestada por enunciados de fácil compreensão, com a finalidade de resguardar a segurança jurídica que, ao lado da liberdade, era o valor aspirado pela sociedade da época.

Desta forma, a maneira encontrada para assegurar estes valores foi reunir o máximo de situações possíveis e abarcá-las por leis; então, em resposta à ideia da lei como expressão da vontade geral, e como forma de criar este âmbito de segurança e liberdade, nasceu a ideia de codificação. Esta forma de elaboração de leis consistia em “um sistema de corpos normativos sistemáticos, que ordenariam em uma ordem lógica perfeita os grandes setores da vida social, enquadrado esta em um marco definitivo, certo e seguro e tendencialmente estável”¹⁵. Uma vez estabelecidas as situações legalmente puníveis, o Estado não poderia intervir penalmente além do que permite a lei.

A importância do Princípio da Legalidade para o Direito Penal é significativa. Para WINFRIED HASSEMER, “nele se expressa a autoconsciência da burguesia que surge na ilustração frente ao

¹³ Nesse sentido, MENDES, Gilmar. Voto proferido no plenário virtual do STF – 17/09/2021- HC 185.913/DF.

¹⁴ Neste sentido, HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**, Barcelona: Bosch, 194, tradução ao espanhol de Muñoz Conde, Francisco e ARROYO ZAPATERO, Luis, p. 311.

¹⁵ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**, Madrid: Ed. Civitas, 1999, p. 32.

poder estatal, aparecendo à sua luz a lei penal não só como Magna Charta Libertatum do delinqüente, mas sim primeiramente como Magna Charta Libertatum do cidadão”¹⁶.

Na obra de CESARE BECCARIA, tal princípio é enunciado da seguinte forma:

[...] somente as leis podem decretar as penas sobre os delitos; e esta autoridade não pode residir mais que no legislador, que representa a toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode justamente infligir penas contra outro membro da mesma sociedade¹⁷.

Hoje em dia o Princípio da Legalidade ainda assume um papel relevante perante o Estado Constitucional de Direito. No entanto, em razão das mudanças ocorridas na sociedade e na própria estrutura do Estado, não é raro encontrar na doutrina apontamentos de uma atual crise do Direito. Dentre os muitos autores que a suscitam, é LUIGI FERRAJOLI quem a descreve melhor.

LUIGI FERRAJOLI faz uma releitura inovando a própria estrutura da legalidade e refere-se a ela como a conquista mais importante do Direito contemporâneo. É a “regulação jurídica do direito positivo mesmo, não só enquanto as formas de produção, mas também pelo que se refere aos conteúdos produzidos”¹⁸. Há, pois, uma verdadeira mudança na legalidade formal no Estado Constitucional de Direito, agora condicionada por vínculos jurídicos não só formais, mas também substanciais.

Este é o chamado “sistema garantista” proposto por LUIGI FERRAJOLI,

[...] graças a ele, o direito contemporâneo não programa somente suas formas de produção através de normas de procedimento sobre a formação das leis e demais disposições. Programa ademais seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e aos valores inscritos em suas constituições, mediante técnicas de garantia cuja elaboração é tarefa e responsabilidade da cultura jurídica¹⁹.

No entanto, para que seja possível a efetividade do sistema garantista proposto, há que se considerar que devem ocorrer mudanças em quatro planos do modelo positivista básico²⁰: no da teoria do direito, por meio de uma revisão da teoria da validez, com a dissociação entre validez e vigência; no plano da teoria política, com o reconhecimento de uma democracia substancial; no plano da teoria da interpretação e aplicação da lei, através de uma redefinição da função do juiz, revisando as formas e condições de sua submissão à lei; e, finalmente, no plano da metateoria do

¹⁶ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**, p. 311.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**, Madrid: Aguilar, 1976, introducción y traducción al castellano de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, p. 74.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**, Madrid: Editorial Trotta, 1999, traducción al castellano por ANDRÉS IBÁÑEZ P. y GREPPI A., p.19.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**, p. 20

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**, p. 20

direito, atribuindo à ciência jurídica uma função crítica e projetiva em relação com seu objeto, e não somente descritiva como propõe o modelo positivista clássico.

Deste modo, o Princípio da Legalidade deve apresentar quatro consequências ou repercussões moldadas em forma de proibições, que são: a proibição de analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); a proibição do Direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); a proibição de retroatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); e a proibição de leis penais indeterminadas ou imprecisas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)²¹.

Daí pode-se afirmar que o princípio da legalidade exerce uma dupla função: uma política, ao expressar o predomínio do Poder Legislativo frente a outros Poderes do Estado e que a transforma em garantia de segurança jurídica para o cidadão; e outra técnica, ao exigir do legislador a utilização de cláusulas seguras e taxativas na formulação dos tipos penais.²²

O princípio está consagrado na Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, XXXIX e XL, assim dispendo: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Estabelecidas, assim, limitações ao poder punitivo do Estado.

Tais limitações são também garantias para os cidadãos, merecendo destaque, nos lindes deste trabalho, a proibição de retroatividade da lei penal.

2.1. Retroatividade da Lei Penal mais benigna

A lei possui a pretensão de regular a conduta humana conforme as variações vigentes em cada época, para satisfazer as necessidades surgidas em cada sociedade. Há um processo de interação recíproca, vez que a realidade de cada época configura o conteúdo da norma e esta constitui uma aspiração do passado para regular a realidade futura²³.

A retroatividade da lei penal mais favorável tem como fundamentos razões político-criminais que reconduzem às exigências do princípio da proibição de excesso, já que a pena resulta excessiva

²¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**, 2 ed., Madrid: Civitas, 1.999, traducción al castellano por LUZON PEÑA, Diego-Manuel y otros, pp. 140-141.

²² CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal – concepto y principios constitucionales**, 3 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 110-111.

²³ Neste sentido, FIERRO, Guillermo J. **Legalidad y retroactividad de las normas penales**, 1 ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 247.

quando aparecem normas posteriores no tempo que restringem o âmbito do punível de delitos já existentes; portanto, fazem desaparecer a necessidade de prevenção geral e prevenção especial em relação a esses delitos cometidos com anterioridade à entrada em vigor da lei mais favorável. A manutenção de uma pena que o ordenamento jurídico considera desnecessária ou excessiva só se justificaria na mera retribuição²⁴.

Conforme leciona FRANCISCO MUÑOZ CONDE, não tem sentido que os cidadãos sigam padecendo as consequências de leis que deixaram de ser consideradas adequadas, porque os fatos deixaram de ser desvalorados pelo legislador ou passaram a sê-lo em menor medida, pois, sem dúvida, afetaria a exigência de coerência na aplicação do ordenamento jurídico²⁵.

Além disso, conforme esclarecimento do Ministro LUIZ FUX:

O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garante das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada quando se trata de favorecer os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in mellius*.²⁶

O artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar réu”. Assim, na legislação brasileira, o princípio da irretroatividade vige somente em relação à lei mais severa, ou seja, sempre que a lei for mais benéfica ao réu retroagirá. O mesmo entendimento se extrai da leitura do artigo 2º, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, que regula a aplicação da lei penal no tempo.

Conforme anteriormente destacado, o acordo de não persecução penal encontra-se regulado em diploma processual, porém, trata também de direito material.

As normas de natureza mista ou híbrida, leis penais que disciplinam matéria tanto de natureza penal quanto de natureza processual penal, são alcançadas pela retroatividade²⁷. Desse modo, lei nova que dá tratamento mais favorável ao sujeito (*novatio legis in mellius*), mesmo que a sentença condenatória se encontre em fase de execução, em tese, deve prevalecer.

Ainda, por tratar-se de instituto desencarcerador, o ANPP regula o direito à liberdade, sendo este um dos pilares essenciais do Estado Democrático de Direito, encontrando alicerce privilegiado

24 Nesse sentido, VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **El principio de legalidad penal**, Valencia: Tirant lo blanch, 2004, pp. 65-66.

25 MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal** – parte general, 7 ed., rev. y puesta al día, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 139.

26 Voto vista proferido no RE 596.152, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Relator p/ Acórdão: AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012.

27 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1, 22 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: saraiva, 2016, p. 219.

no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. E, tratando de liberdade, bem jurídico de direito material, afeto aos direitos da personalidade humana, não há dúvida que o acordo em questão deve retroagir para beneficiar os cidadãos jurisdicionados.

3. ALCANCE DA RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

É certo que a norma que introduziu o ANPP à legislação nacional, embora de natureza híbrida ou mista, por ser mais benéfica ao investigado, deve retroagir.

Paira, porém, discussão sobre o alcance ou o limite da retroatividade do acordo de não persecução penal, tendo a questão chegado ao Supremo Tribunal Federal, que, até o momento, apresentou soluções diversas, as quais passam a ser examinadas, ainda que brevemente.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, ao acompanhar o voto do Relator, Ministro ROBERTO BARROSO, em Sessão Virtual de 30/10/2020 a 10/11/2020, negou provimento a Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 191.464-Santa Catarina, fixando a tese de que “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”²⁸.

Em seu voto, o Ministro ROBERTO BARROSO, partindo da natureza híbrida da lei penal que institui o acordo de não persecução penal, entende possível uma conformação entre os postulados (retroatividade das leis penais materiais mais benéficas e aplicação imediata das leis processuais penais), defendendo que a aplicação da lei não retroagirá em seu grau máximo (após o trânsito em julgado), mas, ao mesmo tempo, não serão considerados válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior.

Ademais, para o Ministro ROBERTO BARROSO, o procedimento em torno do acordo de não persecução penal o situa em uma fase específica da persecução penal, etapa pré-processual, entre a investigação e o recebimento da denúncia, com a finalidade de evitar que o processo tenha início, razão pela qual não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia.

Além disso, ressalta referido Ministro, que, permitir a oferta do acordo de não persecução penal inclusive para sentenças transitadas em julgado, ensejaria um colapso no sistema criminal, pois, faria com que praticamente todos os processos (em curso, julgados, em fase recursal, em

²⁸ HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020.

cumprimento de pena) fossem encaminhados ao titular da ação penal para avaliar a situação do réu/condenado. Esse contexto seria contrário à “máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes”.

No entanto, mais recentemente, o Ministro GILMAR MENDES, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o HC 185.913-Distrito Federal, proferiu voto no sentido de que o “limite temporal para obstar o oferecimento do ANPP em processos em curso quando da vigência da Lei 13.964/2019 seria somente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”²⁹.

E, ainda, propôs a seguinte tese:

É cabível acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP.

Para o Ministro GILMAR MENDES, o acordo de não persecução penal se caracteriza como norma processual de conteúdo material. Logo, aplica-se a regra intertemporal de direito penal material, mesmo para os processos já em curso. Até porque, o ANPP é medida despenalizadora mais benéfica ao investigado ou acusado³⁰.

Após defender a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal aos processos em curso, o Ministro GILMAR MENDES passa a argumentar sobre o limite temporal da retroatividade.

Inicialmente, destaca que não há óbice à retroatividade da norma de conteúdo material mais benéfica ao acusado até depois do trânsito em julgado, sendo que, na necessidade de interrogatório para possível confissão, nada obsta seja determinada a realização de diligência, podendo, inclusive, ser cumprida por magistrado de primeiro grau através de carta de ordem.

Entende, ainda, em uma análise terminológica, que o instituto é denominado “acordo de não persecução penal” e não “acordo de não oferecimento da denúncia”, o que permite concluir que a finalidade do instituto é facilitar todo o *iter* da persecução penal, a qual não se exaure com o início do processo, envolvendo toda a atuação estatal até o trânsito em julgado.

²⁹ No mesmo sentido, QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**, em <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>, consultado em 05 de junho de 2020, às 16:07 hs, defende que “ A lei prevê o acordo de não persecução penal (ANPP). (...) Como é mais favorável ao investigado, o novo instituto: a) incidirá sobre inquéritos e processos criminais já instaurados, devendo o juiz ouvir o MP sobre o tema; b) incidirá sobre processo com sentença condenatória recorrível. Nesse caso, o juiz ou tribunal ouvirá o MP. Se proposto e celebrado o acordo, o processo ficará suspenso enquanto aguarda a sua execução. Se cumprido o acordo, o processo é extinto. Se não, o processo retomará seu curso.

³⁰ MENDES, Gilmar. Voto proferido no plenário virtual do STF – 17/09/2021- HC 185.913/DF.

Conforme o Ministro GILMAR MENDES, o reconhecimento do conteúdo material da norma sobre o acordo de não persecução penal afasta a aplicação do artigo 2º do CPP, que admite a ideia de ato jurídico perfeito, não havendo como conciliá-lo com a regra de retroatividade do art. 2º do CPP. Até porque, no caso de normas híbridas ou mistas, segundo jurisprudência consolidada do próprio STF, deve-se aplicar a regra da retroatividade prevista no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal brasileiro³¹.

Argumenta, ainda, que o acordo de não persecução penal pode ser aplicado após a condenação, vez que seu objetivo não é, nem pode ser, a confissão do imputado, pois se trata de instrumento de consenso, que visa à conformidade da defesa para se submeter imediatamente às sanções acordadas.

Ademais, o Ministro GILMAR MENDES destaca que é possível o oferecimento da proposta, porque em caso de desclassificação ou procedência parcial do processo, é admitida a transação penal ou a suspensão condicional do processo³².

Entende, por fim, que após o trânsito em julgado, inicia-se a execução da pena e, portanto, encerra-se a persecução penal, perdendo sentido o acordo de não persecução penal.

Frente à divergência de entendimentos sobre o limite ou alcance do acordo de não persecução penal, nos Tribunais brasileiros e no próprio Supremo Tribunal Federal, o Ministro GILMAR MENDES defendeu a manifestação do Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, para garantia da segurança jurídica e da previsibilidade das situações processuais³³.

Realmente, com as rápidas mudanças tecnológicas e econômicas, próprias da chamada “turboglobalização” (termo empregado para fazer referência a uma globalização acelerada), conforme leciona GONÇAL MAYOS SOLSONA, “o judiciário se converte na primeira e na última resposta aos conflitos dos cidadãos comuns”³⁴, razão pela qual deve garantir respostas seguras e previsíveis.

Em relação ao alcance ou limite da retroatividade do acordo de não persecução penal, parece certo que, em razão da natureza de sua norma - híbrida ou mista -, deve ser observado o

³¹ MENDES, Gilmar. Voto proferido no plenário virtual do STF – 17/09/2021- HC 185.913/DF.

³² MENDES, Gilmar. Voto proferido no plenário virtual do STF – 17/09/2021- HC 185.913/DF.

³³ MENDES, Gilmar. Voto proferido no plenário virtual do STF – 17/09/2021- HC 185.913/DF.

³⁴ MAYOS SOLSONA, Gonçal. “**Macrofilosofia e a turboglobalização**”, disponível em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2281, consultado em 28 de março de 2022.

disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e o artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, não se podendo falar, com todo respeito à posição do Ministro ROBERTO BARROSO, em conformação entre postulados (art. 2º, parágrafo único, CP e art. 2º do CPP).

A citada norma constitucional não faz menção ao alcance ou limite temporal para a retroatividade da lei mais benéfica ao réu. No entanto, o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal dispõe que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Dessa forma, a lei nova que, mesmo sem descriminalizar, dê tratamento mais favorável ao sujeito (*lex mitior*), ainda que a sentença condenatória esteja em fase de execução, prevalecerá³⁵.

Conforme já destacado, o ANPP é instituto desencarcerador, que regula o direito à liberdade, um dos pilares essenciais do Estado Democrático de Direito, encontrando alicerce no caput do art. 5º da Constituição Federal. Já a liberdade, bem jurídico de direito material, está afeta aos direitos da personalidade humana. Por isso, e com o respeito que também merecem os argumentos do Ministro GILMAR MENDES, não nos parece haver óbice à sua aplicação nem mesmo na fase da execução da pena.

Nesse mesmo sentido lecionam JOÃO PAULO MARTINELLI e LEONARDO SCHMITT DE BEM, ao analisarem as supostas barreiras existentes para aplicação do acordo de não persecução penal:

Bem vistas as coisas, cada qual cria uma barreira insuperável não prevista pelo constituinte no inciso XL do art. 5º (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) e tampouco pelo legislador infraconstitucional, afinal, nem mesmo o trânsito em julgado da sentença condenatória impede a aplicação retroativa de lei posterior favorável (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).³⁶

JOÃO PAULO MARTINELLI e LEONARDO SCHMITT DE BEM ainda ressaltam que o argumento de que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória compromete a finalidade do acordo de não persecução penal, de afastar a imposição da pena, não pode representar impedimento à retroatividade, vez que essa restrição não consta na legislação³⁷.

Assim, é absolutamente compatível a aplicação do acordo de não persecução penal, mesmo para processos com trânsito em julgado ou em fase de execução da pena, diante da possibilidade

³⁵ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1, p. 210.

³⁶ MARTINELLI, João Paulo e BEM, Leonardo Schmitt de. “**O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**”, disponível em <https://www.prerro.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal>, acessado em 30 de março de 2022.

³⁷ MARTINELLI, João Paulo e BEM, Leonardo Schmitt de. “**O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**”, disponível em <https://www.prerro.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal>, acessado em 30 de março de 2022.

de aplicação da regra contida no art. 2º, *caput* e parágrafo único, do Código Penal.

Neste caso, é possível substituir o cumprimento da pena pelo cumprimento das condições do acordo de não persecução penal, desde que presentes os requisitos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, gerando a extinção da punibilidade do agente, e deixando de acarretar reincidência e os demais efeitos secundários da condenação, caso cumpra integralmente o acordo. Eventual descumprimento do acordo de não persecução penal pelo beneficiado geraria o ônus de retomar o cumprimento da pena na sua integralidade.³⁸

Ademais, no que tange à competência para a aplicação do acordo de não persecução penal na fase de execução da pena, cabe invocar as regras contidas no art. 66, I, da Lei 7.210/84 e na Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal.

O art. 66, I, da Lei 7.210/84 preconiza que compete ao juiz da execução: “aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”. No mesmo sentido é o teor da Súmula 611 do STF: “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

Reforçando o conteúdo da lei e da súmula, a doutrina também se manifesta neste sentido. Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, esta competência resta bastante clara, inclusive por observância ao disposto no art. 5º, XL, da CF e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. Assim, preconiza que “tem o juiz da execução penal, portanto, competência para modificar qualquer decisão condenatória definitiva, adaptando-a à nova lei penal benigna.”³⁹

Admitir a aplicação do acordo de não persecução penal até mesmo nos processos com trânsito em julgado e em fase de execução penal é a solução mais consentânea com o Estado Constitucional de Direito e os próprios fundamentos da retroatividade da lei penal. Também porque, afinal, restam observadas a proibição de excessos e a garantia da isonomia, evitando-se punições distintas em razão, apenas, do tempo em que o fato foi praticado.

³⁸ Neste sentido, MARTINELLI, João Paulo e BEM, Leonardo Schmitt de. “**O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**”, disponível em <https://www.prerro.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal>, acessado em 30 de março de 2022.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, vol. 2, 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 241.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo analisar, de forma breve e objetiva, a possibilidade de retroatividade do acordo de não persecução penal, bem como o alcance ou o limite de sua aplicação.

Com este intuito, em um primeiro momento abordaram-se o conceito, os requisitos legais para sua aplicação, a natureza jurídica do instituto e a natureza da norma que instituiu o acordo de não persecução penal.

Após a análise das questões atinentes ao referido instituto, foi realizada uma breve apresentação em relação ao princípio da legalidade, destacando sua importância para o direito penal, com base na releitura proposta por LUIGI FERRAJOLI.

Questão fundamental para o desenvolvimento e conclusões do presente trabalho, a retroatividade da lei penal mais benigna foi abordada, considerando seu fundamento e sua finalidade.

Adentrando especificamente no tema proposto, foram apresentados e analisados os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ROBERTO BARROSO e GILMAR MENDES, considerando seus fundamentos e as teses por eles propostas.

Ao final, interpretando o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e o artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, concluímos que a solução mais acorde com o Estado Constitucional de Direito e com os próprios fundamentos da retroatividade da lei penal é admitir a aplicação do acordo de não persecução penal até mesmo nos processos transitados em julgados e em fase de execução penal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARRA, Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo. “Barganha à brasileira: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia”, **Boletim IBCCRIM**, ano 27, nº 323, outubro de 2019, pp. 11-14.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**, Madrid: Aguilar, 1976, introducción y traducción al castellano de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, 215p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 22 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2016, 964p.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal** – concepto y principios constitucionales, 3 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 253p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**, Madrid, Editorial Trotta, 1999, traducción al castellano por ANDRÉS IBÁÑEZ P. y GREPPI A., 180p.

FIERRO, Guillermo J. **Legalidad y retroactividad de las normas penales**, 1 ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2003, 381p.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**, Madrid: Civitas, 1999, 110p.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**, Barcelona: Bosch, 194, tradução ao espanhol de Muñoz Conde, Francisco e ARROYO ZAPATERO, Luis, 428p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, 5 ed., rev. e atual. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2020, 2016 p.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 2021, 1247 p.

MARTINELLI, João Paulo e BEM, Leonardo Schmitt de. **“O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**, disponível em <https://www.prerro.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal>, acessado em 30 de março de 2022.

MAYOS SOLSONA, Gonçal. **“Macrofilosofia e a turboglobalização”**, disponível em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2281, consultado em 28 de março de 2022.

MENDES, Gilmar. Voto proferido no plenário virtual do STF – 17/09/2021- HC 185.913/DF.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal** – parte general, 7 ed., rev. y puesta al día, Vlencia: Tirant lo Blanch, 2007, 622p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, vol. 2, 9 ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, 942p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**, 4 ed., rev., atual. e ampl., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, 974p.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**, 2 ed., Madrid: Ed. Civitas, 1.999, traducción al castellano por LUZON PEÑA, Diego-Manuel y otros, 1071p.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna e DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Defensor público de garantias e consenso no processo penal, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 184, outubro de 2021.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **El principio de legalidad penal**, Valencia: Tirant lo blanch, 2004, 211p.

Decisões citadas:

HC 75785 ANO-1998 UF-MG TURMA-01 Min. MOREIRA ALVES N.PÁG-005 DJ 07-08-1998.

HC 55.064/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2006, DJ 29/05/2006.

HC 37.544/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 05/11/2007.

HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020

INQ 1055 QO, RELATOR: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17412 EMENT VOL-01829-01 PP-00028

RE 596.152, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012.

MECANISMOS DE REGULAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO EM TEMPOS DE PATENTES DE MICROORGANISMOS TRANSGÊNICOS E CULTIVARES: DESAFIOS TRANSNACIONAIS PARA A PRODUÇÃO DO DIREITO¹

Márcio Ricardo Staffen²

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente a alvorada de novas demandas morais justificadas, o surgimento de novos eixos de poder, o aparecimento de cenários isentos de controle fazem com que “novos direitos” sejam necessários para limitação de posições ameaçadoras. Em linhas gerais, a legitimidade de institutos jurídicos provêm particularmente no ímpeto pelo controle do poder, seja qual for sua face de manifestação.

Não por acaso, tal desafio se apresenta na atualidade no que tange, dentre outros, a premência de regulação de bens jurídicos de vital significância, neste caso, o direito à alimentação, direito à alimentação adequada, sobretudo. Entretanto, o objeto de provocação não se restringe apenas aos desafios milenares de acesso aos alimentos, mas de estabelecer um sistema de controle eficaz sobre o movimento de especulação sobre os alimentos e concessão de patentes no sentido de proteção de inventos de patrimônio essencial dos indivíduos.

Na cepa, a tensão não opera apenas sobre a superfície individual-empresarial. Esta tensão expõe um panorama de regulação de bens jurídicos individuais, de um lado, o direito de subsistência, doutro, a proteção de inventos e da engenhosidade humana, ambos reconhecidos em níveis locais, nacionais e internacionais.

Todavia, há um problema maior que abrange justamente o vácuo de regulação desta tensão em um espaço geopolítico e econômico não tutelado: o espaço global, transnacional. Neste, além do vácuo normativo, há noutro lado, a equivalência de agentes novos no glossário político

¹ Texto produzido a partir do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (IMED/CNPq).

² Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – UNIVALI. Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Email: marcio.staffen@gmail.br

internacional e nacional, a saber: além dos Estados, das Organizações Internacionais e dos indivíduos, projetam-se também as empresas, as organizações não-governamentais, as agências e demais corporações. Ao tempo em que a globalizou aproximou o mundo, criou, em igual medida, uma pauta de reivindicações globais, tais como, alimentação e proteção de inventos.

Como consequência, não se pode perder de vista a Expo2015, em Milão. A Expo2015, ou oficialmente Exposição Universal de 2015, inova não apenas em aspectos retóricos, mas, sobretudo, pela escolha do tema central dos debates e apresentação de soluções. Diferente dos conteúdos típicos versando sobre indústria, tecnologia, energia e afins, a edição de 2015 centraliza todas as iniciativas no tema *Feeding the planet, energy for life* (Alimentar o planeta, energia para a vida). Assim, é a primeira edição que aborda uma pauta comum para além dos Estados. Visa constituir um espaço dialético de enfrentamento de problemas humanitários, ambientais, sociais e econômicos, porém, mantendo o eixo gravitacional a partir dos seres humanos.

Em comum, ambos os exemplos objetivam demonstrar a relevância prática para as presentes e futuras gerações do enfrentamento das demandas alimentares em cenários globais, haja vista, o enfraquecimento da centralidade dos Estados e a debilidade das Organizações Internacionais, bem como, de que essa pauta não se constitui em fato novo, pelo contrário. Para tanto, a globalização de múltiplas esferas intersubjetivas propicia a exigibilidade em nível global de pretensões pré-existentes aos vínculos artificialmente constituídos pelos Estados, como, por exemplo, o acesso à alimentação adequada.

O estudo que se apresenta objetiva analisar o processo de transnacionalismo e advento do direito global com foco no desenvolvimento de leituras coerentes sobre os problemas relacionados ao acesso à alimentação e regulação de inventos sobre organismos transgênicos, nos níveis nacionais, internacionais, comunitários e transnacionais. Portanto, não se trata de escrito com o desiderato de estabelecer instrumentos legislativos clássicos de tratamento destas demandas, mas de expor o complexo sistema de regulação/regulamentação em espaços globais.

Sem embargo, todavia, não se está pela primeira vez na história a se discutir os limites, sua expansão e a implementação de bases jurídicas. Contudo, diverso do ocorrido no colonialismo americano, asiático e africano, o que se discute neste momento não é tão somente a importação e mutação de novas tradições jurídicas em espaços geográficos, físicos e políticos definidos, mas a erosão dos cenários geopolíticos habituais circunscritos apenas pelos seus interesses e necessidades.

Entretanto, o tema não se exaure somente nessa afirmação. Ao tempo em que as relações jurídicas saltaram de seus limites consolidados e tradicionais, o indivíduo em igual medida fora apresentado para novos horizontes, em decorrência das descobertas neuro-científicas, da expiação dos impulsos psicológicos, da revolução bio-médica-química e da existência em *second life*.

Logo, a compreensão humano-desumano/local-global, isto é, novas manifestações de poder conclamam a existência de um novo paradigma de Direito, que seja, oxalá, suficientemente herege para compreender esses novos cenários e superar os seus próprios limites. As linhas imediatas procuram justamente tratar dos paradoxos do Direito decorrentes dos fluxos globalizatórios, a partir da Ciência Jurídica, reconhecendo, de antemão, o retardo desta mirada em comparação com a Sociologia, Ciência Política ou com a Economia.

A sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Não por acaso se depare com uma paradoxal bifurcação de caminhos: uma época de mudança e a mudança de uma época. Utopias, valores, conceitos, ideias e práticas tradicionais acabaram por serem realocadas em novos espaços de compreensão. Uma compreensão que já não se acomoda em rótulos maniqueístas e que necessita depurar os efeitos precipitados de esquizofrenias dos referentes atribuídos à globalização ou, até mesmo, de esquizofrenias globalizatórias (universalistas). Em linhas gerais, a globalização deixou de ser uma escolha para ser um fato.

Em que pese a amplitude do debate, o artigo em comento, além do enfrentamento do direito global, estuda o direito ao alimento na perspectiva da alimentação como pretensão jurídica global, com autonomia própria no que tange ao reconhecimento estatal ou internacional, mas com condições de diálogo e coligação, bem como, a necessidade de um regime jurídico global alimentício. Razões não faltam para tanto, a saber: não se pode fechar os olhos para a caracterização do alimento como um interesse e uma necessidade sem precedentes e que condiciona a pretensão de demais bens jurídicos; que há uma relação direta entre condições adequadas de alimentação e efetiva democratização dos eixos de poder, de modo que, a ausência de segurança alimentar

fragiliza qualquer regime democrático substancial, impedido o gozo de Direitos Humanos e práticas de sustentabilidade inter-geracionais.

1. GLOBALIZAÇÃO E PRODUÇÃO NORMATIVA

Em resumo, breve e antecipado, o Direito enquanto construção social aplicada, tem como condição primeira a procura de instrumentos de limitação dos poderes, sobretudo. Já não é mais apenas meio de ordenação social. Nessa linha de pensamento, necessita guardar em seu bojo uma perspectiva de *dever-ser*, de funcionalidade social. O surgimento de novas matrizes de poder exige um novo direito de contenção dos excessos e projeção de expectativas realizáveis em um futuro próximo.

Intacto neste processo de descalcificação não restou o ordenamento jurídico. Afinal, conforme adverte Cotterrell³, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais⁴, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Notadamente, os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e financeiro espraiado planetariamente, o qual demonstra a redução (crise) do Estado⁵ e institui instrumentos de governança global. Contudo, o transnacionalismo não se restringe às fileiras de uma operação internacional arquitetada plenamente pela autonomia da vontade, inclusive na possibilidade de se escolher uma regra de direito, como pensou no início Philip Jessup⁶. Com a mesma intensidade de aspirações por liberdades negociais, o decurso do tempo e a mensuração de práticas reais de liberdade, fez com que os indivíduos passassem a reclamar igual

³ COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

⁴ Sobre tais circunstâncias ver: REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 24 e ss.

⁵ Merece reprodução nesta quadra a advertência de Sabino Cassese: “Infine, il transnazionalismo dell’ordine giuridico globale suggerisce cautela nel parlare di crisi dello Stato e di fuga verso il livello globale, perchè la dinamica del sistema amministrativo globale è largamente dipendente dallo Stato o da suoi frammenti.” CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006, p. 12-13.

⁶ JESSUP, Philip. **Diritto transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

parcela de liberdade.

Com clareza ímpar se vislumbra nos dizeres de Gomes Canotilho o ataque contínuo ao estatualismo centralizador e unitário de inspiração hegeliana. Ao tempo em que a ausência de um Estado europeu não é, via articulações silogísticas, empecilho para a aprovação de uma Constituição da União Europeia, não é, por si só, travejamento para o desenvolvimento de um direito global⁷. O Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem⁸.

Queste connessioni, combinandosi con imponenti flussi migratori, determinano un progressivo superamento dei confini statali che, affrancando le Costituzioni dal territorio (Zagrebel'sky), cioè deterritorializzando la sovranità, genera la consapevolezza che ciascuno Stato non dispone più degli strumenti normativi per soddisfare da solo i bisogni dei suoi cittadini, il loro benessere e la loro salute minacciata dai cibi transgenici, dai virus e dalle radiazioni che vengono da lontano.⁹

A partir da fragilidade dos tradicionais atores nacionais, espaços de debilidade passa(ra)m a serem ocupados, notadamente após a Segunda Guerra, por interesses transnacionais constituídos por meio de instituições novas, de difícil caracterização a partir do glossário político-jurídico Moderno¹⁰. A tradicional homogeneidade no pensamento político-jurídico fora perdida. Em maior ou menor medida, instalou-se um cenário de tensão institucional, no qual as “velhas” instituições estatais e, por via idêntica os indivíduos, deparam-se com sensações de turbulência.¹¹

Tal qual se manifestou Günther Teubner¹², a força motriz do Direito já não é mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos; mas, sobretudo, a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais. Nessa medida, necessário se faz reconsiderar as relações existentes entre Direito e Estado, entre público e privado, entre os diferentes cenários jurídicos e as autoridades legais, sob pena da exaustão dos modelos decorrentes de fraturas infundáveis. É preciso ter essa clareza: as relações e responsabilidades humanas não gravitam, nem se prendem, apenas nos contornos territoriais do Estado-nação, mas caminham, de modo transfronteiriço, para outros horizontes de integração e convivência.

Nestes termos, o declínio do Estado Constitucional nacional e a ascensão de um paradigma

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 202-203.

⁸ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 03.

⁹ REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. p. 26.

¹⁰ STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica** - Universidad de Medellín, v. 10, p. 159-174, 2011.

¹¹ GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

¹² TEUBNER, Gunther *et alii*. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

global de Direito decorre, substancialmente, da penetração de critérios de governança nos assuntos e políticas públicas dos Estados, logisticamente apoiado pelos avanços tecnológicos. A globalização econômica produz um processo de globalização¹³ jurídica por via reflexa, que transcende a constatação de Crouch, uma vez que se observa em igual medida a globalização também dos comportamentos jurídicos.

Assim, o processo de globalização necessita ser compreendido como expressão de uma interdisciplinaridade sistêmica¹⁴. Logo, o Direito Global, por mais incipiente que seja, tem como objeto a compreensão e a regulação das relações provenientes dos fluxos globalizatórios. Fluxos estes que não se restringem à globalização do segundo pós-guerra. Contudo, ainda que algumas bases de governar o mundo estejam sedimentadas na descoberta da América, a grande especificidade verte da policentricidade que governa a globalização do terceiro milênio.

Notadamente entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é transladada para a aceção governança (*governance*), a partir dos postulados de Rosenau e Czempiel¹⁵, haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propósitos claros e definidos. A partir desse cenário, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassam por alianças militares (OTAN); instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, FAO, OMC, OMS e afins); organismos regionais (Conselho Europeu); agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa); ordenamentos quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL); *summit* (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de ONGs.

Ainda que o fenômeno da globalização não se mostre uma novidade, certamente a crise econômica vivida em 2008, demonstrou substancialmente os diversos níveis de marcha deste processo de expansão. Notadamente, a economia se globaliza com maior velocidade, em comparação com a política (e com os assuntos do Estado), criando, neste panorama, assimetrias entre economia global (transnacional) e a política nacional (não se podendo descartar a política comunitária).

¹³ Nestes termos: “Le grandi multinazionali hanno spesso superato la capacità di amministrazione dei singoli Stati nazionali. Se non apprezzano il regime fiscale o normativo in un Paese, esse minacciano di trasferirsi altrove e gli Stati entrano sempre più in competizione fra loro nella disponibilità di offrire condizioni favorevoli, poichè hanno bisogno di quegli investimenti.” CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 35.

¹⁴ COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

¹⁵ ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

Para Francis Snyder, a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas, irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos e processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos. Procede-se, nestes termos, a uma forma global de pluralismo jurídico¹⁶. Um pluralismo que não é unitário nem uniforme; não é orgânico nem estruturado.

Este diagnóstico representa exatamente o exaurimento do Estado e das instituições internacionais de cunho monista-dualista. As vertentes do Direito Global articulam-se em múltiplos níveis, governos, administrações locais, instituições intergovernamentais, cortes ultra-estatais e nacionais, *networks*, organismos híbridos (público-privado), organizações não-governamentais e dos próprios indivíduos.

Esse novo paradigma jurídico permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”. É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciários, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos.¹⁷

Estas instituições intergovernativas, pelas quais os Estados buscam maior legitimidade e meios de promoção de políticas públicas, classificam-se nas seguintes categorias, segundo argumentação de Kingsbury, Kirsch e Stewart:

[...] administration by formal international organizations; administration based on collective action by transnational networks of governmental officials; distributed administration conducted by national regulators under treaty regimes, mutual recognition arrangements or cooperative standards; administration by hybrid intergovernmental-private arrangements; and administration by private institutions with regulatory functions.¹⁸

Todavia, a existência de um direito global alimenta, nesta quadra da História, uma pluralidade de desafios, a iniciar pelas próprias bases de globalização, múltipla em sua essência. Ao passo que a globalização guarda vastidão de caracteres, tais signos observam-se também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e os sistemas transnacionais. Há um forte problema decorrente

¹⁶ SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, 5/4, 1999, p. 334.

¹⁷ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

¹⁸ KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. V. 38, n.3/4, p. 20, 2005.

do conflito entre uniformidade global e diferenças nacionais (locais), da concorrência entre normas globais, normas nacionais e normas locais, vide o caso *Myanmar vs. OIT* e *Banco Mundial vs. Índia*, da identificação do juiz competente para conhecer/decidir sobre a pretensão resistida, seja nacional ou global.

O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. O Direito Global está dividido em dois níveis: o primeiro - e mais raso - que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global¹⁹, de modo que predomine a cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível.

La prima condizione della sua stessa esistenza e del suo funzionamento, è il transnazionalismo. L'ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fatto, costruito innanzitutto da linee orizzontali, tra autorità nazionali e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interstatale, sia al livello globale in senso stretto.²⁰

Este cenário de cooperação absolutamente novo em suas características pode ser facilmente ilustrado nos exemplos da Organização Internacional para a Estandardização (ISO), composta por organismos de normatização, de matriz híbrida público-privado, criando pontes entre setores públicos e privados, mas, com atribuições, regulamentadoras iminentemente públicas²¹. O mesmo critério de parceria se vislumbra com a aderência de Estados ao Comitê da Basileia para vigilância bancária, de modo que uma instituição tipicamente nacional transcende sua *prima ratio* para contribuir com autoridades bancárias internacionais. Todavia, conforme já antecipado, o caso de maior envergadura e incidência prática no dia-a-dia aponta para a regulamentação e regulação da *internet*. Cabe à ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, uma organização público-privada, composta por entes privados desenvolver funções públicas que atingem o globo indistintamente. Especificamente ao tema do direito à alimentação importante destacar a função exercida com liderança pela OMC, com apoio da FAO, OMS para implementação de Sistemas Nacionais de Controle Alimentar (SNCA) e estruturação do *Codex Alimentarius*²².

¹⁹ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Bari/Roma: Laterza, 2006. Em complemento: “Il diritto globale, quindi, non si forma solo attraverso un processo di diffusione unidirezionale, dal livello superiore al livello inferiore (*top-down approach*), ma anche con un percorso inverso, che procede dal basso verso l’alto (*bottom-up approach*). Le norme nazionali possono essere recipete e «risalite» a livello sovranazionale”. CASSESE, Sabino. *Il diritto globale*. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009, p. 125.

²⁰ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. p. 11.

²¹ SCHEPEL, Harm. *The constitution of private governance: product standards of integrating markets*. Oxford: Hart, 2005.

²² MARICHAL, Maria Eugenia. *La OMC y el proceso de globalización de la regulación alimentaria*. Revista de Direito Internacional,

Na mesma toada, por sua vez, existem organizações estritamente privadas a transitarem no cenário global sem pontos de dependência e condicionantes público-estatais. É o caso da Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e da Câmara Internacional de Comércio (ICC) que elabora e aplica suas normas de modo autônomo com o objetivo central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, inclusive, de instituição parceira para organismos nacionais e internacionais, conforme se vislumbra com a ONU e com a OMC.²³

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. Tratam-se de entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, aos alimentos, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à *internet*, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte.

Formam-se, assim, sistemas jurídicos globais parciais²⁴, isto é, buscam estabelecer diretrizes válidas em níveis globais, sem, contudo, objetivar regulamentar a integralidade das relações sociais, de modo que conseguiu instituir um núcleo legítimo e válido para cada espaço de normatização. Na percepção de Sabino Cassese, o que se vislumbra é a construção de regime regulador para os processos de globalização sustentado pela chamada “*ad-hoc-cracia*”²⁵, isto é, um encadeamento de normas setoriais relativas às matérias singulares ao caso, na maioria das vezes, que gravitam por vazios normativos no complexo global (composto por normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais).

Promove-se, destarte, o cambiamento do modo tradicional de pensamento das instituições para um contexto de conectividade horizontal dos sistemas jurídicos, criando *linkages*²⁶, um paradigma suportado pela credibilidade em *networks*, verdadeiro *regime complex*. Por consequência, em definitivo deixa de ser importante o foco no divórcio entre o público e o privado,

Brasília, v. 12, n. 2, 2014, p. 306-320.

²³ CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 19.

²⁴ TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

²⁵ CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 22.

²⁶ LEEBRON, David W. Linkages. **American Journal of International Law**. Yale: v. 96, 2002, p. 05.

em virtude da dinâmica motriz impulsionadora.

Todavia, renasce frequentemente a inquirição sobre os instrumentos de respeito às normas, afinal no campo doméstico (nacional) impera a definitividade das decisões e a soberania decorrente do exercício legítimo da força pelo poder, contudo, os cenários transnacionais não gozam desta prerrogativa. Assim, como consequência deste panorama de *linkages* o que se observa é a observância das normas através de instrumentos de indução e substituição, de modo que conteúdos jurídicos estanques são incluídos em pautas combinadas, isto é, a temática dos alimentos, por exemplo, já não se inscreve apenas pela tutela pura de Direitos Humanos, mas também em expedientes outrora tipicamente negociais e comerciais. Além disso, os Estados passam a se sujeitarem aos expedientes globais no intuito de reduzir chances de retaliações e denúncias com consequências perniciosas e de difícil contenção.

2. ALIMENTAÇÃO, MICROORGANISMOS TRANSGÊNICOS E CULTIVARES

Em que pese todo o processo de evolução dos Direitos Humanos, bem como seu critério fundante²⁷, importante destacar nesta quadra que o reconhecimento jurídico do direito à alimentação apresenta-se como inerente a toda e qualquer caracterização de Direitos Humanos. Mesmo que se persista na divisão tópica dos Direitos Humanos em estratos para uma (suposta) melhorar caracterização, em virtude de seu desenvolvimento histórico e ações que demandam por sua adimplência, o que já restou vergastado por sua debilidade prática, a garantia de alimentação adequada, consignada no art. 22-5, da Declaração Universal de Direitos Humanos, é pauta comum para dimensões liberais, sociais, econômicas e culturais.

Paralelamente, não se pode perder de vista a total pertinência do direito à alimentação adequada, na dimensão primeira dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, colacionados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Não por acaso, além da condição preliminar, sua representação iconográfica se dá pelo desenho de um prato cheio, fundo e quente.

Ainda que a consideração de direito fundante recaia sobre o direito à vida, o que necessita ser equalizado com o tratamento jurídico dispensado à dignidade da pessoa humana, maiores dúvidas não existem sobre a condição elementar que merece o direito à alimentação para fins de

²⁷ Sobre tal tema recomenda-se: GRUBBA, Leilane Serratine. **O problema do essencialismo no direito**: inerentismo e universalismo como pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos. Florianópolis. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito. Curso de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

satisfação deste “direito primevo”. Direitos de cunho liberal, social, econômico e ou cultural não são suportados efetivamente quando seus titulares definham, pela fome ou por condições precárias de nutrição. Pensar diferente significará crer na existência de um sujeito de direito sem direitos. Nos dizeres de Vandana Shiva, o mais básico dos Direitos Humanos hoje é o direito ao alimento²⁸.

Efetivamente, nesta quadra, torna-se válido ultrapassar o significado dos Direitos Humanos, manejado para direitos que se dizem universais e relacionados com a dignidade da pessoa humana. Ainda que em princípio, seu advento esteja vinculado com pretensões morais justificadas, não necessariamente derivadas de concessões amistosas por parte dos Estados, o que se demanda nos tempos atuais é justamente a compreensão da universalidade dos Direitos Humanos enquanto instituto efetivo, para além de definições.

Assim, a elevação das pretensões jurídicas acerca dos alimentos, provem de processo que se estende por décadas, possuindo como linha indutora, para satisfação substancial de tal direito, o foco em questões globais, articulando mecanismos estatais, regionais, internacionais, de cunho público, privado e/ou do terceiro setor, para respeito, proteção, facilitação e providências relativas à segurança alimentar, alimentos e erradicação da fome, tal qual assevera o Plano de Ações do World Food Summit, de 1996. Como consequência, a reunião de múltiplos atores comungando dos mesmos desideratos propiciaram o enquadramento do direito à alimentação como obrigação legal e/ou negocial. Consequentemente, o movimento de reconhecimento em nível global do direito à alimentação acaba por estabelecer diretrizes *up-down* que incidem nos respectivos estados nacionais, a exemplo dos Estados Unidos da América, Índia, Brasil, Quênia e outros²⁹.

Ainda que casos esporádicos possam ser analisados no sentido inverso, isto é, do nacional para o global/transnacional, maior espaço de externalização de problemas e demandas pelo alimento sedimentam-se progressivamente em níveis transnacionais. Inclusive, com líderes nacionais que projetam para além de seus territórios geopolíticos pretensões deste gênero. Indiretamente, significa isto sim, que há uma real percepção da debilidade estatal para enfrentamento de um problema que não reconhece fronteiras ou nacionalidades.

Não faz mais sentido crer que o desejo de consumir alimentos saudáveis se conserva apenas no âmbito individual e subjetivo de cada pessoa³⁰. Tal comportamento repercute diretamente, de

²⁸ SHIVA, Vandana. Food rights, free trade and fascism. GIBNEY, Matthew J. (Ed.). **Globalizing rights: The Oxford Amnesty Lectures 1999**, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 89.

²⁹ KENT, George. The human right to food and dignity. **Human Right**, v. 02, 2010, p. 04.

³⁰ TELESETSKY, Anastasia. Waste not, want not: the right to food, food waste and the sustainable development goals. **The Denver**

forma conectada, na vida de milhões de pessoas nos diversos quadrantes do planeta, muitos dos quais almejam sobreviver unicamente. Segundo dados da FAO, aproximadamente 100 milhões de pessoas têm dificuldades para alimentar-se adequadamente, com destaque para quarenta países que registram consequências da desnutrição, embora, não haja relação direta destes dados com carência de recursos naturais em cada uma destas nações.

Para fins de ilustração desta passagem de transferência da centralidade do eixo político nacional para espaços de governança global torna-se válido o discurso de Nicolas Sarkozy, em fevereiro de 2011, na cidade de Addis Abeba, enquanto presidente francês. Nesta ocasião, Sarkozy manifestou-se no sentido de propor aos países industrializados e em via de desenvolvimento a regularem as transações de matérias primas (*commodities*), em uma clara demanda por posicionamento transnacional. Noutras palavras, o pleito do então presidente francês não se insere nas linhas do colonialismo, mas, na globalização de crises e pretensões que necessitam de atenção por parte do Direito, que não seja, contudo, sedimentado no aspecto nacional.

Além da discussão de fundo geopolítica, porém não menos importante, há no discurso de Sarkozy um ponto especial que merece abordagem. Trata-se de sua crítica em relação à libertinagem negocial das *commodities* que paulatinamente tem alterado substancialmente as premissas de segurança alimentar. Isto se deve ao fenômeno da especulação da agricultura e sua respectiva expansão em cifras financeiras negociadas em bolsas de valores que suprime a condição de subsistência milenar para inseri-la no ciberespaço do mundo financeiro. Não se cultiva mais, o que se faz é instituir um sistema que torce simplesmente pelo aumento dos preços dos alimentos. O eixo saiu do campo para estar nos bancos e instituições financeiras transnacionais, que projetam um cenário futuro pautado pela especulação e concentração de mercado³¹.

De acordo com estudos da FAO, desde 2000, os preços negociais transnacionais dos alimentos podem ser mirados em uma linha progressivamente ascendente, salvo o período de 2008, em consequência da crise nos Estados Unidos e Europa. Descontada a média da inflação, considerando a última década, o Relatório de 2012, aponta a duplicação real dos valores dos alimentos essenciais para a alimentação humana, com o detalhe que onera demasiadamente os países periféricos, se comparado aos estados europeus, norte-americanos e australiano. Assim, a Argentina, enquanto um dos maiores produtores de cereais mundiais, tem, proporcionalmente,

Journal of International Law and Policy, v. 42, n. 3, p. 492, 2013-2014.

³¹ SCHUMANN, Harald. *Especuladores del hambre*. Por qué suben los alimentos? Buenos Aires: Mardulce, 2014.

valor efetivamente superior as mesmas substâncias genuínas desta, mas vendidas na Alemanha, por exemplo. Contudo, em tal país europeu, em média a população gasta 10% de sua renda mensal com alimentação, enquanto nos países tradicionalmente produtores esta cifra é largamente mais comprometedora.

As últimas décadas foram determinantes na completa alteração de fluxo dos mercados, notadamente após a revogação da Lei Glass-Steagall e da Lei Gramm-Leach-Bliley, nos idos de 1930. A primeira ampliou para além do espectro financeiro as atividades bancárias. A segunda, possibilitou indiretamente a livre contratação de negócios futuros. A condição transnacional de bens e serviços possibilitou a transformação do mercado de matérias primas. Em comum, ambas as medidas em solo americano, no intuito de liberalizar o mercado estabeleceram premissas anarquistas. Essa virada criou uma estrutura perversa de formação dos preços sobre as *commodities* e proteção das volatilidades do mercado. Como consequência, nos dizeres de Harald Schumann, o que se procede desde então é aposta desenfreada da evolução dos preços das matérias primas³².

A força motriz do sistema de gêneros alimentícios, especialmente *commodities*, não se sedimenta no cultivo e produção. O que se percebe, embora os dados sejam velados, é uma constante destinação do mercado para estocagem, especulação e concentração deste em poucos, porém, gigantescos fundos de investimento. De acordo com dados noticiados pela Comissão de Transações de Mercado de Futuros e Matérias Primas, o volume de *commodities* negociadas em bolsas e mercados extra-bolsas é substancialmente superior pela multiplicação (não pela adição!) à capacidade de produção agrícola mundial. Ato contínuo, este super ciclo promove a alta do petróleo, não por sua relação como fonte de energia, mas insumo para a agricultura, que retroalimenta o avanço do preço das *commodities* (logo, dos alimentos) em uma verdadeira espiral ascendente infinita, conforme se vislumbra com os acontecimentos de econômicos de 2008.

Nesta senda, curiosa é a manifestação de Bart Chilton³³, ao retratar a posição de membros da Future Industry Association, para quem não concordam com a premissa de que especuladores controlam os preços dos alimentos, mas que apertam o acelerador de modo progressivo. Isto é, a clássica relação oferta-demanda como determinante de preços é substituída pela centralidade na especulação em mercados futuros pautados por psicologias de massa com orientação no estilo

³² SCHUMANN, Harald. **Especuladores del hambre**. Por qué suben los alimentos? p. 89-90.

³³ CHILTON, Bart. Opening remarks to the Futures Industry Association's panel discussion: financial investor's impact on commodity prices. Boca Raton, 16 mar. 2011.

“quanto pior, melhor”.

Outra consequência deste comportamento, surge da impossibilidade de controle sobre a inflação, justamente pela razão óbvia de que sua existência aumenta o lucro dos especuladores, além dos tradicionais argumentos de esgotamento das áreas cultiváveis *versus* demasiado incremento demográfico, bem como desastres e desequilíbrios ambientais cada vez mais frequentes. Todos estes fatores, somados a ausência de regulamentação, projetam todos os preços futuros para níveis surreais.

Como consequência, desde meados da década de 1970, em diversas frentes nacionais estratégicas e internacionais, gigantes empresas do setor químico, governos nacionais e investidores articularam a necessidade de revisão de normas locais sobre patentes para incluir a possibilidade de privilégio sobre manipulação genética sobre microorganismos transgênicos e cultivares. Basta referenciar que, no Brasil, a Lei 9.279/1997, tratou de inserir a cláusula permissiva para autorizar patentes de microorganismos transgênicos, no mesmo ano restou publicada a Lei 9.456 (Lei de Proteção aos Cultivares), mais tarde incluída na Lei de Biossegurança Nacional (Lei 11.105/2005). Desde então, o setor agrícola e bioquímico passou por uma alteração substancial de suas práticas e lucratividade.

Como consequência, a Monsanto detém 88% das sementes patenteadas no mundo. Ademais, além da Monsanto, a Cargill, Bunge, Bayer, Du Pont e Syngenta controlam 99% das negociações de sementes patenteadas. Para tanto, além do ímpeto visivelmente monopolizador instrumentalizado pela proteção soberana dos inventos, o *agrimoney*, futura cifras bilionárias com a alienação de fertilizantes, insumos, pesticidas, agrotóxicos e herbicidas, utilizando, inclusive, de práticas casadas de vendas e concessões.

Assim, todo o quadro trágico pintado fundamenta-se na tendência instalada de estocagem e armazenamento *commodities*, especialmente de gêneros alimentícios. Eis a tragédia: não se cultiva para se comercializar na forma de alimento, direto ou indireto, mas, sim, para se especular e inflacionar crises essencialmente humanitárias. Isso explica a quantidade de silos que brotam no campo e os desdobramentos judiciais dos contratos de plantio com microorganismos transgênicos e cultivares, sobretudo, na cobrança de *royalties*.

Contudo, a estocagem de alimentos para especulação sobretudo, depois, a comercialização concentrada em grandes grupos financeiros apresenta outro fato insidioso: a condição de dependência da produção de outros gigantes conglomerados que detém patentes e *royalties*

sobre sementes, insumos e implementos de modo efetivamente cogente. Não por acaso, o cultivo de alimentos tenha deixado de ser uma necessidade universal para converter-se em privilégios de poucos. Ontem, a agricultura, hoje, o *agrimoney*.

Todas essas situações fazem com que a cada ciclo de duas ou três safras, a partir de 2008, a voracidade dos especuladores produza um contingente de 100 mil indivíduos que não conseguem acompanhar com suas rendas o custo da subsistência alimentar, segundo dados do Banco Mundial e da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento³⁴.

Por fim, não parece prudente atribuir toda a responsabilidade deste cenário na conta da globalização e dos seus múltiplos estratos. De fato, há um contributo que pode ser contextualizado na facilitação de bens, serviços e capitais. Basta pensar que em tempos passados o mesmo intuito de usura de viveres fora detectado na Grécia antiga. Contudo, onde se deposita o veneno também pode estar o antídoto. Qualquer tentativa de equalização de condições adequadas, sob a óptica do acesso à alimentação, somente logrará êxito se instituída em nível global, mediante instrumentos de governança e regulação normativo-negocial. Ao tempo em que a pretensão por alimentos é inerente à existência biológica humana e não política, bem como, a força de concentração dos mercados especulativos escapa do controle estatal, não faz sentido repetir velhas formas de regulação nacional, desde início impotentes, frente a atual conjuntura.

Para tanto, nesta quadra surge com relevância o desafio de se promover mecanismos efetivos de governança transnacional/global para debelar os problemas existentes justamente pela parca regulação em cenários transnacionais³⁵ fruto da tendência real na concentração dos mercados e dos conglomerados econômicos sobre patrimônio vital. Urge instar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) frequentemente é provocado para aplicação de medidas *anti-trust*, sem contudo, obter resultados dirigentes para o setor no todo. O posicionamento de instrumentos de governança em múltiplos níveis e de forma articulada pode obter sucesso maior que o obtido pelas ações em curso, sedimentadas na dependência dos Estados nacionais.

É preciso que tais práticas de governança envolvam medidas de regulação normativa e negocial. Parece de baixa capacidade de realização acreditar que se possa avançar em níveis

³⁴ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Price formation in financialized commodity markets: the role of information**. Genebra, jun. 2011.

³⁵ LAMBERT, Hélène. Transnational law, judges and refugees in the European Union. GOODWIN-GILL, Guy S.; LAMBERT, Hélène. **The limits of transnational law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 04.

positivos, em um campo de ação privativamente negocial, sem se valer de expedientes negociais, validados por procedimentos de consensualidade, tal qual se caracteriza o Direito Global. Ou, por outro lado, que o problema se dissipa com a exaustão ou com o esgotamento dos direitos de exclusividade em propriedade intelectual.

O advento do transnacionalismo e da globalização jurídica apresenta em sua essência traços de consensualidade, na faceta de contratos, acordos, cooperações, mútuo reconhecimento nos expedientes de produção normativa e, por sua vez, negociações, mediações, conciliações e arbitragem para a resolução das controvérsias. Ainda que se possa elencar instituições transnacionais para resolução de pretensões resistidas, aos moldes de tribunais, todavia, sua constituição não escapa dos convênios marcos, ou seja, da consensualidade. Em linhas gerais, não há espaço no atual panorama para uma autoridade global suprema, aos moldes do paradigma nacional e das tradições institucionais judaico-cristãs³⁶.

Nesta quadra, importante abrir uma brecha para a análise de categoria relegada em plano inferior em comparação à governança. Trata-se justamente da relevância a ser atribuída à consensualidade, enquanto mecanismo decisional interessado na não-ocorrência de contestação da solução pelas partes sujeitas à resolução dos conflitos, fazendo frente aos desafios da unanimidade³⁷. Observa-se a guinada em favor da consensualidade na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, Acordo Internacional sobre Azeite de Oliva e Comitê para a Proteção Ambiental.

Em contraponto, consensualidade e governança se complementam reciprocamente na medida em que colaboram para favorecer a funcionalidade deste *network* transnacional. Criam-se procedimentos administrativos mediante acordos para governabilidade cooperativa, via coligações que mesclam o nacional com o propósito de constituir o global (transnacional)³⁸. Importante ilustrar que, por exemplo, a Monsanto isoladamente possui o triplo de patentes sobre cultivares em relação à EMBRAPA, no Brasil. Isto, sem entrar no mérito sobre os critérios exclusivos de fixação dos valores sobre os *royalties*.

Estabelecendo um cenário hipotético, no qual o critério determinante será a predominância da força, qualquer tentativa nacional de consolidar normas nos moldes tradicionais para assegurar

³⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 34-36.

³⁷ CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 31.

³⁸ SLAUGHTER, Anna-Marie. Governing the global economy through government network. BYERS, M. (Org.). **The rule of law in international politics**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 192 ss.

o direito à alimentação, brechando os fluxos de mercado, descambará em um bloqueio econômico não declarado que se prestará para precarizar as condições locais, de modo que não há possibilidade de sustentação de medidas deste gênero fechadas à globalização. Noutro cenário, na hipótese de se dispensar o diálogo e a consensualidade simplesmente pela inexistência de limites normativos (regulação/negociação), isto é, implantação de autonomia anárquica do mercado especulativo retroalimentaria o contexto inaugurado a partir de 1930.

Outros casos podem ser destacados em vários organismos de impacto transnacional/global, tais como a Organização Mundial do Comércio, Organização dos Estados Americanos, do *World Business Council for Sustainable Development* perante governos, organizações internacionais e organizações não-governamentais para promoção de políticas de desenvolvimento sustentável e correlatos. Noutro campo, os atores transnacionais passam a ter responsabilidade direta na promoção dos Direitos Humanos, tal qual consignado no *Guidelines for Multinational Enterprises*³⁹, inclusive, com o dever do Órgão de Solução de Controvérsias, da OMC, em apreciar o respeito do direito à alimentação.

Por sua vez, a segunda linha de atenção, deve orientar a pauta global de regulação dos alimentos que incidirá sobre o *Codex Alimentarius* e os Sistemas Nacionais de Controle Alimentar. Ao tempo em que não restam dúvidas sobre todos os fluxos e influxos da globalização necessário se faz estabelecer premissas sólidas e sustentáveis ao comércio de alimentos referenciando o marco jurídico transnacional, no momento de alinhar mecanismos regionais e nacionais⁴⁰.

Assim, mesmo que exista determinada parcela de autonomia dos Estados nacionais para instituírem seus parâmetros locais de regulação sobre os alimentos e microorganismos transgênicos e cultivares, há um movimento fático e progressivo que, sob a liderança da OMC, junto com a FAO e a OMS, visa estabelecer diretrizes, bem como, instâncias de solução de controvérsias, em espaços de regulação global, em um típico exemplo de governança, interessado em promover um alinhamento global dos estandartes⁴¹.

Em complemento, importante ser destacado que o enfrentamento dos problemas advindos

³⁹ MASTAGLIA, Gabriela Teresita. Globalización y desarrollo: su impacto en el ámbito de los derechos humanos. BARRAL, Welber; CORREA, Carlos. **Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio**. Buenos Aires/Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 117-122.

⁴⁰ FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. **Diretrizes en materia de legislación alimentaria** (nuevo modelo de ley de alimentos para países de tradición jurídica romano-germânica). Roma: FAO, 2006, p. 22.

⁴¹ MARICHAL, Maria Eugenia. **La OMC y el proceso de globalización de la regulación alimentaria**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2014, p. 309.

das patentes sobre microorganismos transgênicos e cultivares e, da conduta predatória dos seus detentores não pode ser enfrentado apenas no âmbito do Tratado Internacional sobre Recursos Genéticos para Alimentação e Agricultura ou por Tribunais nacionais.

Diante deste desafio diversos líderes mundiais, representando várias instituições principiaram o debate sobre duas linhas estruturantes: a) regulamentar o ímpeto do mercado especulativo de *commodities* e *royalties* sobre microorganismos transgênicos e cultivares, justamente pelo “terrorismo” que incentivam e sobre o qual lucram e: b) organizar um *Códex Alimentarium*, comprometido com a fixação de níveis seguros de acesso à alimentação adequada, informada e consciente.

Não parece ser factível defender ideais de dignidade da pessoa humana, democracia, desenvolvimento sustentável, sustentabilidade e afins se a premissa básica condicionante da existência humana que é a alimentação adequada não restar tutelada, seja por políticas ou regulações globais, independentemente de qualquer requisito ou condição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos termos alhures consignados o que necessita ser extraído com máxima clareza e, portanto, reafirmado é a elementar compreensão e aplicação integral do direito à alimentação adequada em cenários que não se pautem somente por atributos de nacionalidade e/ou cidadania. Logo, as pretensões jurídica e moralmente justificadas devem ser adimplidas em razão da condição humana essencialmente, a qual é preexistente a qualquer outra adjetivação de ordem política. De igual sorte, o tratamento jurídico de patentes e inventos, o qual não pode ser visto indistintamente como condição de exclusividade e privilégio.

A alimentação, neste norte, carece de ser tutelada como interesse sem precedentes, genuinamente humano, isto é, não pendente de justificativas para sua pretensão. Verdadeiro Direito Humano essencial. Por sua vez, em espaços cada vez mais tomados pela globalização e suas múltiplas facetas, a demanda que se apresenta não pode ser reduzida aos limites fronteiriços de Estados nacionais e/ou blocos comunitários. Ao tempo em que o problema constrange o mundo, o mundo deve dedicar todos os esforços para o tratamento desta crise que se arrasta por séculos.

Para melhor enfrentamento, duas operações devem agir de modo coordenado: primeiro, para assegurar condição adequada de alimentação para todos, regulando, inclusive, o mercado transnacional de matérias primas notadamente concentrado e especulativo, que lucra com o medo

e evidências de crises humanitárias, climáticas, políticas e econômicas; segundo, estabelecendo estandartes políticos e normativos globais para fixação de níveis seguros e éticos de produção e comercialização de gêneros alimentícios. Parece, no mínimo, questionável a intenção de obtenção de propriedade intelectual sobre "Reprodução de núcleos fechados múltiplos para a produção de suíno" que, em sendo aprovada garantirá direitos sobre o método de reprodução dos suínos e também sobre os animais genitores e suas crias, podendo impedir a procriação de suínos com as mesmas características consignadas nas patentes, ou então o pagamento de *royalties*.

Enquanto essas demandas não ocorre(re)m, qualquer discurso responsável sobre Democracia, torna-se artificial e dramático. Afinal, quando o mais elementar dos direitos não é garantido adequadamente todos os demais restam mitigados e obstaculizados. Ademais, tanto a concentração do mercado de matérias primas no portfólio especulativo de uma dezena de corporações transnacionais, bem como, a constante ameaça da fome faz com que o ideal de Democracia seja esvaziado.

Na medida em que pretensões dos mais diversos níveis se globalizam, proporcionalmente o Direito deve atentar-se para cumprir com seu desiderato básico, representado na limitação dos poderes. Assim, se o reconhecimento formal do direito à alimentação adequada não é garantia de sua adimplência, seja por impotência dos tradicionais atores frente aos novos desafios ou pelo agigantamento e fluidez do mercado, o passo seguinte que deve ser tracejado é o enfrentamento destes problemas nos espaços em que ocorrem, superando discursos e práticas maniqueístas.

Significa argumentar que a tutela efetiva do direito à alimentação deve ser priorizada em níveis transnacionais, mediante um regime global, assim como a proteção jurídica global dos inventos humanos e industriais. Note-se que isoladamente tal proposta não terá maiores chances de êxito. Também não basta se fixar na crítica à globalização, somente pela crítica, com argumentos de cunho unicamente nacionalista. O que se defende é diretrizes globais, de cunho normativo e negocial, que consigam vincular também ações nacionais, internacionais e comunitárias, sob pena de se fazer mais do mesmo.

Simultaneamente, a própria efetivação da Sustentabilidade e seus preceitos devem transpor os desafios da fome e da crise alimentar instalada. Basta rememorar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, frutificados a partir do discurso da Sustentabilidade, cujo pacto primeiro é a erradicação da miséria, simbolizado pela pobreza de gêneros alimentícios. Ao passo, que há um real descontrole nos meios de produção,

comercialização e consumo de alimentos, nas margens da anarquia em alguma medida, o resultado de tal retrato expõe essencialmente a insustentabilidade do sistema operante, sem preocupações solidárias de índole social, ecológica, econômica, tecnológica e humanitária, nos dizeres de Anastasia Telesetsky⁴². Breca, isto sim, a adoção de expedientes sustentáveis e democráticos para efetivação do acesso à alimentação adequada e universal quando converte insumos básicos para condição de privilégios corporativos sobre os quais se agrega preço por blindagem demasiadamente protecionista.

Por essas razões, deste objetivo não pode se furta o Direito Global, justamente pelas relações diretas existentes com práticas de globalização dos riscos e das pretensões jurídicas de contenção. Problemas globais devem, necessariamente, ser sanados por ações globais, com reflexos locais, regionais, nacionais e internacionais, o que significa dizer que o Direito Global não deve assumir a primazia desta nau, mas balizar políticas globais de planejamento, normatização e correção a fim de mitigar as desigualdades no mundo as quais impedem, por exemplo, a chance de uma vida qualitativa por meio da alimentação. Há uma imperiosa necessidade de políticas perenes e efetivas para tais direitos, não apenas direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **O direito em busca de sua humanidade: diálogos errantes**. Curitiba: CRV, 2014.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006.

CHILTON, Bart. Opening remarks to the Futures Industry Association’s panel discussion: financial investor’s impact on commodity prices. Boca Raton, 16 mar. 2011.

⁴² TELESETSKY, Anastasia. Waste not, want not: the right to food, food waste and the sustainable development goals. **The Denver Journal of International Law and Policy**, v. 42, n. 3, p. 492, 2013-2014.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Price formation in financialized commodity markets: the role of information.** Genebra, jun. 2011.

COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society.** Aldershot: Ashgate, 2006.

COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

CROUCH, Colin. **Postdemocrazia.** Roma-Bari: Laterza, 2005.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. **Diretrizes en materia de legislación alimentaria** (nuevo modelo de ley de alimentos para países de tradición jurídica romano-germânica). Roma: FAO, 2006.

GIUDICE, Alessio Io. **Istituire il postnazionale.** Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

GRUBBA, Leilane Serratine. **O problema do essencialismo no direito: inerentismo e universalismo como pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos.** Florianópolis. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito. Curso de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

JESSUP. Philip. **Direito transnacional.** Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KENT, George. The human right to food and dignity. **Human Right**, v. 02, 2010.

KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems.** V. 38, n.3/4, p. 20, 2005.

LAMBERT, Hélène. Transnational law, judges and refugees in the European Union. GOODWIN-GILL, Guy S.; LAMBERT, Hélène. **The limits of transnational law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LEEbron, David W. Linkages. **American Journal of International Law.** Yale: v. 96, 2002.

MARICHAL, Maria Eugenia. **La OMC y el proceso de globalización de la regulación alimentaria.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2014, p. 306-320.

MASTAGLIA, Gabriela Teresita. Globalización y desarrollo: su impacto en el ámbito de los derechos humanos. BARRAL, Welber; CORREA, Carlos. **Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio.** Buenos Aires/Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SCHEPEL, Harm. **The constitution of private governance: product standards of integrating markets**. Oxford: Hart, 2005.

SCHUMANN, Harald. **Especuladores del hambre**. Por qué suben los alimentos? Buenos Aires: Mardulce, 2014.

SHIVA, Vandana. Food rights, free trade and fascism. GIBNEY, Matthew J. (Ed.). **Globalizing rights: The Oxford Amnesty Lectures 1999**, Oxford: Oxford University Press, 2003.

SLAUGHTER, Anna-Marie. Governing the global economy through government network. BYERS, M. (Org.). **The rule of law in international politics**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, 5/4, 1999.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica - Universidad de Medellín**, v. 10, p. 159-174, 2011.

TELESETSKY, Anastasia. Waste not, want not: the right to food, food waste and the sustainable development goals. **The Denver Journal of International Law and Policy**, v. 42, n. 3, p. 492, 2013-2014.

TEUBNER, Gunther *et alii*. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

WINICKOFF, David; BOUSHEY, Douglas. Science and power in global food regulation: the rise of the Codex Alimentarius. **Science, Technology & Human Values**, v. 35, n. 3, 2010, p. 356-381.

RESPONSABILIDADE CIVIL EM PERSPECTIVA: A FUNCIONALIDADE PREVENTIVA

Pedro Manoel Abreu¹
Romano José Enzweiler²

INTRODUÇÃO

O vastíssimo mosaico de composições sistêmico-responsabilizatórias³ prende-se, ainda hoje, em sua feição tradicional, ao dimensionamento dos usuais elementos ressarcitórios, notadamente do dano⁴, da causalidade e do acertamento da distribuição do ônus probatório.⁵

A aceitação de novos interesses juridicamente protegidos como, por exemplo, a chance desperdiçada em si mesma considerada⁶, a flexibilização do nexo causal – como se verifica na causalidade parcial ou probabilística⁷ – e o reposicionamento da própria função responsabilizatória, agora com escopo também precaucional⁸, têm sido úteis na arquitetura dos arranjos destinados ao enfrentamento da incerteza e, até, na sua incorporação ao sistema jurídico-decisório. Seu propósito maior é, ao fim, auxiliar no adequado cumprimento da ordem superior inserida nas Cartas Políticas dos países ocidentais, com preservação dos valores eleitos como fundamentais pela sociedade e,

¹ Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa, Portugal.

² Doutor e Pós-Doutorando em Direito pela Univali/SC, com dupla titulação pela Universidad de Alicante, España.

³ ACCIARRI, Hugo A. **La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

⁴ ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d.

⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 82.

⁶ Afirma Miceli, citando Pucella, que nos encontramos na passagem de uma concepção determinística e monocausal para uma concepção probabilística e multifatorial, e que que doutrina e jurisprudência abandonaram, em sede de acertamento causal, a regra da certeza, migrando para critérios baseados numa lógica essencialmente probabilística. MICELI, Carla Maria. **Il danno da perdita di chance**. Università degli studi di Catania. Tesi di dottorato. Anno accademico 2012/2013, p.76. Disponível em <http://archivia.unict.it/handle/10761/1362?mode=full>, acesso em 09/2/2022. Consulte-se ainda, FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ALCOZ, Luis Medina. **La teoría de la pérdida de oportunidad**: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi S.A., 2007.

⁷ “Na exposição de Erichsen, o “conceito de perigo abre-se às prognoses de probabilidade, que envolvem a ponderação de valores supra-individuais e que contextualizam a prevenção num horizonte espaço-temporal mais alargado. Num mundo intensamente tecnológico e fortemente industrializado, os “dados da experiência quotidiana” tornam-se problemáticos enquanto instrumento de aferição de nexos de probabilidade”. A atitude preventiva, fundamental num domínio em que os danos têm, muitas vezes, caráter irreversível, não deixa de imperar, contudo, por força do já consagrado princípio da prevenção. GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Lisboa, 2007, p.168.

⁸ ENZWEILER, Romano José. **Teorias causais e meio ambiente**: da perda de oportunidade à lógica *fuzzy*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

portanto, e em princípio, imutáveis. E o respeito à dignidade das vítimas insere-se neste exato contexto.

Assim, buscar a justa indenização pelo dano causado ou, melhor ainda, evitar que o prejuízo ocorra, mesmo que para isso tenham que ser aplicadas sanções aos potenciais lesantes (ilícitos atípicos, como se verá adiante), não satisfaz apenas o comando civil-legislativo, ou atende somente a um inafastável sentimento de justiça, mas resgata a concretude máxima dos direitos fundamentais, inserta no sistema constitucional.

A definição de critérios responsabilizatórios sustentáveis, numa “sociedade altamente complexa, na qual se inviabiliza a adoção de um desejável sistema global de referência – até porque a irracionalidade que o inspira já não o tolera”⁹ –, tornou-se um dos desafios mais agudos da disciplina. Causalidade probabilística, responsabilidade objetiva agravada, chance perdida, dispensabilidade do nexos causal, dano existencial, dano pela perda de tempo útil, dano ao projeto de vida e outras tantas locuções singulares acabaram por fazer parte do léxico responsabilizatório no final do século passado e início deste, patenteando a dinamicidade da matéria.

Assim, a partir da resignificação do direito de danos, com a admissão de outro nível de certeza responsabilizatória, menos exigente, talvez seja possível encontrar respostas mais satisfatórias aos desafiantes problemas ambientais, ou mesmo em nível internacional, discutir com alguma propriedade a responsabilidade de países e governos pelos prejuízos decorrentes de pandemias¹⁰, desde seu surgimento, notificação e medidas preventivas, até a disseminação de informações acientíficas, ideológica e politicamente convenientes, mas de proporções alarmantes no alastramento e descontrole da doença. Também será possível discutir, com um bom grau de precisão, acerca da responsabilidade pelos danos causados nos “mundos virtuais”, como o metaverso, ou pela especulação com criptomoedas – em que ausente qualquer intervenção regulatória estatal e onde a difusidade e opacidade fazem parte do próprio negócio – e, ainda, naqueles casos de utilização da inteligência artificial¹¹ entre nós, como quando se trata de acidentes causados por veículos não tripulados diretamente por seres humanos, mas por robôs.¹²

Este texto busca investigar a utilidade da função preventivo-precaucional da

9 NIETO, Alejandro. GORDILLO, Agustín. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 30.

10 UJVARI, Stefan Cunha. **A história da humanidade contada pelos vírus**. 2 ed. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

11 RUSSEL, Stuart. **Human compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control**. English Edition) eBook Kindle.

12 BARTNECK, Christoph. LÜTGE, Christoph. **An introduction to ethics in robotics and AI (SpringerBriefs in Ethics)**. English Edition. 1st ed. 2021 Ed., eBook Kindle.

responsabilidade civil, idealizada por alguns e tida como profana por muitos outros, deixando-se para posterior oportunidade o tratamento das instigantes questões antes apenas referidas.

1. BREVÍSSIMA NOTA A RESPEITO DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Prescrevia o direito de danos, nos primeiros momentos de sua construção [quando vinculado primordialmente ao sujeito individual], por incontáveis motivos, que o prejuízo seria suportado exclusivamente pelo lesado. *Res perit domino* ou ainda *casum sentit dominus* são expressões que sintetizam a antiga ideia geral segundo a qual o dono experimenta as perdas, quer dizer, o dano resta para o proprietário do bem lesado.¹³ Com temperos e fortes nuances, o conceito primevo mantém-se até hoje. Assim, de início, só havia falar na responsabilização de outrem (retirando o prejuízo dos ombros do dono da coisa danificada) se presente se fizesse fundamentação relevante. O modelo, reitera-se, era o da não responsabilização causador do prejuízo.

O progresso intelectual fez alterar, após e porém, a percepção quanto à tolerabilidade do dano, passando o prejuízo a ser arcado, primariamente, por aquele que efetivamente o causou. Surge a locução *actori incumbit probatio*, impondo ao lesado, as mais das vezes e ainda assim, um esmagador *handicap*, consistente na prova de fatos que lhe escapam por completo, o que equivalia a negar-lhe qualquer reparação.¹⁴

Confundiam-se, também nestes instantes inaugurais, as responsabilidades jurídica e moral. Esta (a moral) continuará por séculos a sustentar parte importante do sistema ressarcitório. A dissociação se deu por obra do legislador primitivo, o qual regrou a vida social por considerações de caráter utilitário.¹⁵ Foi, no dizer de Aguiar Dias, atendida a ideia da prevenção.¹⁶ Esta prevenção, de fundo pragmático, referia-se ao interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano.¹⁷

¹³ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista Sequência**, n. 37, Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis, 1998, p. 21-37.

¹⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 83

¹⁵ Acerca do utilitarismo-pragmatismo, disse Holmes: “Sob a influência de novo movimento filosófico (final do século XIX), vozes críticas ao formalismo imperante reclamaram a elaboração de um pensamento jurídico de caráter pragmático baseado numa concepção funcional ou instrumental do direito. HOLMES Jr., Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Tradução e estudo preliminar de José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 24. E acrescenta o jurista norte-americano: “A vida do direito não tem sido lógica. Tem sido experiência”. HOLMES Jr., Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Tradução e estudo preliminar de José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 26. E ainda: “Os princípios e normas jurídicas são, fundamentalmente, aquilo que fazem”. HOLMES Jr., Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Tradução e estudo preliminar de José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 29.

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 5.

¹⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 43.

Mais tarde, de resto, a preocupação em matéria responsabilizatória migrou do homem isoladamente considerado para o homem coletiva e socialmente analisado, “inserido num mundo cujas fronteiras vão desaparecendo, para o bem e para o mal, por força da rápida e surpreendente capacidade tecnológica de alterar nossos hábitos, nossos direitos e deveres, nossa cultura, enfim o mundo em que vivemos”.¹⁸

Assim, e amplificando os limites do tema, tem-se afirmado que não apenas direitos (sejam absolutos ou relativos), mas igualmente interesses são dignos de tutela jurídica protetiva, e sua lesão obriga igualmente à reparação.¹⁹

Lembre-se, a propósito, que a própria noção de dano, nuclear à responsabilidade civil, escapava, de início, ao âmbito do Direito, emergindo somente após a superação do período que se convencionou denominar “vingança privada”.²⁰ Aliás, evidência Orgaz, ilicitude, culpa (*lato sensu*) e dano configuram os elementos da responsabilidade. Para o autor, ilicitude²¹ (como violação da lei) e dano (patrimonial e extrapatrimonial) mostram-se inafastáveis à caracterização da responsabilidade do lesante. Não assim em relação à culpa, tanto que o direito romano primitivo não a exigia para a reparação, o que passou a ocorrer somente a partir da Lex Aquilia (286 a.C.).²²

¹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 39.

¹⁹ Para uma visão da teoria dos interesses negativos e positivos, veja-se a obra clássica de PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, especialmente p. 14-41. Na lição de Ana Frazão, “Com base na jurisprudência espanhola, Díez-Picazo e Gullón (2004, p. 545) mostram que, ao lado dos ataques a direitos subjetivos ou bens jurídicos, toda agressão a interesses legítimos justifica a responsabilização civil. Em sentido próximo, conclui Cees van Dam (2006, p. 179) que o balanço geral da evolução dos modelos inglês, francês e alemão é o de que não há uma lista limitativa de interesses protegidos, já que a responsabilidade civil pode ser empregada para tutelar qualquer interesse considerado digno de proteção em determinada sociedade. Daí o acerto da lição de Carlo Castronovo (2006, p. 103) de que a renovação da responsabilidade civil ocorre principalmente no terreno do dano”. FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. Brasília: **Revista TST**, vol. 77, n. 4, out/dez 2011, p. 34.

²⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 19.

²¹ Aqui poderia haver objeções, pois tem sido admitida a obrigatoriedade da reparabilidade do dano mesmo quando, excepcionalmente, não derive de ato ilícito. “Considerando-se a construção da teoria da responsabilidade civil por ato lícito, tem-se a necessidade de se alterar a regra de imputação, passando da conduta do agente causador do dano em si, seja por conta de conduta contrária a um comando legal genérico (culpa), seja pela assunção de um risco que lhe traga, de alguma forma, vantagem jurídica na assunção, para a existência do dano injusto, caracterizado como aquele que atinge direitos da vítima que não se mostrarem proporcionais aos interesses tutelados pelo causador do dano, que o faz a partir do exercício de uma posição jurídica fundada num direito também a ele reconhecido”. BONINI, Paulo Rogério. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 179.

²² Sem dissensões que mereçam registro, erigiram-se doutrinariamente cinco pressupostos configuradores da responsabilidade civil, a saber: 1. Existência de um dano; 2. Que tal dano tenha violado um bem juridicamente protegido (cabimento no âmbito de proteção de uma norma); 3. O que se dá a partir da ocorrência de um fato gerador (ou ato ilícito); 4. Havendo um nexo de causalidade (ligando o dano ao fato gerador) e 5. Um outro laço, denominado nexo de imputação (a ligar o dano ao lesante). NORONHA, Fernando. **Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 467. Conforme Orgaz, sendo a ordem jurídica essencialmente coativa, tem-se como ato ilícito aquele contrário ao direito objetivo, considerado em sua totalidade, isto é, ao conjunto da legislação. Ilicitude, culpa (*lato sensu*) e dano

2. A REPARAÇÃO CIVIL COMO "IMPERATIVO SOCIAL"²³. O DANO

A partir de um dado "imperativo social da reparação"²⁴, estenderam-se as hipóteses ressarcitórias fundadas, atualmente, mais na "desgraça da vítima do que na possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável".²⁵ Para muitos, com isso, da vitimização individual passou-se à vitimização social (*blame culture*, tratada no tópico anterior), isto é, adotou-se uma "cultura da culpa", caracterizada pela ausência de vontade em assumir riscos e aceitar responsabilidades devido ao receio de críticas, acusações e negativa repercussão patrimonial.²⁶

A reconfiguração do direito de danos transita, agora, pelo alargamento das hipóteses ressarcitórias, surgindo por isso várias teorias orientadas a albergar a proteção do lesado.²⁷ Danos intangíveis, proteção da confiança²⁸ e teoria da *faut virtuelle*²⁹ incorporaram-se, por exemplo, à temática da indenizabilidade civil, no que se passou a designar *ethereal torts*.³⁰

são os elementos da responsabilidade. Para o autor, ilicitude (como violação da lei) e dano (patrimonial e extrapatrimonial) mostram-se inafastáveis à caracterização da responsabilidade do lesante. Não assim em relação à culpa, tanto que o direito romano primitivo não a exigia para a reparação, o que passou a ocorrer somente a partir da Lex Aquilia (286 a.C.). ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p. 15-7.

²³ Expressão criada por Yvonne Flour, conforme SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas Editora, 2007, p. 74.

²⁴ Expressão criada por Yvonne Flour, conforme SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas Editora, 2007, p. 74.

²⁵ "Na atualidade, a necessidade de reparar alguns danos de especial relevância, como os resultantes de acidentes de trabalho, é tão premente que, em relação a eles, já nem sequer é suficiente a responsabilidade objetiva, sendo possível dizer-se que já estamos entrando numa nova era, do 'seguro social'". NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 407.

²⁶ SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas Editora, 2007, p. 75.

²⁷ Há quem afirme o contrário, isto é, que inexistente justificativa jurídica geral que permita interpretar as normas que disciplinam a responsabilidade civil de maneira mais favorável à vítima, como se a responsabilidade extracontratual fosse um novo ramo do ordenamento que regule relações entre uma parte forte e outra débil, a exemplo que se verifica no direito do trabalho e no de consumo. LÓPEZ, Fernando Peña. **El alcance del principio de "los riesgos generales de la vida" como criterio de exclusión de la responsabilidad civil**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011, p. 154.

²⁸ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

²⁹ RÍOS, Juan Antonio Xiol. **Posición actual del tribunal supremo ante los pleitos de daños**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011, p. 30. A *faute virtuelle*, culpa virtual ou teoria do dano desproporcional, é criação da jurisprudência francesa e ocorre quando um ato ilícito (por exemplo, praticado por médico em relação a paciente seu) produz um resultado anormal, insólito e inusualmente grave em comparação com os riscos que normalmente tal ato comporta e com os padecimentos ordinariamente esperados. Daí gerar-se uma presunção desfavorável ao demandado. GARCÍA, Marta María Sánchez. El daño desproporcionado. **Revista Cesco de Derecho de Consumo**. N. 8. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, p. 240-58. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>. Acesso em 12/2/22. Noronha também trata da causa virtual (interrompida e antecipada), apresentando abordagem um tanto distinta, mas cujo alcance desborda dos limites deste texto. NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 662-9.

³⁰ LEVIT, Nancy. *Ethereal Torts*. **George Washington Law Review**, vol. 61, november 1992.

O dano civil ressarcível há de ser certo, quer dizer, não se indeniza o prejuízo meramente aleatório ou hipotético. Em relação ao dano incerto, inexistente segurança de que venha ele de fato a se concretizar em alguma medida. O simples perigo (ou ameaça de dano) não é suficiente para animar o mecanismo indenizatório, em que pese movimento jurisprudencial inegavelmente cerebrino, na ciência criminal, admitindo a punição do perigo abstrato.³¹

Indenizam-se, de igual, danos emergentes e lucros cessantes. Emergente é o dano representado por aquilo que se possuía e que, em razão do ato ilícito praticado pelo lesante, se perdeu, significando, enfim, a "efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima".³² É ele um dano efetivo por excelência, mesmo quando "futuro". Registre-se: para nossas pretensões, o momento de apurar a atualidade ou não do dano será o da sentença. Assim, dano futuro indenizável é aquele que ainda não se produziu, mas que aparece desde já como o previsível prolongamento ou agravação de um dano atual, segundo as circunstâncias do caso e experiência da vida (presunções naturais).³³ O restante (a parte que caberá chamar de "dano futuro") será apurado quando da liquidação da sentença, mas sempre como prolongamento ou agravação do já ocorrido e provado.³⁴

No tocante ao lucro cessante, constitui-se em dano certo quando os ganhos frustrados deveriam ser obtidos pela vítima com suficiente probabilidade, caso não houvesse o ilícito. Representam, como afirma Femenia, "o ganho deixado de obter que os antigos denominavam *lucrum cessans*, e que os ordenamentos legislativos modernos qualificam de ganho frustrado, e definem como aquela que, com certa probabilidade, era de esperar, atendido o curso normal das coisas ou das especiais circunstâncias do caso concreto"³⁵. Não se trata, portanto, de mera

³¹ Veja-se, exemplificativamente: "É de perigo abstrato o crime previsto no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, não é exigível, para o aperfeiçoamento do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1445330 / MG, DJe 26/05/2017.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97. Este, de fato, aproxima-se do conceito vetusto da "teoria da diferença", o que será apreciado ainda neste capítulo.

³³ ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p. 19-25, 67.

³⁴ Vem da doutrina interessante exemplo de dano futuro como prolongamento no tempo de um dano que já existe agora e também os que se manifestarão mais adiante. Assim, motorista que perde a mão em acidente provocado por outrem. O dano atual será composto pelo dano corporal, o anímico mais as despesas médicas, eventual prótese, tudo acrescido do que deixou de ganhar até agora por conta da incapacidade parcial para o trabalho. Já o dano futuro seria formado pela redução da capacidade de trabalho para o resto de sua vida. NORONHA, Fernando. **Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 578-9. Em casos assim, em face da aleatoriedade inerente, é quase sempre necessário recorrer a presunções naturais (o que de ordinário acontece na vida), tanto para provar o dano como o nexo de causalidade. NORONHA, Fernando. **Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 580.

³⁵ FEMENIA LÓPEZ, Pedro J. **La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011, p.447.

possibilidade, tampouco de segurança de que efetivamente ocorreria. O critério a utilizar é o meio-termo localizado entre esses dois extremos (mera possibilidade/certeza), denominado por Orgaz de probabilidade objetiva.³⁶

Ao lado do dano, outro elemento fulcral ao entendimento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade.

3. AINDA O “IMPERATIVO SOCIAL”: NEXO CAUSAL (CONDIÇÃO E CAUSA)

De importância singular, tem o nexo causal origem no direito penal, havendo por isso quem ainda confunde causa e culpa.³⁷ Para efeitos de nossa disciplina, causa, em despreziosa acepção, é o elo vinculante entre o dano e determinada pessoa (em princípio, o lesante).³⁸

Encontra ela (a causalidade) sua justificativa filosófica no conjunto das condições *sine qua non* para que esse “ser” ou “acontecer” se produza. O primeiro a desenvolver o tema com cientificidade foi Stuart Mill.³⁹ A expressão “causa” foi por ele definida como “o conjunto de condições tomadas coletivamente aptas a produzir o evento”. Neste sentido, tem-se como “causa” a reunião de fatores ou forças concorrentes geradoras do fenômeno lesivo.⁴⁰ Num resumo ainda pouco preciso, “causa” é condição qualificada, e “condição”, de seu lado, é tudo aquilo que concorre para que o acontecimento se dê. É claro que não se pode simplesmente trasladar essa concepção filosófica de “causa” para o direito de danos pois, se assim fosse, absolutamente tudo poderia ser tomado como “causa” de um prejuízo. “Ao direito, por sua natureza essencial de ordenador normativo da conduta, lhe interessa o ato humano como fonte produtora de danos, considerando somente as condições de ordem física ou natural capazes de modificar ou excluir a imputação

³⁶ ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p. 69.

³⁷ Orgaz, citando Jhering, acerca do excesso de abstração conferido ao tema pelos autores alemães, com graça respeitosa mas certa, destaca: “a mi me da vértigo el sumergirme en esa literatura y cuanto más leo, más me confundo, hasta el punto de que si he de juzgar un caso práctico, para llegar a adueñarme de él necesito olvidar por completo cuanto he oído y leído sobre las obligaciones correales”. ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p. 37. Para registro, sublinhe-se que a causalidade estabelece quando e em que condições um resultado qualquer – ou mais concretamente um dano – deve ser objetivamente imputado à ação de uma pessoa (*imputatio facti*). Daí a pergunta: “Deve ser considerado tal sujeito autor de tal dano?”. Já a culpabilidade, doutro lado, propõe-se a determinar quando e em que condições um resultado deve ser subjetivamente imputado a seu autor (*imputatio juris*). O questionamento a fazer é este: “Deve o autor do dano ser também culpado dele, para os fins de responsabilidade?” ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p. 39.

³⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999, p. 331.

³⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

⁴⁰ ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p. 39.

jurídica de um evento a uma pessoa determinada”.⁴¹

É inconcusso que a seleção das assim chamadas condições necessárias – as quais se transformarão em “causa” – se dá de forma arbitrária (o que não poderia se dar de modo diferente, aliás). Assim, como se verá, todas as teorias da causalidade partem de uma mesma premissa matricial: a previsibilidade/evitabilidade. O que as difere, em regra, é a eleição daquela condição particular que, para efeitos responsabilizatórios, será considerada “causa”.⁴²

Causa, conforme Francis Bacon, é a condição que se encontra temporalmente mais próxima do resultado avaliado. As demais são consideradas, simplesmente, “condições”, uma vez que para o direito seria uma tarefa infactível julgar as causas das causas e as influências de umas sobre as outras. Daí ser essa teoria batizada de causa próxima. Porém, pode-se argumentar com seriedade que nem sempre a condição última é a causa do dano, sem mencionar as inúmeras dificuldades de se fixar, no tempo, o que se entende por causa próxima e causa remota. Atualmente, mesmo os tribunais anglo-saxões, onde é aplicada a teoria com mais desenvoltura, têm contornado o critério da proximidade, elegendo a previsibilidade/imprevisibilidade como fundamento causal.⁴³

Insatisfeitos com os resultados obtidos pelas escolas anteriores – *conditio sine qua non* e causa próxima –, propuseram outros, partindo do entranhamento à face interna do processo causal para desvendar as respectivas eficácias na produção do dano, o que denominaram de causa eficiente. Portanto, afirmam, as condições necessárias ao processo causal não são todas equivalentes, havendo as que possuem maior força produtiva e maior ou menor eficácia interna. Mas a teoria retorna ao problema inaugural da indesejável insindicabilidade dos critérios adotados. Resta sem resposta consistente o como distinguir, medir e dividir materialmente o resultado entre as diversas condições.⁴⁴

No final do século XIX, oferece Johannes von Kries sua contribuição para o entendimento do fenômeno causal. Afirmava ele, em versão sumariada, que nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes. Para estabelecer a causa de um dano é preciso, portanto, que se

⁴¹ ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p. 40.

⁴² DíEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

⁴³ DíEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999. A teoria da causa próxima faz recordar o paradoxo do argumento sorites, que em grego significa pilha, monte, sintetizado pela pergunta: “Em qual momento um monte de areia deixa de sê-lo quando se vão removendo os seus grãos?”, isto é, quando a causa deixará de ser próxima para ser considerada remota, para fins responsabilizatórios? WILLIAMSON, T. 1994. **Vagueness**. London: Routledge. Chapter 1.

⁴⁴ NORONHA, Fernando. **Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. DíEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

faça um juízo de probabilidade.⁴⁵ É necessário, pois, responder à seguinte pergunta: “A ação do suposto lesante é por si mesma capaz de ocasionar normalmente este dano?” Se a resposta for afirmativa, estar-se-á diante de uma causa adequada, e a imputação será objetiva, isto é, sem necessidade de se recorrer ao conceito de culpa e dolo, uma vez que a expressão “condição” é tomada por Kries em abstrato, não em concreto. Assim, da mesma forma, o juízo de probabilidade será realizado em abstrato (segundo o curso ordinário das coisas e da experiência da vida, isto é, da normalidade). Isso porque, em concreto, todas as condições são, de fato, equivalentes. Daí realizar-se um prognóstico póstumo (prognose posterior objetiva), como se dá na perda da chance, o que será abordado na continuação. Causa, enfim, será somente a condição tipicamente adequada a produzir o dano. A teoria de Kries, percebe-se, não se encontra imune a críticas e questionamentos. Por exemplo, é duvidosa a solução acerca do estabelecimento do critério de idoneidade ou probabilidade entre a ação do presumível lesante e o dano, fazendo com que alguns a desconsiderem como verdadeira teoria causal, mais se afeiçoando a uma teoria da imputação⁴⁶ por pretender limitar a causalidade natural a referências jurídico-normativas.

Em epítome singelo, mas proveitoso ao nosso desiderato, pode-se dizer que a previsibilidade causal⁴⁷ é avaliada sempre em abstrato, atendendo à normalidade das consequências em si mesmas admitidas (em geral). Já a previsibilidade exigida pela culpabilidade é medida em concreto, tendo em mira o que era normalmente previsível e tomando em consideração os conhecimentos e aptidões gerais do agente.⁴⁸

⁴⁵ A questão do juízo de probabilidade vem bem apreciado pela doutrina espanhola e argentina. PICAZO afirma, por exemplo, que probabilidade significa a frequência da relação entre duas classes de eventos. Assim, modificando a descrição dos eventos, alerta ele, modifica-se também a relação de frequência. O ilustre autor espanhol, tratando da erosão na apreciação da causalidade e presunção de nexos causais assevera que quando se trata de atividades que se achem especialmente vinculadas ao desenvolvimento científico ou tecnológico, resulta extraordinariamente difícil saber a forma como se desenvolvem os processos causais. O tópico será retomado oportunamente, quando se tratar do dano ambiental e da teoria da possibilidade. De toda forma, alerta Picazo, “defendem alguns que, nos casos difíceis, pode o juiz contentar-se com a probabilidade da existência da relação causal ou com um simples cotejo, como diz Ángel, da maior probabilidade de que exista a causalidade pretendida pelo demandante frente à tese contrária. Logo, em casos cientificamente complexos, a carga probatória restará àquele que possuir a informação necessária ou que a pode obter de modo mais fácil”. DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999, p. 238 e 338. ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p.48.

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999, p. 342. No mesmo sentido, TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 267-8.

⁴⁷ Entende Díez-Picazo constituir a previsibilidade uma condição da responsabilidade. DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999, p. 361.

⁴⁸ ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p.103.

4. OS VELHOS CONHECIDOS: A CULPA E O RISCO

Após o perfunctório exame dos requisitos responsabilizatórios antes sinalados – dano e causalidade –, importa agora avançar com o delineamento doutros fundamentos indenizatórios próprios da responsabilidade delitual, designadamente com o estudo da culpa⁴⁹ e do risco⁵⁰, imprescindíveis à compreensão da evolução do direito de danos e, mais, para a devida dimensão preventiva daquele direito, ideia-chave deste texto.

Visando saciar um sentimento reparatório imanente (ou, por vezes, de vingança) e buscando com isso, tanto quanto possível, a reparação do dano experimentado pela vítima, passou-se a ladear a discussão relativa à presença da culpa⁵¹ admitindo-se e aplicando-se, na solução dos casos concretos (e de maneira sempre mais estendida), as presunções, inversões de ônus da prova e objetivação da responsabilidade (inclusive, extraordinariamente, na modalidade agravada⁵²), chegando-se ao modelo inacabado da responsabilidade fundada no conceito de solidariedade⁵³,

⁴⁹ A noção de culpa (de caráter moral, com forte colorido religioso) influenciou profundamente a responsabilidade civil, assegurando justificativa ética ao dever de indenizar. PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. atualizada, 12 reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 119. Consequência disso que, para alguns, só se poderia falar em responsabilidade civil na medida em que verificada a culpa do lesante, pois a vontade (de determinar-se livremente) era o substrato da vinculação contratual e o alicerce da responsabilidade havida fora de seus domínios e limites. NORONHA, Fernando. **Obrigações**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114.

⁵⁰ Adota-se aqui a noção de risco alinhavada por Noronha, segundo o qual “por este princípio a ênfase é posta na causação ou, em casos especiais, na mera atividade desenvolvida. Responde [o lesante], mesmo que tenha procedido com todos os cuidados exigíveis. NORONHA, Fernando. **Obrigações**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 433.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

⁵² Ensina Noronha que “dentro da responsabilidade objetiva é possível distinguir duas espécies, que chamaremos de ‘objetiva comum’ e ‘agravada’. Ambas prescindem da culpa. As duas têm por fundamento um risco de atividade, mas este é diferente numa e noutra. Na comum, exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável (embora não culposa), ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor. Na agravada, vai-se mais longe e a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas. Trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve. (...) são riscos inerentes, característicos ou típicos dessa atividade. (...) Poderíamos dizer que a responsabilidade civil agravada é aquela que vai além do ‘risco que tal espécie [de atividade] faz naturalmente correr’”. E ilustra o autor: “Um exemplo de responsabilidade civil objetiva agravada: empresa de transporte de pessoas é responsável até por danos resultantes de acidente de trânsito causado por motorista de outro veículo e por culpa deste (a responsabilização independe donexo causal)”. NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 476, 486-487. Lembra Facchini Neto: “A ideia genérica de responsabilidade objetiva (= independente de culpa) abrange uma miríade de teses e enfoques diversos – sendo mais importantes as teorias do risco- proveito, risco-criado, ideia de garantia e responsabilidade objetiva agravada”. FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo código civil e a constituição**, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218.

⁵³ É o que sustentam Jean Guyenot e René Savatier, por exemplo, lançando a ideia de que, ao final, os riscos serão absorvidos pelo Estado e redistribuídos à sociedade através de tributos. A citação vem contida em FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo código civil e a constituição**, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218.

também denominado de “seguro social”⁵⁴. Com isso, lançou-se mirada, repita-se, não mais na culpa do lesante, mas no ressarcimento do prejuízo.

Como cediço, a responsabilidade aquiliana⁵⁵ possui natureza eminentemente subjetiva, calcada na culpa, na moral⁵⁶ e na religião o que, ao contrário do afirmado por alguns, representou avanço civilizatório de inegável relevância histórica em defesa da liberdade do cidadão, pois que limitadora dos poderes do Estado (rei) pelo direito.⁵⁷ Daí referir-se que “um marco importante da responsabilidade foi constituído pela introdução de uma cláusula geral da responsabilidade por culpa (...). Foi uma das grandes novidades do Código Civil francês de 1804 e do seu célebre artigo 1382º, retomada de uma maneira geral nas grandes codificações modernas. O princípio da culpa valia então como exclusivo, isto é, como fundamento único da imputação de um dano (...)”.⁵⁸

Em toco dizer, vem a responsabilidade subjetiva fundamentada na existência e comprovação da culpa, admitindo ela, por conta de sua estruturação, várias possibilidades excludentes, o que por vezes se mostra problemático no que tange à reparação do dano à vítima.

Já o risco, de seu lado, legitima a responsabilização denominada objetiva.

A responsabilidade sem culpa (ou objetiva) decorre, repita-se, da reação dogmática e jurisprudencial às lesões sofridas (e não indenizadas) pelas novas vítimas da sociedade de risco⁵⁹, baseando-se a primeira vertente na assim dita “responsabilidade extracontratual decorrente do ato anormal” (vinculada à responsabilidade de vizinhança), sendo a segunda conhecida como

⁵⁴ É o que se afirma. *a. e.*, em relação aos danos decorrentes de acidentes de trabalho. Quanto a estes, diz-se, a responsabilização objetiva já não é mais suficiente, partindo-se agora para uma “*nova era, do ‘seguro social’*”. NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 407.

⁵⁵ A denominação “aquiliana” deriva da “Lex Aquilia”, ou extracontratual, do direito romano.

⁵⁶ LIMA, Alvinio. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 113. Para Mota Pinto, a culpa possui plena pertinência com responsabilidade moral. PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 119.

⁵⁷ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 13.

⁵⁸ ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1983. Sobre a submissão da força ao direito, no concernente à história do constitucionalismo, afirma-se que “En todo Occidente los pueblos pedían una “constitución” porque este vocablo significaba para ellos una ley fundamental, o una serie fundamental de principios, paralelos a una cierta disposición institucional, dirigida a delimitar el poder arbitrario y a assegurar un gobierno limitado. Se entiende que las técnicas del garantismo son diversas (cartas de derecho o no, control judicial o no, cuánta y cuál separación de poderes etc.), pero em todos los casos su intención y su razón de ser son el asegurar que se les garantise la protección frente al abuso de poder. (...) dirigidos a un único objetivo: someter la fuerza al derecho”. SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoría política**. Tradução de Maria Luz Morán. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 17 e 18. Noticiando a vinculação da culpa à responsabilidade moral, vide PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.119.

⁵⁹ A expressão aqui é utilizada no sentido apresentado por BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011. Veja-se, especialmente, página 33: “Riscos vivos pressupõem um horizonte normativo de certeza perdida, confiança violada”.

“responsabilidade extracontratual no risco criado”, não se afigurando “justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia”.⁶⁰ Diz-se, bem por isso, que “a função da responsabilidade civil é a de restabelecer, tanto quanto possível, o equilíbrio destruído pelo dano, recolocando a vítima, à custa do responsável, na situação em que ele estaria sem o ato imputado a este”.⁶¹

Numa palavra, deixou a culpa de figurar como o principal ou quase único elemento no qual se sustenta o sistema de responsabilidade civil, admitindo-se o dever ressarcitório mesmo nas hipóteses de sua patente ausência, sob o fundamento de que a vítima não pode “ser forçada a suportar prejuízo por ação de outrem, ainda que não culposa”.⁶² Desde então, nada importa a punição do agressor, pois o que se procura é a recomposição dos bens do lesado, devendo a “nova” responsabilidade civil surgir, então, “do fato, considerando-se a culpa um resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima (...). Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da causalidade entre o proveito e o risco”.⁶³

Bem nessa linha é o pensamento maduro de Saleilles, para quem, “acima dos interesses de ordem individual, devem ser colocados os sociais e só consultando esses interesses, e neles se baseando, é que se determinará ou não a necessidade de reparação”.⁶⁴

No dizer da boa doutrina, estão-se alargando as zonas “das omissões juridicamente relevantes, através da generalização, a partir de certas previsões legais específicas, dos deveres de prevenção do perigo, ou seja, pela consagração jurisprudencial de uma extensa variedade de deveres de organização, segurança, vigilância, instrução e outras condutas destinadas a controlar o potencial de risco de uma fonte de perigo”.⁶⁵ A não observância de tais deveres, por si só, já caracteriza o exercício abusivo do direito, “não sendo necessária a consciência de se excederem,

⁶⁰ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.119.

⁶¹ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.120.

⁶² NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

⁶³ A expressão é de Savatier, quando se referiu à expansão da responsabilidade, citado por LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.116.

⁶⁴ Citado por LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.117.

⁶⁵ FRADA, Manuel Carneiro da. **Contratos e deveres de protecção**. Coimbra: Coimbra, 1994.

com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito; basta que se excedam esses limites”.⁶⁶

Reforçando esse entendimento e em razão das lacunas percebidas na organização promovida pelo legislador, fez-se necessário implementar novas paletas ressarcitórias, brotadas do próprio sistema, a fim de não permitir o eventual enriquecimento sem causa do lesante e, mais ainda, para evitar ficasse a vítima sem reparação, o que feriria o princípio da justiça social. Assim é que, “no domínio da responsabilidade extracontratual a evolução implica o surgimento de uma responsabilidade objectiva, pelo risco”.⁶⁷

No já longínquo ano de 1938, em obra clássica sobre o tema, dissertava o Professor Alvino Lima acerca da então embrionária teoria da responsabilidade sem culpa⁶⁸ decorrente, entre outros motivos, do “aumento das lesões de direitos advindas das invenções criadoras de perigos, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós”⁶⁹, sendo por isso necessária a proteção das vítimas, até porque possuem estas evidente dificuldade no plano probatório (hoje configurada nas expressões vulnerabilidade e hipossuficiência técnica, informacional e econômica, segundo a boa doutrina consumerista, por exemplo⁷⁰). Não se olvide, porém, da vigorosa influência do positivismo jurídico no afastamento dos elementos subjetivos (culpa) da responsabilidade civil.

Nesse contexto, mostrou-se imprescindível distanciar a responsabilidade do elemento moral, abordando a questão sob novo prisma, a saber, “sob o ponto exclusivo da reparação do dano”, das perdas.⁷¹ Chega-se hoje a admitir, em casos especialíssimos, como acima referido, o dever de reparação de danos não causados pela pessoa ao final responsabilizada (nem por alguém dela dependente), desde que esteja presente a conexão dano-atividade.

Pelo princípio do risco⁷², tomado aqui em suas várias acepções (risco- atividade, risco-

⁶⁶ VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. I. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

⁶⁷ ROCHA, Maria Victória. **A imputação objectiva na responsabilidade contratual**. Revista de Direito e Economia. RDE, Ano XV, 1989, p. 78-100.

⁶⁸ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, 236 p. Disponível na Rede Virtual de Bibliotecas. Neste texto, foi consultada e utilizada a edição do ano de 1998, citada em nota de rodapé, acima.

⁶⁹ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.113.

⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁷¹ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.115.

⁷² FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo código civil e a constituição**, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

proveito, risco criado⁷³, garantia, objetiva agravada etc.), os danos verificados não devem ser suportados pela vítima, mas sim pelo responsável, seja ele (ou não) o efetivo causador do prejuízo (princípio da “causação” ou, ainda, da não tolerância à violação dos direitos), tudo sem se perquirir de dolo ou mesmo de culpa do agente. Demarcada restou, então, a distância entre lesante e responsável.

Conforme negrito por excelente literatura, em todas as sociedades e em todos os momentos de sua história há zonas de perigo em âmbitos vitais, daí se falar em risco permitido⁷⁴, operando ele pela definição de zonas de responsabilidade destinadas a compensar riscos socialmente inevitáveis mas que são em si mesmo permitidos em atenção a um interesse comum superior (coletivos), aspecto (tolerabilidade dos riscos) também central em nossa investigação.

Como toda nova teoria em densificação, ainda hoje levantam-se vozes em desfavor da adoção, sem mais aquela, da teoria do risco no que se refere à responsabilidade civil, em qualquer de suas perspectivas mais usuais (risco integral, risco-proveito, risco criado) afirmando-se ser ela filha dileta do positivismo e, portanto, impregnada de uma concepção materialista do direito, reguladora de relações entre patrimônios, não entre pessoas. Em suma, alegam tratar-se de uma noção desumanizada do direito. Diz-se, também, estar a teoria entranhada de ideias socialistas, deslocando o centro da discussão do indivíduo para a sociedade, sem ganhos reais, e questionando, por fim, a própria definição de interesses sociais. Ademais, destacam o caráter injusto da objetivação, pois pouco ou nada significa o esforço no sentido da prudência, irreprovabilidade da ação, precauções e cautelas, podendo haver responsabilização e indenização mesmo que lícita a conduta do agente, o que serviria de sério desestímulo à boa conduta. Tratar-se-ia, pois, de

⁷³ “Dentro da teoria do risco-criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia do risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar. Uma outra ideia que encontra abrigo no amplo espectro da responsabilidade objetiva é a de garantia, que é particularmente eficiente para explicar certas espécies de responsabilidade objetiva, como quando o autor direto do dano é desprovido materialmente de bens ou renda. Ou seja, o legislador, exemplificativamente, ao responsabilizar os preponentes pelos atos dos prepostos, teria visado a assegurar às vítimas a efetivação de seu direito à indenização dos prejuízos injustamente sofridos, direito este que restaria seriamente comprometido se dependesse unicamente da solvabilidade do autor direto do ato danoso. Como refere Karl Larenz, ‘não se trata, como no direito penal, de reagir frente ao fato culpável, mas sim de levar a cabo uma justa distribuição dos danos: quem causa um dano a outrem por meio de um ato antijurídico, ainda de modo apenas ‘objetivamente’ negligente, está mais sujeito a ter de suportar o dano do que aquele que diretamente o sofreu, sem ter contribuído para o evento’” NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 433.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999, p. 343.

indesculpável regresso às primitivas ideias da vingança privada e brutal. A prevalecer a teoria do risco-proveito, por exemplo, seria legítimo exigir a contrapartida dos terceiros que venham a auferir ganhos com a atividade do virtual lesante. Por último, destacam a inconsistência do conceito da expressão “proveito”, tudo a comprometer “gravemente a própria ordem social”.⁷⁵ Não bastasse a censura à teoria do risco acima apresentada, dizendo ser ela desumanizante por deslocar a discussão do indivíduo à sociedade, em homenagem a ideias socialistas, outra parte da doutrina lança crítica igualmente aguda, fundamentada em argumento justamente contrário, como bem anotado por Díez-Picazo.⁷⁶ Para os marxistas, os casos de responsabilidade sem culpa são a exceção, uma vez que o ressarcimento de todos os danos é um princípio típico das sociedades capitalistas, nas quais o predomínio do liberalismo econômico impede a proibição das atividades danosas. Eorsi, por exemplo, afirma não ser certo que a responsabilidade objetiva assegure o ressarcimento de um número maior de casos e que nada há de revolucionário com o propalado fim da culpa. A teoria objetiva, então, teria como destino atender necessidades do capitalismo moderno. Denunciam, ademais, que a objetivação acaba por distorcer o sistema ressarcitório, fazendo recair o custo do prejuízo sobre toda a coletividade, já que apenas as grandes empresas monopolísticas possuem condições de repassar os ônus ao consumidor, via preço de produtos (a conhecida externalidade).⁷⁷

Contra-atacam os defensores da teoria do risco (e da responsabilidade objetivada, decorrentemente) asseverando que, “embora partindo do fato em si mesmo para fixar a responsabilidade, tem ela (a teoria do risco) raízes profundas nos mais elevados princípios de justiça e equidade”. Assim, “foi em nome das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa (...) que a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham empresas poderosas”, anotando com isso serem superadas as dificuldades notórias no estabelecimento (conhecimento e prova) das causas dos acidentes, limitações que deixavam as vítimas, invariavelmente, sem reparação alguma. Ademais, o proveito obtido com a atividade do lesante (teoria do risco-proveito) não se determina concretamente, mas “é tido como finalidade da atividade criadora do risco” (cuida-se, portanto, da noção de “proveito normalmente realizável”, e não do “proveito efetivo”). Ademais, se impreciso o conceito de risco, o

⁷⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.191.

⁷⁶ Díez-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999, p.222.

⁷⁷ “A responsabilidade objetiva significa uma realocação do dano e uma identificação do valor da vida e do trabalho com o valor do ressarcimento, com a desvalorização do papel do homem no âmbito da organização técnica, pondo às claras a falsa socialidade dessas teorias (que levam à desumanização)”. Díez-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999, p.223.

que dizer da vaguidade da expressão “culpa”?⁷⁸ A isso acrescenta Alvaro Lima, citado por Aguiar Dias, ser “falsa a acusação de materialismo irrogada à tese. É verdade que considera o fato em si mesmo e dele faz derivar a responsabilidade. Mas tal se assenta nos mais lúpidos princípios de justiça e equidade”. Quanto à igualdade, mostra-se a culpa ineficaz frente à superioridade de condições de empresas poderosas. Em relação à fraternidade, a objetivação resulta do movimento da solidariedade humana, sem qualquer feição individualista. No que se refere à liberdade humana, importa a teoria do risco em maior garantia de estabilidade, diferentemente do que se passa com a culpa, sempre instável e volátil. Ademais, soa contraditória e improcedente a afirmação de que a doutrina do risco conduzirá à inércia e paralisia humanas, uma vez que “a doutrina da culpa, utilizando as presunções legais *jure et de jure*, consagra o próprio risco, porque não admite prova em contrário da ausência da culpa”. E mais, inexistem sinais de paralisia da atividade econômica, menos ainda decorrentes da larga aplicação da teoria do risco, uma vez que as grandes empresas já incorporaram os custos do risco, transferindo-os ao preço do produto/serviço. Ainda, não se trata (a teoria do risco) de algo primitivo, ao contrário do afirmado por seus detratores, pois “inexiste assimilação entre a vingança privada e o risco. Aquela não tinha a justificá-la nenhum princípio de ordem moral”, ao passo que “o risco se funda na moral e na equidade, em favor dos menos favorecidos”. O risco não implica proveito concreto, mas decorrência da sua atividade criadora afigurando-se, ao final, tão vago e incerto quanto a culpa”.⁷⁹

De toda sorte, em que pesem reparos por conta de exageros pontuais, o certo é que a teoria do risco possui larga tradição no mundo ocidental, estando definitivamente pacificado o seu uso, sendo ela aplicada por todos os tribunais, vindo prevista em vários códigos e leis especiais, notadamente nas normativas ambiental e do consumidor.

Nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, possui o risco a função de redistribuir um dano fortuito segundo variados critérios de conveniência social ou eficiência econômica (deveres de prevenção do perigo). “O apertar das malhas da ilicitude possibilitada pelos deveres de prevenção do perigo facilita obviamente o apuramento do juízo de censura trazido na culpa”.⁸⁰ Discute-se, modernamente, se a construção dualista – contrato/delito – da responsabilidade civil satisfaz as novas exigências sociais. Para alguns, entre ambas haveria uma responsabilidade pela

⁷⁸ LIMA, Alvaro. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.195-6.

⁷⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 73-4.

⁸⁰ FRADA, Manuel Carneiro da. **Contratos e deveres de protecção**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 20.

(quebra da) confiança destinada a suprir as lacunas de proteção deixadas pela responsabilidade negocial⁸¹, mas o aprofundamento da questão escapa ao objetivo desta investigação.

Já se registrou acima a tendência à ampliação das hipóteses ressarcitórias (partindo-se da ideia inicial da culpa como fundante da responsabilização civil, passando pelas presunções (legais e judiciais)⁸², inversão do ônus probatório, chegando-se às teorias do risco), valendo apenas destacar a forte propensão de a responsabilidade objetiva rumar ao conceito de “garantia”⁸³, utilizando-se o legislador, para tanto, de cláusulas gerais e de conceitos vagos e indeterminados para balizar o caminho, deixando ao Juiz a aplicação conscienciosa das técnicas quando da análise e julgamento do caso concreto.⁸⁴

Assim, mesmo diante da progressiva adoção e alargamento aplicativo da teoria do risco, há espaços em que se faz necessária a aplicação da teoria subjetiva, fulcrada na culpa, e em alguns casos, como na hipótese de ressarcimento pelo dano em eventos aleatórios, objeto de nossa pesquisa, mostra-se necessário migrar para a técnica das presunções e, ao final, para outros métodos indenizatórios.

Nosso atual Código Civil⁸⁵, promulgado no ano de 2002, foi parcialmente inspirado por essas

⁸¹ Vide, por todos, FRADA. Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007, especialmente capítulo IV, p. 583 e seguintes.

⁸² Presunção é ilação que a lei ou o juiz retira de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido. Não é meio de prova, mas fórmula lógica para descoberta dos fatos. Portanto, a presunção altera o fato que ao onerado incumbe provar. Quando se refere às provas, destaca Noronha o que se entende por presunções legais e naturais. As naturais são também designadas simples ou de fato, e “têm por base aquilo que a vida nos ensina, o que normalmente acontece na vida real. Resultam de regras de experiência que o juiz pondera ao apreciar a prova. As legais são determinadas por normas jurídicas (relativas e absolutas)”. Devem as presunções ser distinguidas das ficções legais. Conforme o autor referido, “ficção legal é técnica que permite considerar como real uma situação imaginária, que assim passará a ser juridicamente relevante. Propriedade fiduciária é ficção legal”. NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 478, 482. Aguiar Dias, com sua reconhecida competência, demarca a distinção entre ficção e presunção. Esta (presunção), “baseia-se na verossimilhança e responde às tendências da lógica natural. Baseia-se no que ordinariamente acontece. A primeira (ficção) vai mais longe, ultrapassa o domínio da prova e desnatura cientificamente as realidades, de forma que exclui aprioristicamente qualquer possibilidade de prova em contrário”. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 92.

⁸³ Acerca do tópico – garantia – veja-se MONTEIRO, Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito do Porto**, 2005, p. 349-390.

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. V 9, n. 29, p. 233-258, jul/dez 2006.

⁸⁵ Lei n. 10.406/2002. Síntese adequada pode ser encontrada em FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. Revista TST, Brasília, vol. 76, n. 1, jan/mar 2010. Intensa e ácida análise é empreendida pela mais qualificada inteligência nacional ao Código Brasileiro de 2002. Comentando o artigo 186, por exemplo, destaca Aguiar Dias: “O texto se me afigura realmente decepcionante. Se o que se pretendia era tratar do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159 [do Código anterior], que tratava da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. O ato ilícito pode não causar dano”. E, ao analisar o dano moral e o artigo 927, desfez: “Outro defeito: [em relação ao dano moral] não é o ato ilícito, eventual produtor do dano, que explica e justifica a reparação.

diretrizes socializantes, mantendo a estrutura clássica ressarcitória ancorada na culpa (teoria subjetiva), mas previu a responsabilidade sem culpa “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”⁸⁶, dilatando assim as hipóteses de responsabilização objetiva⁸⁷ e inserindo as cláusulas gerais referentes ao abuso de direito (art. 187), ao exercício da atividade de risco (art. 927, par. único) e aos danos causados por produtos (art. 931).

O Código de 2002 constitui-se, é bem verdade, num tímido avanço no que se refere ao tema responsabilizatório, uma vez que já se havia instituído por lei, vinte anos antes, ao menos em matéria ambiental, a responsabilidade independentemente da verificação da culpa.⁸⁸ Igual caminho - objetivação da responsabilidade - foi trilhado pelo legislador consumerista.⁸⁹

Não é demasiado advertir, nesta altura, que todo o complexo jurídico ressarcitório encontra-se indubitavelmente tonalizado pela Constituição Federal, sendo aceite por todos, e por isso não se lhe dedica aqui mais profunda reflexão, a superioridade hierárquico-normativa da Carta de 1988, que serve como "fundamento de validade das normas inferiores".⁹⁰ Insta averbar, todavia, na vereda de Mota Pinto, conter a “constituição uma força geradora de direito privado. Suas normas não são meras diretivas programáticas de caráter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador, pelo juiz e pelos demais órgãos estaduais”. As normas constitucionais, especialmente aquelas veiculadoras dos direitos fundamentais, possuem evidente eficácia na seara das relações entre particulares (relações jurídico-privadas), o que se dá de três formas. Primeiro, quando as normas de direito privado reproduzem o conteúdo da norma constitucional (por exemplo, quando se fala no direito ao nome e à intimidade da vida privada). Segundo, por meio de

É a sua repercussão, o seu efeito. (...) O artigo 927 consagra a culpa como fundamento principal da responsabilidade civil. A noção se nos afigura imprecisa ou, talvez, ambígua”. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 29-39.

⁸⁶ Artigo 927, parágrafo único do CCB/2002.

⁸⁷ "Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco etc.), mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas". SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

⁸⁸ Assim prevê a Lei n. 6.938/1981, em seu artigo 14, §1º: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

⁸⁹ Lei n. 8.078/1990, especialmente o seu artigo 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1998.

“cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cujo conteúdo é preenchido com os valores constitucionalmente consagrados”. Por último, em situações “excepcionais, inexistindo cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecedora de um direito fundamental aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado”. Na mesma sequência, destaca o autor a conciliação havida entre o “direito constitucional e os princípios fundamentais do direito privado – eles próprios conformes à Constituição”, sublinhando situações nas quais o direito civil “prevalece” sobre o direito constitucional. Assim se verificaria, *a.e.*, quando em discussão os conceitos de igualdade *versus* liberdade contratual, ou entre liberdade de expressão e dever de segredo ou fidelidade contratual. “Sem essa atenuação”, remata o doutrinador, “a vida jurídico-privada, para além das incertezas derivadas do caráter muito genérico dos preceitos constitucionais, conheceria uma extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo”.⁹¹

Dessa forma também acontece, regra geral, quando da interpretação⁹² e aplicação das leis ordinárias (e das cláusulas gerais nelas inseridas) que devem, bem por isso, ser lidas a partir dos princípios constitucionais que as informam⁹³, até porque, como já afirmado, “cada Direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado Direito) princípios”.⁹⁴

Guiada pelos direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁵ é que

⁹¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 72-5.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, especialmente p.36. Para Eros Grau, “(...) a interpretação do Direito tem caráter constitutivo – não, pois meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção (=concretizar) ao Direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do Direito na realidade”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 158.

⁹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Abrindo outra perspectiva sobre o tema, vide o trabalho de AUER, Marieta. A interpretação em conformidade com o direito primário, *in* MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.41-77. Vale, no particular, sublinhar a feliz advertência da doutrina: “Por um lado, a tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição de suas fronteiras operativas. Por outro lado, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos”. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. XX.

⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 162.

⁹⁵ Realmente, “a dignidade desempenha um papel não apenas na caracterização do dano causado por violações aos direitos humanos, mas também na responsabilização do Estado em reparar o dano. Assim o é porque uma violação

se vai plasmando a base para a repaginação da tábua valorativa que permeia a responsabilidade civil contemporânea - dedicando-se especial ênfase às assimetrias⁹⁶, à proteção do vulnerável, do hipossuficiente e, de maneira mais detida⁹⁷, das vítimas -, cujo eixo central reside agora na preocupação com o ressarcimento do dano⁹⁸ (examinando-se, à largada e conceitualmente, se se trata, inclusive, de admitir nova categoria de patrimônio a ser protegido ou de danos a serem indenizados), afastando-se da discussão o conceito de culpa, quando necessário e pertinente, e até dispensando-se, eventualmente, em situações excepcionálíssimas, a demonstração do nexo de causalidade.

Nesse contexto temporal-evolutivo foi tomando densidade, então, a ideia centrada na necessidade de se aplicarem os direitos fundamentais às relações entre particulares⁹⁹, sem que isso implique a vulgarização que se quer justamente evitar.

Compondo essa nova tessitura normativa, passou o Código Civil Brasileiro¹⁰⁰ a tornar também seus os princípios da socialidade, eticidade e efetividade (ou operabilidade, como querem alguns).¹⁰¹

dos direitos humanos fere "a dignidade e o respeito devidos a cada ser humano (...). A punição de quem praticou o ato restabelece a dignidade e a autoestima da vítima (...) e da comunidade"". BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 32.

⁹⁶ As assimetrias manifestam-se através da ausência de isonomia material, caracterizada também (mas não exclusivamente) pela vulnerabilidade de um em relação ao outro que se encontra, bem por isso, substancialmente superior àquele. MIGUEL, Paula Castello Miguel. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Por isso, a igualdade buscada deve ser "real e efetiva perante os bens da vida", isto é, substantiva, não meramente adjetiva. FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 62.

⁹⁷ "Surgiu então a necessidade de socorrer as vítimas (Mazeaud & Mazeaud, leçons de droit civil, Paris, Ed. Montchrestien, 1956, p. 302)". FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo código civil e a constituição**, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218.

⁹⁸ "Mas a sua expansão (da responsabilidade contratual) é também a da responsabilidade em geral, porque orientada no sentido de facilitar a reparação devida à vítima do dano". DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, 12 ed, 2 tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p.67.

⁹⁹ Assim, por exemplo: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012. UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.225-246. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 273-300.

¹⁰⁰ SOUZA, Sylvio Capanema de. **O novo código civil**. Livro I – do direito das obrigações. Rio de Janeiro: CEDEs-TJRJ, 2002, p. 40-42.

¹⁰¹ A socialidade implica no abandono do modelo liberal-individual, não podendo contratos e propriedade, por exemplo, afastarem-se de sua função social. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no código civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2003 e REALE, Miguel. **Principais controvérsias no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. A eticidade, de seu lado, quer significar que as relações obrigacionais serão depuradas pela boa-fé objetiva TRINDADE, Roberto Júlio. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista do Direito do Consumidor**, 23-24/199, jul.-dez. 1997.

Para tanto e com o intuito de conferir maior plasticidade e, portanto, relativa perenidade à lei, utiliza-se o sistema de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e normas programáticas, cabendo ao Judiciário concretizar os mandamentos ético-jurídicos ali insertos a partir, repita-se, da matriz constitucional, apesar de termos como verdadeira a constatação de que as constituições nacionais (especialmente nos países comunitários europeus) estão "gradativamente perdendo em centralidade".¹⁰²

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA “ANÔMOLA” FUNÇÃO PREVENTIVA

Certeza, verdade¹⁰³ e confiança representam o esforço central das ciências que, desde sempre, as investigam e perseguem. Foi essa (a discussão acerca da certeza e, portanto e ao fim, sobre a estabilidade, a autoridade e o poder), *a. e.*, a essência do conflito havido entre jesuítas e galileanos¹⁰⁴ acerca dos “infinitamente pequenos”.¹⁰⁵

Assim, a incerteza no direito da responsabilidade civil, antes obstáculo intransponível à indenização das vítimas, passou a ser incorporada à solução nas hipóteses de causalidade probabilística, como a perda de oportunidades.

Agora, e em face do princípio da precaução¹⁰⁶, tem-se a contingência como impulsionadora

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 121.

¹⁰³ Afirma Popper, com inteira razão, ser a verdade científica inalcançável, mas mesmo assim insiste ele que se deve persegui-la sempre, por “tentativa”, cientes da “transitoriedade” dessa verdade. POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações** (O progresso do conhecimento científico). Brasília: Editora da UNB, 1994.

¹⁰⁴ ALEXANDER, Amir. **Infinitesimal: a teoria matemática que mudou o mundo**. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 197.

¹⁰⁵ Como se sabe, na contenda famosa, encontravam-se de um lado as forças da hierarquia e da ordem – jesuítas, hobbessianos, cortesãos reais franceses e a alta Igreja anglicana. Defendiam estes um sistema fixo e unificado do mundo, tanto natural quanto humano. Portanto, opunham-se aos infinitesimais, pois estes significavam a relativização de uma verdade para eles absoluta, eterna, relacionada à transcendência e ao infinito divino. Noutra banda posicionaram-se os ditos “liberalizadores”, como Galileu, Wallis e os newtonianos. Advogavam a favor dos infinitesimais e de seu uso na matemática e, em consequência, admitiam uma ordem pluralista e flexível, que pudesse acomodar a gama de opiniões e diversos centros de poder. Para o grupo liderado pelos jesuítas, o mundo era um lugar fixo e sempre imutável. Afinal, diziam, é esta a base da ordem e da hierarquia, as quais não poderiam ser contrastadas jamais. ALEXANDER, Amir. **Infinitesimal: a teoria matemática que mudou o mundo**. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p.14-5, 175. Para Galileu e os seus, entretanto, os infinitesimais eram a verdade em si, matematicamente demonstrável o que levou Popper, séculos após, a propor a admissibilidade de verdades provisórias, mutáveis, capazes de responder ao menos temporariamente às questões apresentadas, até que novas verdades fossem descobertas e permitissem uma explicação mais consequente dos fenômenos naturais, por exemplo. Daí o surgimento do racionalismo identificado com Descartes, Espinosa e Leibniz. Por todos, consulte-se: Leibniz. **A Monadologia e outros textos**. Org. e Trad. Fernando Luiz B. G. e Souza. São Paulo: Editora Hedra, 2009. DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro Humano**. São Paulo, Companhia das Letras, 1996. ESPINOZA, Baruch de. **Tratado Teológico-político**. Organização J. Guinsburg, Newton Cunha, Roberto Romano. Tradução J. Guinsburg, Newton Cunha. 1 ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

¹⁰⁶ “O princípio da precaução funciona como um programa para decisões que tenham por objeto riscos abstratos, *i.e.*, existentes em contextos de incerteza científica quanto às informações que envolvam a sua probabilidade de ocorrência futura ou os possíveis efeitos decorrentes de sua concretização. Situado num contexto de incerteza científica, a precaução centraliza-se numa lógica de

de acepilhados instrumentos que permitem não o ressarcimento da [mera] possibilidade em si, como defende a corrente ontológica da perda da chance, nem a indenização de eventuais prejuízos nela baseados, mas a utilização da causalidade possível capaz de induzir juízos aproximativos fundados nas noções de inferência plausível e pertinência, aptas a fortificar a aplicação de esquemas precaucionais, imprescindíveis à renovação teórica do extenso conceito de proteção societal.

Todavia, como refere Nuno Crato, “a sociedade não precisa de sistemas perfeitos, mas de regras que conduzam a escolhas coletivamente aceites, mesmo que falíveis e aproximadas”.¹⁰⁷

O problema que hoje se faz necessário discutir é este: qual o impacto, para a responsabilidade civil, da guinada epistemológica havida em direção à socialização do direito de danos em detrimento das estruturas de garantia dos direitos individuais? O argumento socializante é sincero e vale para acomodar as necessidades originadas da sociedade de risco?¹⁰⁸ O que se deve indenizar?¹⁰⁹ Como compatibilizar a antiga formatação do direito positivo e de seus tribunais com as necessidades coletivas decorrentes da sociedade multifária?

A reconfiguração das coberturas ressarcitórias fez (re)aparecer a noção de deveres gerais de cuidado e de prevenção, os quais, urdidos pelo complexo influxo social, mostram-se como resposta necessária à danosidade de massas.

Conforme Perales, há quem negue a possibilidade de medidas preventivas (prevenindo dano futuro) fazerem parte do conceito geral de reparação pois, na verdade, não visam reparar dano

análise probabilística dos riscos ambientais. Riscos catastróficos têm geralmente baixas probabilidades, mas consequências extremas (mesmo sem a possibilidade de demonstração quantificável das probabilidades)”. É a “prevenção *stricto sensu*”, do que se conclui que a “irreversibilidade do dano” aliada à “incapacidade material, tecnológica ou financeira de recomposição dos bens ambientais” legitimam a precaução. CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.37-8, 40.

¹⁰⁷ CRATO, Nuno. **A matemática das coisas**. 9 ed. Gradiva: Lisboa, 2010, p.31.

¹⁰⁸ Acerca da indevida utilização da responsabilidade civil para fins pouco nobres, comenta Alfredo Orgaz: “De aqui que, como se ha observado, sea corriente que la víctima, a la manera de la lechera de la fábula, llegue a invocar ganancias solamente soñadas”. O conto da “lechera” é uma fábula infantil na qual uma menina, que ordenha vacas, imagina que terá ganhos espetaculares com os investimentos que fará com a venda do leite, comprando ao final um lindo vestido para o baile no qual escolherá o melhor pretendente. Mas, desafortunadamente, deixa o balde com o leite cair ao solo, fazendo desaparecer seus grandiosos sonhos. ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d, p. 19-25.

¹⁰⁹ Talvez seja este um dos grandes desafios do atual direito de danos, qual seja, promover a seleção dos interesses a serem tutelados. Como negrita Ana Frazão, “Daí a advertência de Christian von Bar (op. cit., p. 29): “The problem we are left with is how to develop a sensible legal method of defining what can still be regarded as damage and what should be considered as mere loss”. Em sentido semelhante, destaca Cees van Dam (2006, p. 115): “The scope of application of fault liability needs to be limited since it is undesirable that each kind of loss or harm and each kind of harmful negligent conduct can give rise to liability”. FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. Brasília: **Revista do TST**, vol. 77, n. 4, out/dez 2011, p. 39.

algum. Mas ressalta que se tem admitido que a função adjacente da responsabilidade civil, e até mais nobre, dada a danosidade crescente, é evitar que o dano se produza.¹¹⁰ De fato, “amesquinhar o direito civil ao escopo reintegratório, sem a capacidade de atuar sob o ponto de vista preventivo, implica em renúncia à efetividade, no binômio justiça/eficiência, sobremaneira no que diz respeito à violação a direitos da personalidade e atentados a interesses difusos e coletivos”.¹¹¹ No mesmo caminho segue Júlio Gomes, para quem as funções preventiva e punitiva são “duas as duas faces de uma mesma medalha, expressões de um único princípio”.¹¹²

O Professor Noronha comenta com propriedade, a propósito, que a função preventiva da responsabilidade civil “é similar a igual função da pena criminal. A responsabilidade civil também visa dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos prejudiciais a outrem (prevenção especial/mesma pessoa e prevenção geral/quaisquer outros). Este aspecto é especialmente importante quando se refere a danos evitáveis”.¹¹³

De se anotar, ainda, que a “escola jurídica bayesiana”¹¹⁴ possui sentida repercussão no direito de danos e, em particular, na doutrina que adjudica ao instituto ressarcitório uma função preventiva, com a expectativa de evitar danos futuros.¹¹⁵

A função preventiva, sob a ótica da causalidade, exige que os agentes envolvidos saibam *ex ante* a decisão que sobre suas ações adotaria um julgador.

Em tal sentido, e com expressa referência à dinâmica dos danos, comenta Zorzetto, com acerto, que “a novidade atual não é a existência de riscos nem tampouco o fato de que tentamos enfrentá-los, mas a dimensão dos conhecimentos sobre os quais podemos basear a decisão de atuar ou não de forma preventiva e, se for o caso, qual cautela adotar”¹¹⁶ até porque, “ainda que o futuro

¹¹⁰ PERALES, Carlos de Miguel. **La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente**. Madrid: Editorial Civitas, S/A, 1994, p.94.

¹¹¹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46.

¹¹² GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano 15, 1989, p.106.

¹¹³ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Sequência**, v. 19, n. 37, 1998, p. 21-37. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>, acesso em 12/2/2022.

¹¹⁴ A expressão foi por nós ineditamente criada e consta em ENZWEILER, Romano José. **Teorias causais e meio ambiente: da perda de oportunidade à lógica fuzzy**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

¹¹⁵ “Por que a causalidade é um mau critério de imputação de danos? Porque o normal é que haja várias causas, muitos eventos sem os quais não teria ocorrido o dano. A causalidade é um critério de imputação demasiado amplo. Associar responsabilidade civil à responsabilidade por causação de danos é um erro generalizado”. CODERCH, Pablo Salvador. **Causalidad y responsabilidad**. *Working paper* n. 94. Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra. Barcelona, junho 2002.

¹¹⁶ ZORZETTO, Sílvia. **Concepto de riesgo y principio de precaución**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p.46.

seja incerto, deve-se dispor de um fundamento decisório seguro (racionalizado)” que transite “entre a certeza absoluta e a dúvida total”.¹¹⁷

A função do direito civil responsabilizatório é, ou passou a ser, “essencialmente a de evitar o ilícito, e não exclusivamente eliminar as suas consequências danosas”, o que aproxima o princípio da precaução – tão amoldado ao direito ambiental, por exemplo – à finalidade punitiva do direito de danos.¹¹⁸ A pena civil destina-se, portanto, a “inibir danos que ofendam interesses transindividuais”.¹¹⁹ Para ter-se a medida equilibrada da minimização dos riscos a obstar com a aplicação do princípio da precaução, deve-se verificar o potencial lesivo, isto é, “quanto mais graves os efeitos esperados, maior a relevância de sua mitigação. As medidas preventivas impostas devem ser proporcionais à gravidade dos riscos diagnosticados a fim de permitir que se atinja o nível de proteção pretendido, tendo em conta os potenciais efeitos a médio e longo prazos”.¹²⁰

O princípio da reparação integral constante da maioria dos sistemas indenizatórios ocidentais e a necessidade de legitimação do processo ressarcitório justificam o giro metodológico que tornou mais permeável o estabelecimento do vínculo causal. Nesse sentido, o desafio diuturno enfrentado pelos tribunais refere-se à necessidade de aplicar critérios ressarcitórios a partir de laços causais que não se possam provar de maneira plena, sendo preciso, por isso, o auxílio de princípios jurídicos que permitam desdobrá-los para além de considerações puramente fenomenológicas.¹²¹

Oportuno exemplo do que se está afirmando pode ser encontrado na obra de Atienza e Manero.¹²² Para os professores da Universidade de Alicante, os ilícitos atípicos (como se dá com o abuso do direito, a fraude à lei e o desvio de poder) supõem ações contrárias não a uma norma jurídica específica – a uma regra –, mas a um princípio. Os ilícitos atípicos inverteriam, assim, o sentido da regra. *Prima facie* existe uma regra de conduta que permite a ação discutida. Porém, e

¹¹⁷ CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.34.

¹¹⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55-6.

¹¹⁹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.79.

¹²⁰ CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.36. Daí poder-se empregar a expressão latina *ex pede Herculem*, a qual “exprime uma máxima de proporcionalidade, inspirado num experimento atribuída a Pitágoras, que teria estabelecido a altura de Hércules com base no tamanho de sua pegada, valendo-se da proporção das partes do corpo humano. De modo geral, a expressão diz que é possível chegar ao todo a partir da parte”. QUINE, Willard van Orman. **De um ponto de vista lógico**. Tradução Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 94.

¹²¹ RÍOS, Juan Antonio Xiol. **Posición actual del tribunal supremo ante los pleitos de daños**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011, p. 57.

¹²² ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2006.

em razão de sua contrariedade a algum princípio, dito proceder transmuda-se em ilícito.¹²³

O caminho, ficou claro, encontra-se aberto a novas técnicas ressarcitórias, inclusive com a utilização de lógicas não clássicas, especialmente no que se refere à recomposição-prevenção-indenização dos danos nos quais a vítima é ocasionalmente anônima, o nexos causal é tênue (ou de difícil demonstração), o dano é normalmente diferido no tempo e o bem protegido mostra-se invariavelmente coletivo (mais do que propriamente público). Como antes referido, nos domínios do direito, em especial no sensível direito de danos, manifestam-se vivamente as marcas da incerteza¹²⁴, acentuando-se a insuficiência da culpa como critério ou elemento responsabilizador nas situações relacionadas ao que se convencionou denominar “eventos aleatórios”.

A responsabilidade civil clássica, sob tais influxos, mostrou suas fraturas estruturais. Organizada para um mundo estável, lento e previsível, desenvolveu-se em torno da noção de culpa, criada para resolver demandas pouco complexas, intersubjetivas, situadas no âmbito individual. Portanto, deixou o direito da responsabilidade civil de atender porções significativas desses “novos danos”¹²⁵, não só porque as relações humanas ficaram mais conflituosas, mas também em razão de ter o mundo ocidental assumido uma postura marcadamente socializante do direito e, portanto, intolerante com a situação da vítima não indenizada.

No intuito de modernizar o direito ressarcitório, isto é, para alcançar aquelas situações da vida não abrangidas pela responsabilidade civil dita tradicional, calcada na culpa, criaram-se mecanismos que indicam uma mudança do eixo decisório: deslocou-se o objeto da prova,

¹²³ Fornecem os autores, como exemplo haurido da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, o caso Friedmann – STC, de 11/11/1991. Por este, em petição de amparo, a Sra. Violeta Friedmann questionava a revista Tiempo, a qual publicara entrevista de León Degrelle, ex-chefe das “SS”, na qual negava o holocausto judeu. O Tribunal, modificando entendimento anterior em situações que envolviam liberdade de expressão (em contrariedade à liberdade de informação), inovou, criando conduta ilícita (um “tipo novo”) a partir da aplicação dos princípios da liberdade de expressão e do respeito à honra e à dignidade da pessoa. ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2006, p. 29-30.

¹²⁴ De acordo com Femenía López, “para a generalidade da doutrina, a certeza constitui requisito indispensável para a reparação ou ressarcimento dos danos. A certeza do dano equivale à sua existência”, admitindo a jurisprudência espanhola que “a certeza do dano possa restar diferida no tempo, já que não se tem que provar, em todo o caso, que o dano era certo no momento de ocorrer a hipótese de fato”. Portanto, “a certeza do dano varia segundo o tipo de dano”. FEMENIA LÓPEZ, Pedro J. **La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011, p.455. Ainda em relação à certeza do dano, veja-se: “A certeza do dano não se opõe a que sua existência seja passada, presente ou futura a respeito da data em que se adota a decisão judicial respectiva, posto que as consequências do mesmo, uma vez demonstrada sua existência, podem manifestar-se através do tempo, sem que isso signifique que não se possa ordenar sua reparação. O dano poderá gerar efeitos que se refletirão no futuro, em virtude do prolongamento desse estado de coisas. GÓMEZ, Luis Felipe Girardo. **La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p.47.

¹²⁵ Para Luis Gómez, pode-se afirmar que qualquer situação lesiva que gera consequências no patrimônio do sujeito pode ser considerada como um dano, o qual poderá manifestar-se em diferentes formas, segundo os direitos ou interesses que resultem afetados. GÓMEZ, Luis Felipe Girardo. **La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 24.

utilizando-se da probabilidade.¹²⁶

Como acima clarificado, no direito de danos tradicional as dificuldades de feitura da prova eram ordinariamente resolvidas em desfavor da vítima, preferindo-se uma infracompensação¹²⁷ a um enriquecimento do lesado, “tornando o evento danoso uma espécie de lucro” [ao lesante].¹²⁸ Uma das respostas possíveis a este estado de coisas foi apresentada pela doutrina do dano moral, que o funcionaliza de maneira a “neutralizar o risco infracompensatório, quando a vítima não se encontra em condições reais de fazer a prova devida do dano sofrido”.¹²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A experiência e o conhecimento passados pelos antigos têm demonstrado a necessidade de se investir na função preventiva da responsabilidade civil, até mesmo porque, modernamente, com a potencial de destruição conferido pela tecnologia não há sentido, em alguns casos, falar-se em reparação do dano, pois após o desastre não haverá o que consertar e, se houver, seu valor será monetariamente inestimável. Os tristes exemplos do rompimento das barragens de Brumadinho, em Minas Gerais, e da Lagoa da Conceição, em Florianópolis, dão a dimensão do problema, mas também indicam a possível solução.

¹²⁶ Para muitos, o conceito de probabilidade encontra-se normalmente ligado ao de frequência, como se verá mais tarde, o que é de todo pertinente ao estudo da causalidade a seguir demonstrado. Por ora, vale referir ser a probabilidade a “porcentagem de vezes que se espera obter de um resultado. Isso pode ser calculado, dividindo o número de maneiras que o resultado pode ocorrer pelo número total de possíveis resultados. Por exemplo, a probabilidade do número 1 aparecer quando um dado é lançado é de 1 em 6, ou seja, 1/6 (ou 16,7%)”. RUMSEY, Deborah. **Estatística para leigos**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2009, p.117. “Quase-certeza, probabilidade relativa e possibilidade são, em conclusão, as três categorias conceituais que hoje presidem o exame sobre o nexos causal nos vários ramos do ordenamento”. MICELI, Carla Maria. **Il danno da perdita di chance**. Università degli studi di Catania. Tesi di dottorato. Anno accademico 2012/2013, p.31. Disponível em <http://archivia.unict.it/handle/10761/1362?mode=full>, acesso em 10/2/2022. A mesma autora italiana, agora citando Pucella, afirma que nos encontramos na passagem de uma concepção determinística e monocausal para uma concepção probabilística e multifatorial. MICELI, Carla Maria. **Il danno da perdita di chance**. Università degli studi di Catania. Tesi di dottorato. Anno accademico 2012/2013, p.76. Disponível em <http://archivia.unict.it/handle/10761/1362?mode=full>, acesso em 10/2/2022. Logo após, comenta que doutrina e jurisprudência abandonaram, em sede de acerto causal, a regra da certeza e migraram para critérios baseados numa lógica essencialmente **probabilística**. MICELI, Carla Maria. **Il danno da perdita di chance**. Università degli studi di Catania. Tesi di dottorato. Anno accademico 2012/2013, p. 130. Disponível em <http://archivia.unict.it/handle/10761/1362?mode=full>, acesso em 10/2/2022.

¹²⁷ “O estado contrário ao da infracompensação reparadora não é a compensação plena, mas a ausência de dano. Mas, para isso, o sistema de responsabilidade civil deveria reorientar sua estratégia e função para conseguir funções de prevenção. No estado presente, esta função só se pode conseguir impondo-se indenizações de danos morais que realmente desempenham funções de dano punitivo. Cumpre função de prevenção geral desincentivando condutas futuras que podem ser danosas. (...) Pode ocorrer que a vítima se torne supercompensada, mas este é um custo necessário para a prevenção futura de condutas danosas, cujo resultado natural é quase sempre a infracompensação. PERERA. Angel Carrasco. **La reparación integral del daño y su prueba**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011, p.437.

¹²⁸ PERERA. Angel Carrasco. **La reparación integral del daño y su prueba**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011, p.439.

¹²⁹ PERERA. Angel Carrasco. **La reparación integral del daño y su prueba**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011, p.387.

O direito contemporâneo possui refinamento capaz de contribuir ao resgate do direito das vítimas, tornando o moderno direito de danos uma das representações mais expressivas do movimento que se tem denominado *floodgates*, esse alargamento responsabilizatório¹³⁰ derivado da socialidade do direito civil. Para tanto, afrouxaram-se os filtros da responsabilidade, passando o vínculo causal a se transformar num “nexo probabilístico”, o que é um avanço respeitável.¹³¹

Mas será igualmente proveitoso adotarmos, com vigor e determinação, a prevenção do prejuízo como função responsabilizatória primeira para, ao invés de resgarmos a dignidade da vítima pela reparação (às vezes conturbada e de difícil demonstração), pouparmos o lesado do prejuízo, impondo ao possível lesante a obrigação de promover medidas preventivas eficazes, com custos razoáveis e pagáveis.

Nada, além de um injustificado e embolorado apego a doutrinas claramente vetustas, nada justifica a não utilização da função preventiva no direito de danos, encontrando-se esse posicionamento em absoluta colisão com a dignidade das vítimas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIARRI, Hugo A. **La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1983.

ALCOZ, Luis Medina. **La teoría de la pérdida de oportunidad**: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi S.A., 2007.

ALEXANDER, Amir. **Infinitesimal**: a teoria matemática que mudou o mundo. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2006.

¹³⁰ “A possibilidade de reparação de danos relativos à perda da chance, de natureza um tanto aleatória, é um dos aspectos em que se revela o fenômeno contemporâneo da expansão dos danos suscetíveis de reparação”. NORONHA, Fernando. **Obrigações**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p.672.

¹³¹ “A chance é uma possibilidade associada a uma certa probabilidade”. ACCIARRI, Hugo A. **La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p.203-4.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARTNECK, Christoph. LÜTGE, Christoph. An **introduction to ethics in robotics and AI** (SpringerBriefs in Ethics). English Edition. 1st ed. 2021 Ed., eBook Kindle.

BONINI, Paulo Rogério. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CODERCH, Pablo Salvador. Causalidad y responsabilidad. *Working paper* n. 94. Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra. Barcelona, junho 2002.

CRATO, Nuno. **A matemática das coisas**. 9 ed. Gradiva: Lisboa, 2010.

DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes**: Emoção, Razão e o Cérebro Humano. São Paulo, Companhia das Letras, 1996.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996.

ENZWEILER, Romano José. **Teorias causais e meio ambiente**: da perda de oportunidade à lógica *fuzzy*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

ESPINOZA, Baruch de. **Tratado Teológico-político**. Organização J. Guinsburg, Newton Cunha, Roberto Romano. Tradução J. Guinsburg, Newton Cunha. 1 ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo código civil e a constituição**, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FEMENIA LÓPEZ, Pedro J. **La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias**: lucro cesante y pérdida de oportunidades. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo, Saraiva, 1989.

FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance** (em especial na contractação pública). Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Contratos e deveres de protecção**. Coimbra: Coimbra, 1994.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. Brasília: **Revista do TST**, vol. 77, n. 4, out/dez 2011.

GARCÍA, Marta María Sánchez. El daño desproporcionado. **Revista Cesco de Derecho de Consumo**. N. 8. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, 2013. Disponível em <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>. Acesso em 12/2/22.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Lisboa, 2007.

GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano 15, 1989.

GÓMEZ, Luis Felipe Girardo. **La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no código civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Tradução e estudo preliminar de José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVIT, Nancy. Ethereal Torts. George **Washington Law Review**, vol. 61, november 1992.

LIMA, Alvaro. **Culpa e risco**. 2 ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LÓPEZ, Fernando Peña. El alcance del principio de “los riesgos generales de la vida” como criterio de exclusión de la responsabilidad civil. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MICELI, Carla Maria. **Il danno da perdita di chance**. Università degli studi di Catania. Tesi di dottorato. Anno accademico 2012/2013. Disponível em <http://archivia.unict.it/handle/10761/1362?mode=full>, acesso em 10/2/2022.

MIGUEL, Paula Castello Miguel. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

MONTEIRO, Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito do Porto**, 2005. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10216/23773>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade. V 9, n. 29, p. 233-258, jul/dez 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NIETO, Alejandro. GORDILLO, Agustín. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. Revista **Sequência**, n. 37, Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis, 1998.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Sequência**, v. 19, n. 37, 1998, p. 21-37. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>, acesso em 12/2/2022.

NORONHA, Fernando. **Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Córdoba: Lerner Editora, s/d.

PERALES, Carlos de Miguel. **La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente**. Madrid: Editorial Civitas, S/A, 1994.

PERERA. Angel Carrasco. **La reparación integral del daño y su prueba**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações** (O progresso do conhecimento científico). Brasília: Editora da UNB, 1994.

QUINE, Willard van Orman. **De um ponto de vista lógico**. Tradução Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

REALE, Miguel. **Principais controvérsias no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RÍOS, Juan Antonio Xiol. **Posición actual del tribunal supremo ante los pleitos de daños**. Derecho de daños. Coordinador GUARDIA, Mariano José Herrador. Madrid: Sepin, 2011.

ROCHA, Maria Victória. **A imputação objectiva na responsabilidade contratual**. Revista de Direito e Economia. RDE, Ano XV, 1989.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RUMSEY, Deborah. **Estatística para leigos**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2009.

RUSSEL, Stuart. **Human compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control**. English Edition) eBook Kindle.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. In MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoría política**. Tradução de Maria Luz Morán. Madrid: Alianza Editorial, 2005.

SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas Editora, 2007.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **O novo código civil**. Livro I – do direito das obrigações. Rio de Janeiro: CEDEs-TJRJ, 2002, p. 40-42.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRINDADE, Roberto Júlio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro**. Revista do Direito do Consumidor, 23-24/199, jul.-dez. 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

UJVARI, Stefan Cunha. **A história da humanidade contada pelos vírus**. 2 ed. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. I. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

WILLIAMSON, T. 1994. **Vagueness**. London: Routledge. Chapter 1.

ZORZETTO, Silvia. **Concepto de riesgo y principio de precaución**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

EDUCAÇÃO FISCAL E TRANSPARÊNCIA FISCAL: FACES DA MESMA MOEDA NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

Wastony Aguiar Bittencourt¹

INTRODUÇÃO

A educação é dever, de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 6º, do Estado, e como tal, deve na medida em que ensina, tornar também um cidadão, que possa saber dos seus direitos e deveres.

A educação fiscal, surgiu da necessidade de aperfeiçoar os conhecimentos sobre as formas de organizar e tributar dos diversos entes. Dessa forma, de tornar essa pessoa ciente de suas obrigações enquanto contribuinte e, não só, saber os mecanismos de arrecadação e os mecanismos de como se gastam os recursos que são arrecadados via tributação.

Já a transparência fiscal surgiu da necessidade de tornar público o que se arrecada e o que se gasta nos três níveis de governo, federal, municipal e estadual. O objetivo é tornar transparente a movimentação financeira dos entes para que se possa acompanhar e tornar possível questionamentos a respeito da arrecadação, dos gastos desses recursos e de que forma são disponibilizados para os diversos entes federados.

Enquanto cidadão e contribuinte é dever fundamental do mesmo saber dos recursos que são arrecadados e a sua correta utilização para que possa beneficiar a população de maneira geral.

O presente artigo aborda como sendo direito fundamental do contribuinte ser tributado de maneira justa, onde o conhecimento da educação fiscal possa ajudar para que o mesmo possa fazer uma leitura adequada dos instrumentos de transparência fiscal colocados à sua disposição. Em um primeiro momento será abordada a educação como sendo um direito fundamental e a educação fiscal como fazendo parte desse direito de cidadão e de contribuinte. Em um segundo momento serão abordados instrumentos de transparência fiscal e como pode o contribuinte fazer uso dos mecanismos que estão postos à sua disposição para que o mesmo possa reclamar de possíveis

¹ Doutor em Direito Constitucional – UNIFOR.

irregularidades na aplicação dos tais recursos. Em um terceiro momento serão abordadas as faces dessa mesma moeda (cidadania fiscal) que em sua interação entre a educação fiscal e a transparência fiscal, possa auxiliar de maneira significativa a prática do direito fundamental do contribuinte por uma tributação mais justa.

Portanto o objetivo geral do referido estudo é, apontar com base na educação fiscal associada a transparência fiscal as bases para que o contribuinte cidadão possa praticar seus direitos fundamentais por uma tributação mais justa, assim como, exercer seu papel de cidadão questionando quanto a correta aplicação dos recursos arrecadados e alocados.

E como objetivo específico do estudo, refletir sobre as questões metodológicas e epistemológicas relativas à pesquisa em Direito, voltada às questões da educação fiscal, da transparência fiscal, bem como, das bases para que esse contribuinte possa exercer livremente seus direitos fundamentais. A partir dessa perspectiva, procede-se a análise da legislação base, problemas e possíveis soluções relacionadas com o direito do contribuinte, com a finalidade de contribuir para a construção do conhecimento científico e esclarecimentos à sociedade como um todo. O artigo tem caráter de pesquisa qualitativa.

Inicialmente será apresentada a revisão de literatura que ofereceu suporte às considerações teóricas relativas à constituição do conhecimento científico. A seguir, será examinado a estratégia de investigação do ponto de vista teórico e aplicação da legislação específica, bem como as críticas e sugestões para subsidiar a questão central da discussão. Por último, serão feitas considerações finais.

1. EDUCAÇÃO

Tavares (2008, p. 5) afirma que a Constituição do Brasil proclama abertamente como direito social o direito à educação, no art. 6º. Não estabelece, contudo, de imediato, qualquer especificação de conteúdo ou alcance. Contudo, um conteúdo mínimo pode ser facilmente estabelecido. Nesse sentido, esse direito significa, primariamente, o *direito de (igual) acesso* à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino. Assim, o conteúdo inicial (mínimo) do direito à educação é o de acesso ao conhecimento básico e capacitações, que devem ser oferecidas de forma regular e organizada.

O autor afirma também que foi no art. 205 que a Constituição especificou referido direito,

estabelecendo que deve visar ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e a sua “qualificação para o trabalho”. Esses objetivos expressam o sentido que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se, a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.

Acrescente-se, nesse sentido, que no art. 210 a Constituição do Brasil admite que sejam estabelecidos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Ou seja, no usufruto do direito à educação, haverá determinadas pautas comuns, estabelecidas pelo Estado, no interesse geral. No art. 214, inc. V, fala-se em promoção humanística, científica e tecnológica, no sentido de que o Estado deve articular essas realizações com o ensino que há de promover (TAVARES, 2008, p. 6).

Gottems (2012, p. 3) comenta que a educação, portanto, deve ser vista como um empreendimento coletivo, pois exige a participação de, no mínimo, dois interlocutores, que visa a transmissão de conhecimento técnico aliado a valores éticos construídos pela sociedade em que o educando está inserido, proporcionando-lhe o crescimento intelectual e social, com a finalidade de formar o cidadão para ser membro participante ativo da sociedade, assegurando-lhe a interação de forma paritária e, por conseguinte, a sua inclusão social.

O acesso à educação foi, e continua sendo, importante preocupação social e governamental, especialmente por se verificar que é possível a inclusão social como resultado do processo educacional. Porém, o acesso formal aos bancos escolares não deve estar limitado aos números de alunos que ingressam o sistema escolar. É preciso, também, assegurar-lhes o direito a uma educação com qualidade, princípio, aliás, sedimentado em sede constitucional (art. 206, inciso VII, da Constituição).

O autor sustenta que se tem visto nos últimos anos uma constante preocupação numérica com relação aos que ingressam no sistema educacional, contudo, os resultados das pesquisas periódicas que são realizadas nos ciclos escolares demonstram que grande parte dos egressos não dominam as habilidades de leitura, escrita e cálculos, engrossando o número dos ditos analfabetos funcionais.

Duarte (2007, p. 2) argumenta que direito à educação, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de natureza social, vem detalhado no Título VIII, *Da Ordem Social*, especialmente nos artigos 205 a 214, dispositivos nos quais se encontra explicitada uma série de aspectos que envolvem a concretização desse direito, tais como os princípios e objetivos que o informam, os deveres de cada ente da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para com a garantia desse direito, a estrutura educacional brasileira (dividida em diversos níveis e modalidades de ensino), além da previsão de um sistema próprio de financiamento, que conta com a vinculação¹ constitucional de receitas.

Trata-se de parâmetros que devem pautar a atuação do legislador e do administrador público, além de critérios que o Judiciário deve adotar quando chamado a julgar questões que envolvam a implementação deste direito. Além da previsão constitucional, há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes a respeito do direito à educação, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, a 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001), entre outros (DUARTE, 2007, p. 2).

A autora sustenta que a educação é dever do Estado, e como tal, devem buscar fazer com que os alunos venham a adquirir habilidades mínimas para compreender e até mesmo interpretar os diferentes tipos de leituras, assim também, devem ter habilidades matemáticas para interagir neste mundo de muitos números. Porém, da observação dos autores na escola não se está criando pessoas para a vida, e sim, analfabetos funcionais, engrossando o número de futuros desempregados ou de subempregados. Neste contexto, pode-se concluir que se os mesmos são analfabetos funcionais, longe estão do alfabetismo da cidadania, ficando a margem das decisões que o envolvem e à mercê dos políticos inescrupulosos que com a sua falta de discernimento para escolha de candidatos, passam a escolher em critérios que não se traduzem em ações para as grandes massas, e sim, para a perpetuação do poder.

2. EDUCAÇÃO FISCAL

A educação fiscal surgiu com o objetivo de resgatar o cidadão por meio dos conhecimentos sobre tributos e sistemática das ações do governo, nos diversos níveis, no arrecadar e gastar.

O documento base do Programa Nacional da Educação Fiscal – PNEF assim conceitua Educação Fiscal: “processo educativo que visa à construção de uma consciência voltada ao exercício da cidadania, objetivando e propiciando a participação do cidadão no funcionamento e aperfeiçoamento dos instrumentos de controle social e fiscal do Estado”.

Do documento também se extrai que a Educação Fiscal se assenta sobre dois pilares básicos, que sustentam todas as ações desenvolvidas: 1 - a conscientização da sociedade sobre a importância, necessidade e justificativa para o pagamento de tributos; 2 – a ação cidadã da população no acompanhamento, fiscalização e monitoramento da aplicação desses tributos para a melhoria das condições de vida do país como um todo.

Ao se referir sobre a importância dos tributos, o documento base menciona que a Educação Fiscal abrange temas como o tributo e sua função social, o combate à sonegação, ao contrabando, ao descaminho e à pirataria. Trabalha também a conscientização sobre as teorias financeiras da arrecadação, do orçamento público instigando o cidadão a aprender e entender seu papel como contribuinte solidário e participativo que beneficia a todos, inclusive a ele próprio. Todas essas questões evidenciam a importância da Educação Fiscal no desenvolvimento do país, desafiando o cidadão a entender seu papel como contribuinte solidário e participativo (PNEF, 2017 p. 6).

Educação Fiscal é componente da Educação Formal, contemplada na Resolução do Conselho Nacional de Educação nº 007/2010, artigo 16, por seu conteúdo atender aos desafios do mundo contemporâneo, como busca pela dignidade do ser humano a igualdade de direitos, a recusa categórica de qualquer forma de discriminação, a importância da solidariedade e a capacidade de vivenciar as diferentes formas de inserções sociopolítica e culturais, assim como, os componentes curriculares e as áreas de conhecimento devem articular em seus conteúdos, a partir das possibilidades abertas pelos seus referenciais, a abordagem de temas abrangentes e contemporâneos que afetam a vida humana em escala global, regional e local, bem como na esfera individual (BRASIL, 2015, p.18).

A terceira versão da BNCC – Base Nacional Comum Curricular contempla a Educação Fiscal. Referido documento foi entregue no dia 06 de abril de 2017, após um amplo processo de debate e negociação de especialistas do campo educacional e a sociedade brasileira. Vale destacar que a compilação foi pactuada com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios A terceira versão da BNCC será homologada pelo MEC após a sua consolidação pelo CNE – Conselho Nacional de Educação. Depois dessa homologação a base terá até dois anos para ser implementada em sala de

aula (PEREIRA, 2017).

Evidencia-se que a Educação Fiscal ser contemplada na BNCC é um grande avanço para o Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF), pois um dos públicos alvo é justamente a Educação Básica. Dessa forma, a Educação Fiscal contemplada na BNCC pressupõe que os currículos escolares deverão integrar o tema. Vale destacar que essa Educação já era articulada pelos Grupos de Educação Fiscal nos Estados (GEFE) e Municípios para serem trabalhadas nas Escolas de Educação Básica, porém algumas escolas poderiam não aderir a temática por não ser obrigatória. Agora, sendo obrigatória, facilita aos GEFs uma articulação maior com as Escolas (PEREIRA, 2017).

2.1 Breve histórico da educação fiscal

Em 1969 surgem as primeiras ações educativas na área da Administração Fiscal da União com a “Operação Bandeirante”. Os agentes do fisco saíam com a missão de orientar a população “a não pagar multas”. O foco dessa ação era o ensino sobre a função socioeconômica dos tributos e sua presença nas obras públicas e nas políticas sociais.

Em 1970, com a “Operação Brasil do Futuro”, a Educação Fiscal buscava chegar aos estabelecimentos de ensino. A publicação “Dona Formiga, Mestre Tatu e o Imposto de Renda”, de autoria de Cecília Lopes da Rocha Bastos, foi amplamente distribuída nas escolas do atual ensino fundamental. No entanto, a ação foi descontinuada em 1972.

Em 1977, a Secretaria da Receita Federal lançou o Programa “Contribuinte do Futuro”, mediante trabalho junto aos estabelecimentos de ensino e distribuição de livros e cartilhas a alunos e professores.

Em 1992/1994, com a redemocratização do país, alguns estados brasileiros, como o Espírito Santo, começaram a realizar ações mais consistentes de Educação Tributária.

Em maio de 1996, o Confaz, reunido em Fortaleza, registra a importância de um programa de consciência tributária para despertar a prática da cidadania. Na reunião seguinte do Confaz, em setembro do mesmo ano, foi criado o Grupo de Trabalho para este fim.

Em fevereiro de 1998, a Portaria n.º 35, do Ministro da Fazenda, oficializa o Grupo de Trabalho e formula seus objetivos como sendo “promover e coordenar as ações necessárias à elaboração e à implantação de um programa nacional permanente de educação tributária” e “acompanhar as atividades do Grupo de Educação Tributária nos Estados – Gete”.

Em março de 1999, passam a integrar o grupo representantes da Secretaria do Tesouro Nacional - STN e do Ministério da Educação - MEC.

Em julho de 1999, tendo em vista a abrangência do Programa, que não se restringe apenas aos tributos, mas que aborda também as questões da alocação dos recursos públicos arrecadados e da sua gestão, o Confaz, reunido na Paraíba, aprova a alteração de sua denominação que passa a ser Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF.

Em 31 de dezembro de 2002, é publicada a Portaria Interministerial nº 413 - MF/MEC, que institui o Grupo de Trabalho de Educação Fiscal – GEF e seus representantes, além de definir as competências dos órgãos responsáveis pela implementação do Programa Nacional de Educação Fiscal - PNEF. São eles: Ministério da Educação; Ministério da Fazenda - MF, representado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, Secretaria do Tesouro Nacional – STN, e a Escola de Administração Fazendária – Esaf; Secretarias Estaduais de Educação e Fazenda.

O Programa conta com outros parceiros importantes que aderiram voluntariamente ao GEF por a aproximação com os temas e ações desenvolvida, a saber:

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão através da Secretaria de Orçamento Federal - SOF;

Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, por intermédio da Diretoria de Combate à Corrupção e Ações Estratégicas;

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, órgão pertencente à estrutura do Ministério da Fazenda.

Essas instituições estão representadas nos grupos de educação fiscal organizados nos três níveis de governo: Grupo Nacional de Educação Fiscal - GEF, Grupo de Educação Fiscal Estadual - Gefe e Grupo de Educação Fiscal Municipal - GEFM.

À Esaf compete a Coordenação e a Secretaria-Executiva do PNEF e do GEF, como também a responsabilidade de baixar os atos necessários à sua regulamentação.

Inicialmente, a Educação Fiscal voltava-se para professores e alunos das escolas públicas e privadas da educação básica. Hoje, dedica-se a todos os níveis do sistema de ensino e diversos segmentos da sociedade, sendo reconhecido como importante instrumento de qualificação dos atores sociais e agentes públicos.

O Programa contempla os seguintes públicos: Estudantes da educação básica; Estudantes do Ensino Superior e Comunidade universitária; Servidores públicos; Sociedade em geral.

São inúmeras as ações que vieram a subsidiar as ações do Programa Nacional de Educação Fiscal dentre elas o curso disseminador de educação fiscal, que é realizado à distância e envolve os três níveis de governo, federal, estadual e municipal. Dois novos cursos fazem parte do portfólio da ESAF, entre eles os cursos Cidadania fiscal, cujo objetivo é conhecer os fundamentos da Educação Fiscal no âmbito do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF para o exercício da cidadania, aprimorar uma relação participativa e consciente entre Estados e cidadãos e aprender a defender os direitos e deveres constitucionais dos cidadãos. O outro curso é Educação Fiscal: tributação, orçamento e coesão fiscal cujo objetivo é contribuir para a construção de uma concepção de cidadania fiscal, fundada nos preceitos propugnados pela constituição, partindo-se da perspectiva do modelo de estado adotado e capacitar estudantes a respeito dos aspectos fiscais da atuação do governo, a partir da compreensão dos elementos essenciais da gestão orçamentária pública.

Os atores envolvidos na Educação Fiscal fazem parte do conjunto de órgãos responsáveis pelo controle e transparência nos diversos níveis de governo. Tem-se, inúmeros ações, relacionadas a Educação Fiscal, que de uma forma ou de outra visa evitar o que esses órgãos conseguem detectar no dia a dia de suas atividades de fiscalização e controle.

Uma importante iniciativa no aspecto combate à sonegação são os programas de estímulo à cobrança da nota fiscal, que através das ações de Educação Fiscal estadual e municipal, incentivam a cobrança dando prêmios aos contribuintes que a exigem.

3. TRANSPARÊNCIA FISCAL

Han (2017, p. 92) argumenta que contrariamente ao universo platônico da verdade falta à sociedade da transparência atual aquela luz divina na qual inabita uma tensão metafísica. Transparência não tem transcendência; a sociedade da transparência é opaca; não é iluminada por aquela luz que promana de uma fonte transcendente. A transparência não surge de uma fonte de luz iluminadora; o médium da transparência não é luz, mas uma radiação opaca que, em vez de iluminar, tudo penetra e torna tudo transparente. Contrariamente à luz, ela é penetrante e penetrável. Além disso, seu efeito é a homogeneização e o nivelamento, enquanto que a luz metafísica gera hierarquias e distinções, criando assim orientações e ordenações.

O autor afirma sociedade da transparência é uma sociedade da informação. A informação é

como tal, um fenômeno da transparência na medida em que está privada de qualquer negatividade; é uma linguagem positivada, operacionalizada.

Silva (2016) afirma que o início da década de 1990 o Brasil contava com desajustes macroeconômicos que se manifestavam com maior relevância como problemas inflacionários. As tentativas de solucionar a crise inflacionária, que perpassou a década de 1980 e chegou à década de 1990, observavam a inflação como um problema unicamente monetário e utilizavam a política monetária como principal instrumento. A partir de 1993, quando o Plano Real começou a ser pensado, observou-se a importância da política fiscal como mecanismo de estabilização econômica e a preocupação com a busca da reponsabilidade fiscal começou a ser ensaiada. Neste contexto, a falta de equilíbrio nas contas públicas foi identificada com um dos problemas estruturais da economia brasileira que contribuía para a geração do processo inflacionário, o que fez com que a primeira parte do Plano se traduzisse num ajuste fiscal. Nos anos posteriores, buscou-se o aprimoramento da política fiscal por meio da adoção de mecanismos que contribuíssem para sua eficácia e se baseassem na responsabilidade fiscal, consolidando-se, em 1999, por meio da introdução do Regime de metas de superávit primário, parte do Tripé Macroeconômico então adotado. Com isso, a política fiscal passou a apoiar-se na defesa do equilíbrio orçamentário através de metas registradas formalmente. Mais tarde, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), implantada em 2000, veio contribuir com este Regime, dando às finanças públicas novas atribuições, que visam a estabilidade fiscal como forma de manter a dívida pública sob controle. No período que se seguiu após a implementação de tais recursos, o Brasil apresentou altos superávits primários, culminando no declínio das dívidas líquida e bruta.

Esta Lei, de número 101/2000, veio a estabilizar municípios e estados, que por não terem uma situação fiscal coerente com seus gastos, extrapolavam fazendo com que o nível de endividamento fosse superior ou que se arrecadava. Por várias vezes, os gestores (prefeitos e governadores) deixavam seus municípios e estados em situação de desequilíbrio fiscal, muitas dívidas e pouca receita. A Lei de Responsabilidade Fiscal alterou de maneira positiva essa equação e após sua implementação houve equilíbrio entre gastos e receita.

A transparência, o planejamento e o equilíbrio das contas públicas de forma sustentável formam a base da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que teve inspiração em experiências de outros países: *Fiscal Transparency* (FMI), Tratado de Maastricht (Comunidade Econômica Européia), *Budget Enforcement Act* (EUA) e *Fiscal Responsibility Act* (Nova Zelândia). Contudo, ao adotar as

medidas que compõem a LRF, o Brasil cuidou para que as mesmas obedecessem às necessidades características do país (SILVA, p. 10).

O autor afirma também que no quesito Transparência, a LRF passou a exigir de todas as administrações públicas a divulgação de suas contas à população, de modo que todos possam observar resultados e fazer cobranças quando estes não forem agradáveis, o que acaba pressionando os gestores públicos a alcançar resultados positivos em sua gestão. Em 2009, este componente da base da LRF ganhou força com a implantação da Lei 131, de 27 de maio de 2009, ou Lei da Transparência, que veio pormenorizar a sessão da LRF que trata de tal assunto. A Lei da Transparência exige que as contas públicas sejam divulgadas em meios eletrônicos e em tempo real, o que incentiva a população a participar do planejamento de planos e leis que estejam associados às finanças públicas, adotando, para isso, um sistema integrado de administração financeira e controle. O objetivo da transparência é dar a todo cidadão o poder de acessar as informações condizentes com a execução orçamentária pública.

De forma sucinta, a Lei de Responsabilidade Fiscal “amarra” questões ligadas às finanças públicas brasileiras, comportando implicações a todos os entes e todos os poderes. Ademais, ela contribui para que a população tenha acesso a informações das administrações públicas de forma fácil, o que configura um grande progresso não só econômico, mas também social.

Pode o cidadão solicitar, desde que não esteja em segredo de justiça, toda e qualquer informação, dos órgãos públicos, que seja relevante para convencimento de que não existem ilícitos quanto à determinadas questões.

Mendes (2009) argumenta que ao menos no que tange ao novo regime de responsabilidade fiscal, a publicização de todos os documentos preconizados pela lei através da Internet somente fortalece e legitima o Estado, tornando as decisões governamentais cada vez mais próximas dos cidadãos. A Internet propicia tanto a fiscalização como dá acesso a que sugestões sejam dadas a fim de que o regime fiscal seja aperfeiçoado em um grau cada vez maior.

Outro aspecto levantado por Mendes (2009) é sobre a participação da sociedade na elaboração da Lei de Responsabilidade Fiscal, onde através de consulta pública, na Internet 5.000 visitas foram feitas na homepage, onde segmentos da sociedade e autoridades estaduais e municipais participaram do debate acerca da elaboração da lei.

Mendes (2009) aponta que a participação popular e a realização de audiências públicas na

elaboração dos instrumentos de responsabilidade fiscal, dos quais exige a lei devida transparência, é salutar em dois pontos: o primeiro deles é a maior legitimidade que adquirirão tais instrumentos, uma vez que sua confecção foi feita com respaldo da sociedade; o segundo tem a ver como fato de que os esboços de tais instrumentos podem ser maximizados em sua qualidade com a interação entre sociedade e Poder Público, tanto porque, diversas vezes, este não possui a devida acuidade para perceber as carências sociais, tanto porque, tecnicamente, eles podem ser aprimorados com a colaboração dos diversos entes sociais.

Cintra (2016, p. 16) Relata que a Constituição de 1988 assegurou, no inciso XXXIII do art. 5º, que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Entretanto, somente 23 anos depois da promulgação da Constituição Federal o Estado brasileiro editou a Lei nº 12.527, de 2011, a Lei de Acesso à Informação, que estabeleceu um conjunto de diretrizes, as quais apontam caminhos para a concretização das formas de acesso, atribuindo direitos e deveres para a Administração e para os administrados.

A Lei de Acesso a Informação (LAI), Lei nº 12.527/2011, é considerada um divisor de águas em matéria de transparência pública, pois, dentre outros princípios, define que o acesso à informação é a regra e o sigilo, a exceção. Para a LAI, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá solicitar acesso às informações públicas, isto é, aquelas não classificadas como sigilosas, conforme procedimento que observará as regras, prazos, instrumentos de controle e recursos previstos. É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. O Decreto nº 7.724/12 regulamenta a LAI. Importante lembrar que esse Decreto não abrange toda a Administração Pública, referindo-se somente ao Poder Executivo Federal.

A LAI definiu a internet como sendo o canal obrigatório para a divulgação das iniciativas de Transparência Ativa, o que não exclui a possibilidade de utilização de outros meios. Um forte instrumento no combate às arbitrariedades e atos lesivos à administração na medida em que as janelas do estado ficam abertas para o cidadão (SANTOS, 2016).

Para Martins Junior (2010), a proporção que a transparência administrativa aumenta, ocasiona o crescimento do controle, da fiscalização, do conhecimento, do acesso, da participação, e inversamente, a redução da opacidade da Administração Pública, reservada excepcionalmente a

certos espaços protegidos pela preservação do interesse público ou pela proteção dedicada aos direitos e garantias individuais. Esta característica de elevação de controle e da participação é pedra fundamental concepção da Administração Pública no Estado Democrático de Direito.

Para o autor em uma sociedade complexa como é a sociedade de massas, a informação é um dado importante para o destino da vida das pessoas. Tendo em vista a intensa participação do Estado no domínio das relações privadas (como agente ou interveniente, desempenhando funções normativas, ordenadoras e fiscalizatórias), como implemento de meios, métodos, e vias de comunicação (mais ágeis e quase irrestritos), paulatinamente a publicidade foi experimentando um desenvolvimento evolutivo não mais se restringindo aos tradicionais meios (publicação na imprensa oficial ou afixação nos átrios das sedes dos órgãos públicos). Além da publicação e da notificação, contam-se vários meios que traduzem outras formas de publicidade da Administração Pública, como dever ou direito. A tendência contemporânea é de ampliação do direito de acesso (informação, certidão) aos atos da Administração Pública, expandindo as dimensões objetivas da publicidade em favor de interesses públicos e privados.

Uma Lei mais recente obriga a colocação dos impactos tributários na confecção de determinado produto. Esta é mais uma forma de mostrar os impactos tributários nos produtos que são consumidos. A Lei 12.741 de 08 de dezembro de 2012, determina o detalhamento, nos documentos fiscais ou equivalentes, do valor dos tributos incidentes sobre os produtos e serviços vendidos ao consumidor

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTES

Xerez (2014), informa que considerando que os tributos constituem a principal receita estatal, a concretização de direitos sociais encontra-se em permanente tensão com os direitos de liberdade, notadamente com relação ao direito de propriedade. Destaca ainda que, o conjunto de prestações estatais indisponíveis à concretização do núcleo dos direitos a prestações em sentido estrito é denominado de direito ao mínimo existencial. O conteúdo do direito ao mínimo existencial não pode ser definido em sentido abstrato, ou seja, como se fosse possível realizar um corte que estabelecesse de forma objetiva, universal e permanente, o grau mínimo para que determinado direito social restasse concretizado.

O referido autor sugere que, o conteúdo do direito ao mínimo existencial deve ser definido historicamente, analisadas as condições fáticas e jurídicas existentes no tempo e no espaço. A

definição deste conteúdo possui estrita conexão com o estágio do desenvolvimento econômico do Estado, já que a concretização dos direitos a prestações em sentido estrito acarreta em custos a serem arcados pelo poder público. Quanto maior o grau de desenvolvimento econômico do Estado, maiores serão as prestações a serem atendidas pelo poder público, consideradas como indispensáveis à concretização dos direitos a prestações em sentido estrito. Uma vez concretizada pelo poder público prestação relacionada a direito garantido constitucionalmente, esta passa a integrar o direito ao mínimo existencial, não podendo ser eliminada sem a adequada compensação.

Desta forma, é possível afirmar que o conteúdo do direito ao mínimo existencial está em permanente processo de expansão, tanto sob o aspecto quantitativo como qualitativo. Este processo de expansão deve acompanhar o desenvolvimento econômico do Estado, bem como o desenvolvimento da ciência e da cultura naquilo que possa repercutir em direitos assegurados em nível constitucional e gerar aumento do nível de satisfação na vida dos indivíduos (XEREZ, 2014).

Miranda (2016), comenta que o recolhimento de tributos não é uma característica exclusiva do Estado Moderno, mas sua existência compulsória suscitou a necessidade de sua legitimação, simbólica e prática, na qual uma burocracia especializada desempenharia um papel fundamental mediante a realização de recenseamentos, da organização de arquivos e da homogeneização dos procedimentos necessários à sua cobrança. O crescimento dessa estrutura burocrática gerou o monopólio da atividade fiscal por parte do Estado.

O autor afirma que o Estado Moderno, se constituiu, portanto, sob os pressupostos de uma administração “racional” e de uma justiça “independente”, que postulava a igualdade de tratamento para todos, e não deveria permitir privilégios ou exceções. Do mesmo modo, por ser objetiva não poderia ser passível de manipulação para prejudicar ou favorecer alguns indivíduos.

Mello (2013) argumenta que se trata de direito fundamental, no sentido de ser um direito subjetivo constitucional do cidadão, não há como se reportar ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, já que este dispositivo legal se refere aos Direitos e Garantias fundamentais onde estabelece que o Estado Democrático assegura “ o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a justiça como valores supremos”, pode-se interpretar que o Direito fundamental a uma tributação justa também está disciplinado neste preâmbulo da Constituição, por tratar de direito individual à segurança, ao bem estar, à igualdade e à justiça.

Para a autora o contribuinte tem direito a ser tributado de acordo com sua capacidade contributiva, e deveria sempre ser informado, de forma transparente, sobre como foi calculado o

crédito tributário, o *quantum* devido, seja a título de valor de tributo ou de valor de penalidade tributária (valor da multa moratória e da multa punitiva). Ademais, tem o contribuinte o direito de ser informado, de forma objetiva e clara, sobre os critérios adotados para tributação. Assim, uma tributação adequada é uma tributação justa, aceita por todos os cidadãos como necessária à manutenção do interesse público e social, a suprir as necessidades públicas, por isso é eleita como um Direito Fundamental. Resta, portanto, reforçada a tese de que cabe ao sujeito ativo da relação jurídico tributária informar ao sujeito passivo de forma transparente a quantidade de tributos arrecadados e como a receita arrecadada com esses tributos é investida em benefícios da população.

Justiça Fiscal trata de uma acepção europeia no termo, já que a preocupação primordial nos países desenvolvidos é de como utilizar a receita tributária arrecadada em benefícios para seus contribuintes, e não somente arrecadar tributos, muito diferente do que acontece no Brasil, onde todo o valor arrecadado vai para os cofres públicos e, sem muitos critérios objetivos, o investimento, muitas vezes, é realizado de forma política. (Mello, 2016, p. 41)

Fuck (2017) afirma que a competência tributária na CF/88 se revela como verdadeira garantia do contribuinte, na medida em que limita o poder tributário do Estado, inclusive conferindo direitos subjetivos aos contribuintes nos casos de não competência. Ademais, a previsão constitucional de competência para um ente determinado significa, em regra, a exclusão de seu exercício pelos demais.

O autor aponta que a tributação se relaciona com os direitos fundamentais, em razão das garantias do contribuinte e do seu importante papel no financiamento de todas as atividades do Estado, inclusive na promoção e concretização de todos os direitos fundamentais.

5. A MOEDA

Sperandio-Santos (2016, p. 129) afirma que a história das lutas pelos direitos humanos parece mesclar com os caminhos da cidadania que desponta na história dos homens como um marco de conquista dos mais variados direitos. Elencam-se os direitos à liberdade, às garantias individuais e coletivas, um estado social mais justo e ainda a participação política. O termo cidadania se confunde um pouco com modernidade e capitalismo. De forma que para compreendê-lo melhor é considerável buscar suas raízes na história da humanidade.

De acordo com a autora o conceito de cidadania tem origem nas antigas religiões, na

civilização grega e no Império romano. As religiões antigas já transmitiam uma noção de igualdade abstrata, ao passo que os gregos expressavam a noção de liberdade e de valores republicanos. A noção de igualdade dos homens perante Deus ou a alguma divindade é uma inovação nesse sentido. Atribuía-se à cidade fortificada a origem da liberdade e da igualdade, que remetia ao processo de confrontar o inimigo, implicando em solidariedade entre os moradores da *polis*. Assim a politização se incorporava à noção de cidadania.

Sustenta ainda a autora (p. 130) que o debate constante sobre os direitos no Brasil, onde especialmente surge com a redemocratização, é bastante atual e reflexivo. Tais direitos constituem um tripé essencial para a emergente construção da cidadania. Mas a relevância desse conceito infere que esses direitos não estão estabelecidos. A exemplo da intensa desigualdade social, a fragilidade no âmbito da educação, a ausência da atuação da esfera política na sociedade brasileira são itens que caracterizam uma cidadania incompleta.

Conceituar cidadania atualmente é dar abrangência ao termo, que por consequência dos direitos dos direitos civis, políticos e sociais inerentes aos cidadãos, transcende do desfrutar para uma interação participativa em todos os âmbitos que contemplam os direitos individuais. (SPERANDIO-SANTOS, 2016, p. 132).

Legrand (2004) sustenta que é grande a ilusão de parte do nosso povo que, eleição após eleição continua a acreditar na ladainha de milagres que todos prometem fazer. Para o autor a cada eleição, os mesmos políticos que estão há dez, vinte anos na mamata do poder releem os dizeres de um mesmo livro, o único que possuem e que é aberto a dada quatro anos, para fazerem a mesma leitura decorada dos problemas e das mesmas promessas para resolve-los. Esta corrente se mantém na forma do Estado pesado, burocrático e corrupto e na nossa classe política para a qual urge uma legislação específica que defina perfil e avaliação de desempenho, com critérios para perda de mandato por incompetência, falta de produtividade e assiduidade.

Carvalho (2015, p. 218) comenta sobre os “elementos” do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com a educação fundamental incompleta. Esses “elementos” são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela

sociedade e pelas leis. Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência lhes ensinou que ele quase sempre resulta em prejuízo próprio. Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade. Para quantificá-los os elementos estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos. Para eles vale apenas o Código Penal.

Para esse grupo de pessoas que foram e estão marginalizados é necessário resgatar sua cidadania, e inclui-los também na chamada cidadania fiscal para que possam conhecer e se fazer representar por pessoas que de fato trabalham para que deixem de ser os “elementos” e possam efetivamente serem chamados de cidadãos inseridos no contexto pleno da cidadania.

Para (Carvalho, 2015, p. 377) reside exatamente neste ponto a importância do espaço que deve ser reservado à participação das comunidades, especialmente as mais carentes, junto às instâncias ordinárias da democracia, na defesa de políticas destinadas à satisfação de suas carências: a certeza de que não sendo atendidas, existe uma instância democrática especial à qual elas podem recorrer para ter os seus direitos garantidos, e que a partir dessa dinâmica, estará plenamente legitimada a atuar com vista à sua proteção. Com efeito, se a pobreza impele as pessoas a enfrentar a ferocidade dos “tigres de Bengala” para garantir alguma forma de sobrevivência, evidentemente que também será capaz de estimular a participação na vida democrática em busca de políticas destinadas ao atendimento de suas necessidades básicas. Não o farão, todavia, se tiverem a percepção de que não chegarão a lugar algum, ou seja, de que suas lutas restarão infrutíferas.

Cidadania é importante na medida em que transforma simples pessoas em cidadãos de fato e de direito, com participação ativa nas políticas sociais fazendo com que o mundo não gire em torno dos políticos, e sim direcionado para os sujeitos de direito, no caso os cidadãos para quem deveriam ser direcionadas.

6. CRÍTICAS E SUGESTÕES

Inúmeras são as questões que podem ser levantadas em relação ao presente artigo. Pode-se destacar:

- a) A Educação Fiscal, via de regra, tem entre seus integrantes, pessoas que por conta das mudanças da administração, seja municipal, seja estadual e até mesmo federal são trocadas ocasionado, dessa forma, uma descontinuidade das ações empreendidas. Seria bom que houvesse a preparação de mais pessoas para que, de fato, não houvesse a descontinuidade do processo de educação para a cidadania;

- b) Inúmeros são os instrumentos que o cidadão pode utilizar para a obtenção de informações, entre eles o habeas data. Dessa forma, pode o cidadão garantir, desde que não seja, secreto, o acesso à informação desejada. Neste aspecto, existem órgãos que são responsáveis, por garantir o pleno acesso do cidadão às informações como é o caso da CGU – Controladoria Geral da União e Transparência, órgão esse, que por falta de informação, nem sempre é acionado pelo contribuinte cidadão;
- c) Quanto aos políticos, uma forma já testada nos Estados Unidos é o chamado recall, onde por iniciativa de um conjunto de cidadãos é solicitado que o político seja trocado. Político este, que não está satisfazendo aos anseios da população, não está fazendo o que prometeu para a população. Algumas vezes até esta legislando em causa própria;
- d) A educação fiscal também está direcionada para os futuros contribuintes, onde e por meio de instrumentos de fácil assimilação os jovens das séries iniciais são levados a ter os primeiros contatos com os tributos e as formas de tributação;
- e) Um dos problemas que têm sido verificados é que os estores descobriram o que se chama restos a pagar e por meio desse instrumento acaba deixando para o seu sucessor dívidas que algumas vezes inviabiliza a futura gestão. Neste caso, em específico, a sugestão é de que o máximo que poderia ser colocado em restos a pagar fosse igual a 10% da receita líquida do orçamento do ano em que o gestor finaliza seu mandato;
- f) Como se vive em uma sociedade em constante mudança, se deveria buscar outras alternativas, para que cada vez mais a transparência pudesse ser um estado permanente de ser e fazer as ações nos três níveis;
- g) A transparência fiscal deve ser a regra em todos os atos dos governos, levando segurança para todos os administrados para que um outro tipo de olhar se possa fazer sobre a classe política;
- h) São várias as reclamações dos atores diretamente envolvidos com a transparência fiscal, dentre elas, a falta de recursos para implementar mais ações visando o combate à corrupção. A grande questão é o combate aos desmandos e à utilização dos recursos públicos em benefício de políticos, normalmente os grandes articuladores dos desmandos perpetrados contra às Administrações. As penas aplicadas contra esses crimes parecem brandas, ao se verificar que após um curto espaço de tempo aquele

político que foi condenado não passa muito tempo atrás das grades. Existem pessoas que embora não sejam políticas e participaram dos eventos parecem mais terem a condição de laranja, assumindo boa parte da culpa enquanto os verdadeiros responsáveis ficam em liberdade. Neste caso, a sugestão é de que se pense em penas mais severas não só com a restrição de liberdade, não só com a devolução integral de todos os recursos surrupitados, como também, com o sequestro de todos os bens adquiridos com o dinheiro público e o pagamento de multas altas com o único objetivo de coibir tais práticas;

- i) O autor Han (2017, p. 110) afirma que transparência e poder não se coadunam muito bem. Quanto mais poderosa for a participação do povo, das massas, do cidadão, menor será o poder dos políticos, fazendo com que o poder não esteja do lado de lá, com os políticos, e sim do lado de cá, os cidadãos contribuintes. Com este tipo de prática, o político vai ter que fazer o seu verdadeiro papel, que é representar e oferecer projetos que de fato, venha a beneficiar a população de maneira geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cidadania fiscal é a moeda que tem como as suas duas faces respectivamente a educação fiscal e a transparência fiscal. E com esta última, que se pode aprimorar os diferentes instrumentos de cidadania fiscal, fazendo com que o cidadão não seja tão somente um sujeito de deveres, pagar tributos, como também, um sujeito de direitos, solicitar que sejam feitos de maneira justa a tributação e colocado à disposição de todos as informações de arrecadação e gasto dos entes tributantes.

A educação fiscal, tal qual está inserida nos mais diferentes segmentos tende a transformar aquela pessoa que muitas vezes está à margem em verdadeiro cidadão contribuinte, onde o mesmo possa visualizar por meio dos investimentos à representatividade dos tributos arrecadados.

A transparência fiscal é necessária como instrumento de comunicação ativa dos diferentes entes na busca constante de uma nova leitura na forma como se faz Administração Pública, dentro de um critério a obedecer aos parâmetros que as leis assim determinam.

É um processo que não deve parar de ser aprimorado, com a participação constante da população, fazendo com que cada vez mais possa ser evitado o desperdício, que possa ser efetivamente direcionada para as necessidades da população e não para um grupo específico de

detentores do poder.

A consecução dos direitos fundamentais dos contribuintes acontecerá na medida em que o mesmo tiver o conhecimento dos instrumentos que possa fazer com que cada vez mais o mesmo possa participar efetivamente na aplicação dos recursos obtidos através da tributação justa.

Existem diversos órgãos para auxiliar o contribuinte na consecução desses direitos, até mesmo e após a solicitação das informações a serem obtidas pelo contribuinte cidadão.

O aparato fiscalizador não deve ter interferência política. Deve-se sim preservar ações baseadas em indícios de corrupção. Este o grande objeto da transparência fiscal, evitar o desperdício, evitar a utilização do dinheiro público em benefício único e exclusivo da classe política, ou para se locupletar ou para tão somente fazer apologia ao seu desempenho sem nenhuma contrapartida para o eleitor contribuinte cidadão.

O presente artigo não é um fim em si mesmo e sim uma tentativa de mostrar que educação fiscal e transparência estão intimamente ligados com um só objetivo: dar ao cidadão o poder de fiscalizar transformando-o em um cidadão de direitos que possa transformar em ações fiscalizatórias sua cidadania fiscal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL, **Decreto-Lei Nº 822, de 5 de Setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0822.htm>. Acesso em 01 jul. 2022.

BRASIL, Lei. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF**, v. 27, n. 10, 1966.

BRASIL, Senado Federal. Constituição da república Federativa do Brasil. **Brasília, Senado Federal**, 1988.

BRASIL. Ministério da Fazenda. (2015). *Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF)*:

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 19ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, Lucas Saldanha. **A retificação do nome no registro civil como mecanismo de acesso à cidadania para transexuais e travestis**. TCC. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Segurança Jurídica no novo CARF**. Artigo disponível em: <http://www.ibet.com.br/seguranca-juridica-no-novo-carf-por-paulo-de-barroscarvalho/Acesso> em, p. 16, 2015.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Constituição e Jurisdição: legitimidade e tutela dos direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2015

CINTRA, Maria Eduarda Ribeiro. Lei de Acesso à Informação no Brasil: sua implementação e seus desafios. Maria Eduarda Ribeiro Cintra - Brasília, 2016. **Dissertação** (mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2016.

CONRADO, Cesar; ARAUJO, Juliana F. Costa. **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. 2 ed. São Paulo: Fiscosoft, 2016.

COSTA, Leonardo de Andrade. **Processo Administrativo Tributário**. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/EtLZjv>. Acesso em 20 nov. 2017.

documento base. Grupo de Educação Fiscal. Brasília: ESAF.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, v. 28, n. 100, p. 691-713, 2007.

FUCK, Luciano Felício. Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2017.

GÖTTEMS, Claudinei J. Direito fundamental à educação. **Argumenta Journal Law**, v. 16, n. 16, p. 43-62, 2012.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Tradução de Enio Paulo Giachini.- Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

LEGRAND. A Utopia do Brasil. Belo Horizonte: Soler Editora, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

MANAUS. **Decreto 681 de 11 de Junho de 1991**. Disponível em: <<https://cm-manaus.jusbrasil.com.br/legislacao/232329/decreto-681-91>>. Acesso em: 22 de nov. 2017.

MANAUS. Lei 1.697 de 20 de dezembro de 1983. **Código Tributário de Manaus**. Disponível em: <<http://file:///C:/Users/Usuario/Downloads/dom20030108cad1.pdf>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Elizabete Rosa de. *Direito Fundamental a uma tributação justa*. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, Fábio Soares de. **Processo Administrativo tributário: princípios, vícios e efeitos jurídicos**. 2 ed., ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Da escrituração e consolidação das contas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de. **Burocracia e Fiscalidade: uma análise das práticas de fiscalização e cobrança de impostos**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016.

PEREIRA, Priscila Campos. Base Nacional Comum Curricular. 2017. Disponível em: <<http://educacaofiscal.gov.br/artigo-base-nacional-comum-curricular/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

PNEF - FISCAL, Educação. Função social dos tributos. **Programa Nacional de Educação Fiscal**, v. 4. 2017.

SANTOS, Aristócrates Carvalho dos. Breves comentários à Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011): a transparência pública como direito fundamental do cidadão. Disponível em: <<https://aristocrates.jusbrasil.com.br/artigos/261669743/breves-comentarios-a-lei-de-acesso-a-informacao-lei-12527-2011>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SILVA, Jamile Almeida. **A condução da política fiscal no Brasil: da consolidação da responsabilidade fiscal ao desgaste da credibilidade**. Disponível em: <<http://sisweb.tesouro.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SPERANDIO-SANTOS, Nair de Lourdes. **A Construção da Cidadania no Brasil pela Perspectiva da História Política**. In: Coordenação de Aloísio Krohling, Dirce Nazaré de Andrade Ferreira, Eduardo Augusto Moscon Oliveira – (Coord.s). *Estado, Cidadania e Democracia na Contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Direito fundamental à educação*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

TEIXEIRA, Pedro Nilson Leandro. **A efetividade do processo administrativo fiscal frente aos princípios constitucionais da celeridade, economicidade, eficiência e publicidade**. Disponível em: <<https://goo.gl/54f78u>> Acesso em 20 nov. 2017.

VARGAS, Luis Carlos A. Merçon de. **Crédito tributário: causas de suspensão da exigibilidade, de acordo com a Lei 13.105 de 16.03.2015 – Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2016.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos Direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DIREITOS HUMANOS NA IMIGRAÇÃO VENEZUELANA AO BRASIL: DIREITO AO AMANHÃ

Ygor Felipe Távora Da Silva¹

INTRODUÇÃO

A Venezuela está passando por uma das piores crises de direitos humanos de sua história, o que se agravou ainda mais no ano de 2015, quando a inflação no país atingiu o valor mais elevado de toda sua história. Desde então, a lista de crimes sob o direito internacional contra a população vem crescendo. É alarmante que, em vez de aplicar políticas públicas eficientes para proteger as pessoas e reduzir os níveis de insegurança, as autoridades venezuelanas estejam usando a linguagem da guerra para tentar legitimar o uso de força excessiva por policiais e oficiais militares e, em muitos casos, o uso de força letal com intenção de matar.

As violações massivas dos direitos humanos, bem como as graves crises que a Venezuela vem enfrentando como resultado da escassez de alimentos e remédios, levou ao crescimento exponencial de centenas de milhares de venezuelanos que foram forçados a migrar para outros países nos últimos anos, como uma estratégia de sobrevivência que lhes permite preservar direitos fundamentais, tais como vida, integridade pessoal, liberdade pessoal, saúde e alimentação, entre outros².

Ao migrarem, devido à falta de canais legais, regulares e seguros para tanto, muitas pessoas não encontram opção e recorrem a canais clandestinos e à migração irregular, através de rotas terrestres e marítimas arriscadas. Em muitas ocasiões, esses indivíduos desconhecem seus direitos ou *status* de pessoas sujeitas à proteção internacional. Além disso, muitos estão em situações de particular vulnerabilidade que devem receber uma abordagem diferenciada e a adoção de medidas de proteção especial.

É preciso que se reconheça a importância da adoção de medidas eficazes pelos governos

¹ Pós-Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutor em Geografia pela Universidade Federal de Goiás; Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas; Professor Adjunto da Universidade do Estado do Amazonas. Email: ysilva@uea.edu.br.

² SILVA, João Carlos Jarochinski. Migração forçada de venezuelanos pela fronteira norte do Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 41., 2017, Caxambu – MG. *Anais* [...]. Caxambu: ANPOCS, 2017. p.6-7.

para abordar a situação dos imigrantes, em particular a regularização do estatuto de migração através de vistos e autorizações de residência temporária. Ao mesmo tempo, no contexto da crise migratória forçada que o povo venezuelano enfrenta, há lacunas na proteção para o gozo efetivo dos direitos humanos e de seu direito ao futuro.

Torna-se necessário ter uma visão mais cosmopolita desse cenário, onde se entende a hospitalidade entre os países perante um conjunto de valores e princípios que estão relacionados com os direitos internacionais do indivíduo, e aos esforços mundiais de promoção da paz entre as nações, e de integração social e cultural de deslocados, principalmente os imigrantes e refugiados. Estes conceitos ganharam grande relevância devido ao momento atual, em que se observa um enorme fluxo migratório internacional, que vem ganhando magnitude e complexidade preocupantes. Por trás desses princípios e valores, encontra-se essa ideia de cosmopolitismo, que tem como base a construção de uma sociedade mais plural e organizada, em uma formação mais justa e igualitária³.

Pode-se explicar o cosmopolitismo através de um conceito ocidental que veio representar a necessidade dos agentes sociais em criar uma entidade cultural e política que estivesse acima de sua própria pátria, ou seja, englobando todos os seres humanos em uma escala global⁴. Afinal, todos têm direito ao amanhã, independentemente de seu país de origem.

O conceito de cosmopolitismo pressupõe uma atitude positiva em relação à diferença, ou seja, um desejo de construir amplas alianças e comunidades globais iguais e pacíficas de cidadãos que, por sua vez, deveriam ser capazes de comunicar-se além das fronteiras culturais e sociais formando uma solidariedade universalista. No entanto, o que se observa na prática é que existe certa indisposição, assim como uma incompreensão, em relação ao conceito do cosmopolitismo, e isto está relacionado com sua ambiguidade, por sua forma única de unir diferença com igualdade, o que seria um aparente paradoxo, ao pretender conciliar o que são valores universais com [...] “uma diversidade de posições de sujeitos culturalmente e historicamente construídos”⁵.

Por exemplo, é comum que surjam práticas discriminatórias, como rejeições na fronteira, expulsões coletivas ou deportações. Além disso, é fato a dificuldade que muitos venezuelanos

³ SPOLON, Ana Paula Garcia; SOUZA, Maris Stella Machado de. Hospitalidade, mobilidade humana e cidades: a experiência de São Paulo no acolhimento a imigrantes e refugiados. In: SEMINÁRIO DA ANPTUR, 13., 2016. São Paulo. *Anais [...]*, São Paulo: ANPTUR, 2016. p.1.

⁴ ZANELLA, Diego Carlos; SOUZA, Draiton Gonzaga de. O Cosmopolitismo estóico. In: MOSTRA DE PESQUISA DA PÓS-GRADUAÇÃO – PUCRS, 4., 2009, Porto alegre – RS. *Anais [...]*, Porto Alegre: PUCRS, 2009. p.833.

⁵ ZANELLA; SOUZA, op cit. p.833.

enfrentam para obter passaportes ou outros documentos oficiais exigidos por alguns Estados para regularizar seu *status* ou entrar nos territórios legalmente, bem como para pagar o custo dos pedidos de visto, bem como a ter igualdade de acesso aos direitos no país de destino.

Muitos venezuelanos têm migrado para o Brasil, mas, infelizmente, o que tem se observado é que boa parte destes migrantes, ao buscarem melhores condições de vida no país vizinho, acaba tendo que sobreviver nas ruas e dormindo em barracas, redes ou em pedaços de papelão. Trata-se de um drama que faz parte de um aprofundamento da crise humanitária regional desencadeada pelo êxodo de dezenas de milhares de venezuelanos que estão abandonando seu país.

Por exemplo, em Manaus, próximo ao terminal rodoviário da cidade, os venezuelanos dormem em estradas medianas e em áreas comerciais. Alguns têm a sorte de passar a noite em tendas distribuídas por agências de refugiados, no entanto, a qualificação jurídica definida pelo *status* de imigrantes trouxe para os venezuelanos uma mitigação das proteções e tutelas advindas pelo Estado em face da condição de vulnerabilidade social.

Por outro lado, algumas medidas estão sendo adotadas para diminuir a vulnerabilidade desses imigrantes por meio de instituições governamentais como, por exemplo, o Ministério do Trabalho e Emprego e a Secretaria de Assistência Social, auxiliando na emissão de carteiras de trabalho, alimentos, roupas e moradias. Contudo, a diminuição da insalubridade e vulnerabilidade dos venezuelanos não assegura uma condição digna do ser humano, principalmente pelo grupo de risco social ao qual são inseridos nos grandes centros urbanos, como, por exemplo, as capitais do Amazonas e Roraima.

Diante do exposto, o objetivo desse estudo foi realizar uma breve síntese sobre os direitos humanos dos imigrantes venezuelanos no Brasil, verificando o papel social do governo brasileiro em relação a esses imigrantes e a efetividade de seus direitos nas dimensões conflituosas da imigração para o país.

É importante verificar a efetividade dos direitos humanos nas dimensões conflituosas da imigração venezuelana para o Brasil, pois sem um efetivo estudo das relações sociais existente entre nacionais e estrangeiros, as políticas públicas tornam-se fragilizadas, comprometendo a qualidade de vida dos imigrantes residentes no Brasil.

Também, esse estudo traz contribuição social, pois reflete diretamente na condução e tratamento dado aos imigrantes pelos brasileiros, já que, observados os aspectos culturais que

compreendem as relações existentes entre nacionais e estrangeiros, pode-se traçar políticas públicas de conscientização e ações governamentais interestaduais para a melhoria da qualidade de vida dos imigrantes venezuelanos, inclusive com novas vagas em escolas ou moradias adequadas, conforme preconiza a lei.

Ademais, em razão da imigração ser uma temática cada vez mais debatida ao longo dos últimos tempos, justifica-se essa pesquisa sob a ótica dos estudos migratórios, tendo em vista que intervenções na forma que os direitos destes estão sendo resguardados demandam urgência.

Para realizar esse estudo foi escolhido o método dedutivo, pois, conforme explicam Mezzaroba e Monteiro⁶, trata-se de um método que parte de argumentos gerais para outros particulares, ou seja, o estudo coletou dados e informações baseados em fatos históricos, legislativos, doutrinários e de reportagens sobre o tema, para, então traçar seus próprios argumentos e conclusões baseados nestas premissas.

Os artigos publicados foram pesquisados em jornais e revistas científicas, por meio das bases de dados SciELO (*Scientific Electronic Library Online*), CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior do Ministério da Educação), CLASE (*Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades*) e Google Acadêmico, além de publicações de Instituições e Organizações oficiais e reportagens sobre o fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil.

Após essa pré-seleção do material bibliográfico foi feita uma avaliação crítica sobre seu conteúdo, conforme explicado por Booth, Colomb e Williams⁷ (2008), através da leitura de cada livro, artigo ou publicação. Assim, foram descartadas aqueles que abordarem o tema de forma superficial, mantendo as publicações que trouxeram maior qualidade em suas informações. Ainda conforme recomendação dos autores, ao realizar essa leitura foram feitas anotações dos conteúdos de interesse, em forma de fichamento, para posterior utilização nos tópicos do desenvolvimento desse trabalho.

1. A CRISE VENEZUELANA

Para compreender a crise da Venezuela é preciso voltar um pouco, até o ano de 1999, quando a Venezuela experimentou um período diferente, denominado pelo então presidente Hugo

⁶ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.65.

⁷ BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. *A arte da pesquisa*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.99.

Chávez como “Revolução Bolivariana” que teve seu auge com a aprovação, através de um referendo, da Constituição Venezuelana de 1999. Nos anos seguintes, o país experimentou significativas mudanças em decorrência de inúmeras reformas políticas, econômicas e sociais que foram realizadas pelo governo. Porém, uma crise interna se instaurou no país a partir de 2013, crise essa de ordem econômica e política, que foi agravada por uma crise econômica mundial. A associação destes fatores levou o país à um quadro de extrema pobreza, com falta de medicamentos, alimentos e diversos outros bens e serviços que são indispensáveis para a população. Em decorrência desta crise, a repressão aos opositores do governo ganhou proporções alarmantes, com a execução de prisões, exonerações e cassações de lideranças da oposição. Com tudo isso, surgiu um processo migratório de venezuelanos em direção a outros países, principalmente o Brasil⁸.

Portanto, a crise da Venezuela tem um forte fator político, polarizado ideologicamente com a crescente oposição, que associado com uma crescente onda de conservadorismo tem potencializado, em muitos aspectos, a crise econômica, originando, entre outros problemas, um déficit de insumos básicos⁹.

Assim, essa crise se tornou responsável pelo deslocamento em massa dos venezuelanos, o que vem se agravando ano a ano por conta de um governo que beira o totalitarismo, retirando do seu povo direitos básicos à sobrevivência como a saúde, a segurança, a liberdade etc. A decadência deste governo, se agrava pelo fundamento do socialismo venezuelano que prega a total intervenção do Estado, sendo este o que controla a economia, nacionaliza empresas, manipula os preços de mercado e intervém no câmbio¹⁰.

Com a crise venezuelana, seus cidadãos têm buscado refúgio em outros países, como o Brasil, e podem ser classificados entre migrantes econômicos, refugiados e asilados políticos, chegando ao país em busca de melhores condições de vida. As migrações internacionais para o Brasil já ocorrem a muitos anos, mas tem recebido maior destaque da imprensa nacional desde que ocorreu a migração em massa de haitianos e africanos, a partir de 2010, e agora com a dos venezuelanos¹¹.

⁸ FRANCISCO NETO, Lucas. Venezuela e migrações. In: CONGRESSO INTERNACIONAL UFES/PARIS-EST, 6., 2017, Vitória – ES. **Anais [...]**. Vitória: UFES, 2017. p.803.

⁹ ARAGÃO, Tainá; SANTI, Vilso. Somos migrantes: o uso das redes sociais na produção midiática alternativa sobre a migração venezuelana em Roraima. **Aturá Revista Pan-Amazônica de Comunicação**, v.2, n.1, p.136-156, 2018. p.141.

¹⁰ ROMANO, Rogério Tadeu. A Venezuela e a imigração para o Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5534, 26 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68583>>. Acesso em: 4 dez. 2021.

¹¹ RANINCHESKI, Sonia; UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. “Polícia Federal deporta 450 imigrantes ilegais venezuelanos de Roraima”: um estudo sobre remediation, positivismo e pós-positivismo no jornal O Globo. **Diálogo**, n.37, 2018. p.39.

2. A IMIGRAÇÃO VENEZUELANA PARA O BRASIL

Toda essa situação de crise na Venezuela levou a que muitos venezuelanos tenham sido forçados a fugir de seu país, como resultado de violações de seus direitos humanos, violência e insegurança e perseguição, com base em sua opinião política, bem como para escapar dos efeitos da crise gerada pela escassez de alimentos, medicamentos, tratamento médico e a dificuldade de coletar pensões, entre outros. O impacto causado pelas graves crises alimentar e de saúde têm influenciado particularmente os grupos em situações de exclusão e discriminação histórica, como crianças e adolescentes, mulheres, idosos, povos indígenas e afrodescendentes, pessoas com deficiência e doentes, e pessoas que vivem na pobreza¹².

No intuito de controlar e manter sua população no país, a Venezuela editou decretos que fecharam as fronteiras com a Colômbia em agosto de 2015, com o Brasil em dezembro de 2016 e com Aruba, Curaçao e Bonaire em janeiro de 2017, sob a Declaração de um Estado de exceção na área de fronteira. Esta situação dificultou o direito de todas as pessoas deixarem livremente o território venezuelano, bem como dessa população em solicitar e receber asilo, proteção complementar ou outra proteção internacional. Por outro lado, como consequência da insegurança alimentar e da escassez de medicamentos, ainda assim se observa a travessia diária das fronteiras pelos venezuelanos para os países vizinhos em busca de comida e tratamento de saúde¹³.

Sendo assim, é elevado o número de pessoas solicitando refúgio no Brasil. Devido a isso, a Polícia Federal estabeleceu uma tentativa de administrar essas pessoas que a procuram por meio de emissão de um papel comprobatório dizendo que este indivíduo esteve perante a autoridade migratória e agendou um atendimento para solicitar seu refúgio, o que ficou conhecido como o “Protocolo do Protocolo”. Essa inovação tenta diminuir as filas na Polícia brasileira e assegurar que essa pessoa não seja deportada por estar em uma situação irregular no Brasil enquanto não solicita efetivamente o seu pedido de refúgio, que é o momento em que de fato recebe o protocolo de sua solicitação de refúgio, que lhe confere uma série de direitos¹⁴.

¹² SIMÕES, Gustavo da F.; SILVA, Leonardo C. da; OLIVEIRA, Antônio T. R. de. À guisa de introdução: imigração venezuelana no Brasil. In: SIMÕES, Gustavo da F. (org.). **Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: CRV, 2017. p.9-12.

¹³ SIMÕES, Gustavo da F.; SILVA, Leonardo C. da; OLIVEIRA, Antônio T. R. de. À guisa de introdução: imigração venezuelana no Brasil. In: SIMÕES, Gustavo da F. (org.). **Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: CRV, 2017. p.10.

¹⁴ SILVA, João Carlos Jarochinski; BÓGUS, Lucia Maria Machado; SILVA, Stéfanie Angélica Gimenez Jarochinski. Os fluxos migratórios mistos e os entraves à proteção aos refugiados. **Revista Brasileira de Estudos de População**, Belo Horizonte, v.34, n.1, p.15-30, 2017. p.19.

Mas, a situação dos imigrantes se agravou a partir do segundo semestre de 2016, com milhares de venezuelanos vindo para o Brasil, fazendo que muitos acabassem tendo que utilizar as ruas como moradia, pois a situação econômica destas pessoas era tão precária que se encontravam impossibilitados de pagar um aluguel. Essa situação ocorreu principalmente no contexto da imigração indígena-venezuelana, em especial por indígenas da etnia Warao, proveniente da região do Delta do Orinoco, que é composta pelos estados venezuelanos do Delta Amacuro, Monagás e Sucre^{15,16}.

Com tudo isso, o Brasil tem procurado acolher os imigrantes venezuelanos. Entre 2011 e 2020, foram 46.412 venezuelanos reconhecidos legalmente como refugiados no país¹⁷. Porém, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados¹⁸ (ACNUR), as autoridades brasileiras estimam que cerca de 264 mil venezuelanos vivem atualmente no país, havendo ainda inúmeras solicitações a serem avaliadas para legalização de seu *status*.

3. REAÇÕES E ATITUDES TOMADAS PELO GOVERNO BRASILEIRO

O Brasil é um dos países reconhecidos como local de hospitalidade de refugiados, e estes lugares têm influenciado e sido influenciados pelas políticas de acolhimento a estas pessoas, afinal, o mundo hoje vive o maior e mais complexo fluxo migratório internacional desde a segunda guerra mundial. Em vista dessa enormidade de fluxos migratórios em todo o planeta, são vários os desafios se apresentam, o que possibilita uma ótima oportunidade para descobrir novas alternativas, por exemplo, para iniciativas privadas, práticas conduzidas pela sociedade civil organizada e para originar políticas públicas de acolhimento a estes deslocados¹⁹.

Entrou em vigor no Brasil, no dia 21 de novembro de 2017, a nova Lei de Migração²⁰, em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, legislação oriunda do regime militar que abordava a

¹⁵ ARAGÃO; SANTI op. cit. p.141.

¹⁶ MOREIRA, Paula Gomes. Entorno e primeiras respostas (g) locais à instabilidade na Venezuela. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental**, n.18, 2018. p.90.

¹⁷ SILVA, Gustavo Junger da; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de; COSTA, Luiz Fernando Lima; MACEDO, Marília F.R. de. **Refúgio em números**. 6.ed. Brasília: OBMigra, 2021. p.43.

¹⁸ ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Brasil torna-se o país com maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na América Latina. **ACNUR**, 31 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/01/31/brasil-torna-se-o-pais-com-maior-numero-de-refugiados-venezuelanos-reconhecidos-na-america-latina/>>. Acesso em: 5 dez 2021.

¹⁹ SPOLON; SOUZA, op cit. p.12.

²⁰ BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília/DF, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 4 dez. 2021.

imigração do ponto de vista da segurança nacional. Um dos princípios contidos na lei, por exemplo, é a “não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional”. Passa-se a ter, pela Lei, uma visão mais humanista na matéria consentânea com direitos e garantias constitucionais.

O eixo central da nova lei é a proteção de direitos humanos na temática das migrações, intuída já na escolha da epígrafe: trata-se de uma lei de migração, aplicando-se ao migrante que vive no Brasil e, inclusive, ao brasileiro que vive no exterior. O reconhecimento da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos como princípio de regência da política migratória brasileira (artigo 3º, I) é decorrência da proteção da dignidade humana, vetor axiológico da Constituição (artigo 1º, III) e dos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil e princípio constitucional impositivo²¹.

Além disso, outras medidas também foram tomadas, com o intuito de solucionar os efeitos desta imigração em massa para o Brasil. Uma delas foi a criação de abrigos em cidades de recepção de imigrantes indígenas e não indígenas. Tal auxílio tem sido prestado com a parceria de organizações internacionais especializadas, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional de Migração (OIM), que inclusive abriu um escritório regional em Boa Vista. Estas organizações internacionais têm tido um papel fundamental, não apenas na assistência humanitária, como também na mediação da própria crise internacional na Venezuela, juntamente aos governos vizinhos²².

Ademais, missões de apoio têm sido realizadas, com distribuição de remédios, alimentos, bens de primeira necessidade, através do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), em conjunto com outras instituições do governo e organizações não governamentais (ONGs), como o ACNUR²³.

O Exército Brasileiro também está envolvido nessa ajuda, por meio da Operação Acolhida, que é uma ação conjunta, interagências, e de natureza humanitária, que envolve as Forças Armadas e vários órgãos da esfera federal, estadual e municipal, além de agências internacionais e ONGs. Em 1º de março de 2018, o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas determinou ao Exército Brasileiro que estabelecesse a Força-Tarefa Logística Humanitária para o estado de Roraima para que pautasse sua atuação por meio do tripé: ordenamento da fronteira, abrigamento e

²¹ BRASIL - Lei de Migração. op. cit. *on-line*.

²² MOREIRA op. cit. p.93.

²³ FGV – Fundação Getúlio Vargas. **Desafio migratório em Roraima. Repensando a política e a gestão da migração no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p.4.

interiorização dos imigrantes. Assim, o Exército e as instituições parceiras acolhem e orientam os imigrantes venezuelanos para que posteriormente, possam ser direcionados aos sistemas de ensino e de inserção no mercado de trabalho, participarem do processo de interiorização ou, se assim desejarem, retornem ao seu país de origem²⁴.

Dessa forma, o Governo Federal, em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Social e com a ONU, tem buscado a realização da interiorização dos venezuelanos, procurando desafogar as cidades fronteiriças, promovendo a redistribuição desses migrantes para os demais Estados do País. De acordo com o governo brasileiro, a Operação Acolhida já interiorizou mais de 56 mil venezuelanos refugiados, para 719 cidades brasileiras. Para abrigar os venezuelanos mais vulneráveis que chegam ao país, há 13 abrigos e quatro alojamentos, que se encontram em Boa Vista, Pacaraima e Manaus, sendo cinco deles destinados exclusivamente para migrantes e refugiados de origem indígena. Atualmente, a capacidade total (incluindo abrigos e alojamentos) é de quase 12 mil pessoas. No entanto, ainda até o final deste segundo semestre de 2021, serão abertos mais dois abrigos com capacidade de abrigar mais de 1,5 mil pessoas²⁵.

4. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES VENEZUELANOS NO BRASIL

São muitos os desafios que os venezuelanos enfrentam ao migrar. Entre eles, há obstáculos na obtenção de proteção internacional, discriminação, ameaças à vida e integridade pessoal, violência sexual e de gênero, abuso e exploração, tráfico de pessoas, desaparecimento de migrantes e refugiados, a descoberta de sepulturas clandestinas em áreas fronteiriças e ao longo de rotas de migração com restos que se presume serem de indivíduos venezuelanos, e falta de documentos de identidade, bem como obstáculos no acesso à assistência humanitária, acesso a habitação, saúde, alimentação, educação e outros serviços básicos²⁶.

No estudo de Romano²⁷, o autor revela ter recebido informações de que organizações criminosas estão explorando recém-chegados venezuelanos em algumas áreas de fronteira. Os

²⁴ KANAAN Cel.; TASSIO Maj., SIDMAR 2ºTen. Ações do exército brasileiro na ajuda humanitária aos imigrantes venezuelanos. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski. (Coords.) **Migrações Venezuelanas**. Campinas: UNICAMP, 2018. p.68.

²⁵ BRASIL. Cidadania e Assistência Social. **Operação Acolhida já interiorizou mais de 56 mil venezuelanos refugiados**. Publicado em: 21 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/08/operacao-acolhida-ja-interiorizou-mais-de-56-mil-venezuelanos-refugiados>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

²⁶ SILVA op cit. p.20.

²⁷ ROMANO op. cit. *on-line*.

povos indígenas, como o Wayuu, Warao e Yukpa também foram afetados, sendo forçados a deixar seus territórios. Eles precisam percorrer longas distâncias e geralmente estão em maior situação de vulnerabilidade, porque não possuem recursos para comprar comida ou procurar moradia, e não falam o idioma local. O autor também dispõe de informações sobre práticas xenófobas e discriminatórias graves contra venezuelanos em países de trânsito e destino, incluindo insultos, abusos por parte das autoridades e indivíduos, extorsão e retórica que estigmatiza e criminaliza os venezuelanos culpando-os pelo aumento das taxas de violência e de que estes estão tirando os empregos dos nacionais. Da mesma forma, como resultado de situação de extrema vulnerabilidade e pobreza, muitos venezuelanos estão mais expostos a tornar-se vítimas de tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual, prostituição forçada, exploração laboral, ou servidão e práticas semelhantes à escravidão, entre outros.

Nesse contexto, também é importante informar que como o mercado de trabalho nas regiões fronteiriças do Brasil com a Venezuela e regiões no entorno está sendo incapaz de absorver esta quantidade de migrantes, isso tem ocasionado situações de exploração do trabalho, com os venezuelanos menos qualificados competindo diretamente com os brasileiros, o que gera preconceito e xenofobia²⁸.

Inclusive, já se tornaram frequentes os episódios de violência contra mulheres e adolescentes venezuelanas em Boa Vista, Roraima, que passaram a ser vítimas de estupros e espancamentos apenas em função de sua nacionalidade²⁹. Pode-se citar como exemplo um triste episódio ocorrido em fevereiro de 2018, em que aconteceram dois ataques a venezuelanos: uma bomba lançada na casa de uma família venezuelana e um incêndio criminoso em uma casa onde viviam 31 imigrantes³⁰.

Essa violência é decorrente do fato de que a cidade de Boa Vista apresenta um cenário onde uma parcela da população local já era carente de políticas integradas de educação, inserção digna no mercado de trabalho, e de ampliação dos serviços de saúde. Com a chegada dos imigrantes, e como a prefeitura não tem recebido apoio dos governos estadual e federal para atrair projetos de desenvolvimento econômico para a região, ela não consegue prover o necessário a uma população

²⁸ DRAGHI, Debora. O mercado de trabalho informal em Roraima e as dificuldades vividas pelos venezuelanos. **MigraMundo**. Publicado em: 18 jul. 2018. Disponível em: <<https://migramundo.com/o-mercado-de-trabalho-informal-em-roraima-e-as-dificuldades-vividas-pelos-venezuelanos>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

²⁹ MOREIRA op. cit. p.91.

³⁰ FGV op. cit. p.3.

que agora se tornou majoritariamente desempregada, ou inserida no mercado informal, e pouco instruída³¹.

Arruda-Barbosa et al.³² investigaram a vida dos imigrantes venezuelanos que moram em abrigos no Brasil, em Boa Vista, e constataram que apesar das necessidades sofridas, há sentimentos de gratidão por viverem no Brasil. Segundo declaração dos entrevistados, viver em abrigo tem seu lado ruim e difícil, pois o ambiente das barracas é quente, pequeno e possui pouca privacidade, no entanto, é melhor do que terem que viver nas ruas. Quanto à alimentação no abrigo, o suporte nutricional é satisfatório, com o fornecimento de três refeições balanceadas diariamente, embora às vezes seja insuficiente. Por outro lado, os imigrantes se declaram satisfeitos com os cuidados interdisciplinares em saúde e a distribuição de medicamentos, ainda que reclamem que o acesso aos serviços de saúde é limitado.

Com o contexto de pandemia de COVID-19, a situação se agravou ainda mais. O governo brasileiro não desenvolveu uma política pública específica para o cuidado com os imigrantes venezuelanos diante da pandemia, porém, através do projeto Operação Acolhida tem prestado atendimento a essa população nesse sentido. De acordo com a ONU, a OIM, por meio de financiamento recebido do governo do Japão, promoveu ações de saúde para os imigrantes venezuelanos, em apoio a Operação Acolhida. Entre as ações realizadas estavam a distribuição de kits de higiene, o auxílio a profissionais de saúde e a doação de equipamentos para a rede pública de saúde, assim como, o compartilhamento e produção de conteúdo informativo e preventivo sobre o coronavírus. Durante as ações de distribuição dos kits, as equipes da OIM também realizam sessões informativas com os refugiados e imigrantes sobre cuidados pessoais e sobre como se prevenir da doença³³.

Cabe ressaltar, de acordo com publicação do *International Commission of Jurists*³⁴ (ICJ), que é defendido que os direitos humanos, conforme garantidos pelo direito nacional e internacional, têm um papel essencial na proteção dos migrantes, e que os direitos fundamentais de todas as

³¹ FGV op. cit. p.3.

³² ARRUDA-BARBOSA, Loeste de; SILVA NETA, Eliana Lúcia Monteiro da; TEIXEIRA, Luiz Davi Guimarães; SILVA, Sarah Moura e; BRASIL, Camila Oliveira; LEAL, Nathacha Andreza Costa. Aspectos gerais da vida de imigrantes em abrigos para refugiados. **Revista Brasileira de Promoção da Saúde**, v.33, n.10734, 2020. p.1.

³³ ONU – Organização das Nações Unidas. **OIM apoia venezuelanos e comunidade de acolhida com ações frente à COVID-19**. Publicado em: 27 mar. 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oim-apoia-venezuelanos-e-comunidade-de-acolhida-com-coes-frente-a-covid-19/>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

³⁴ ICJ - International Commission of Jurists. **Migration and international human rights law**. Practitioners Guide No. 6. Geneva: ICJ, 2011. p.30-31.

pessoas, independentemente de seu *status* de migração, incluem:

- a) O direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa e a não ser submetido a prisão ou detenção arbitrária, e o direito de solicitar e desfrutar de asilo contra perseguição;
- b) O direito de não ser discriminado em razão de raça, sexo, idioma, religião, origem nacional ou social ou outro *status*;
- c) O direito de ser protegido de abuso e exploração, de estar livre da escravidão e da servidão involuntária e de ser livre de tortura e de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes;
- d) O direito a um julgamento justo e a uma reparação legal;
- e) O direito à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito à saúde, um nível de vida adequado, seguridade social, moradia adequada, educação e condições justas e favoráveis de trabalho;
- f) Outros direitos humanos garantidos pelos instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Estado é parte e pelo direito internacional consuetudinário.

Todos esses são direitos humanos aos quais todas as pessoas, sem exceção, têm direito. Ou seja, as pessoas não os adquirem porque são cidadãos, trabalhadores ou com base em um determinado *status*, mas sim por serem pessoas. Assim, ninguém pode ser privado de seus direitos humanos por ter entrado ou permanecido em um país em violação das regras de imigração doméstica, assim como ninguém pode ser privado deles por se parecerem ou serem “estrangeiros”, crianças, mulheres, ou não falarem o idioma local. Este princípio da universalidade dos direitos humanos é particularmente valioso para os migrantes³⁵.

Finalizando esse estudo, cabe destacar a opinião de Lopes³⁶, que em sua análise revela que a migração venezuelana para o Brasil deveria ser vista como uma janela de oportunidades, como fator de desenvolvimento para o país, pois as regiões do Norte, que tem sido as mais povoadas por esses migrantes, possuem muitas riquezas ainda a serem exploradas. Para tanto, necessitam de mão

³⁵ ICJ op. cit. p.31.

³⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Uma janela de oportunidades: a migração venezuelana como fator de desenvolvimento. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski. (Coords.) **Migrações Venezuelanas**. Campinas: UNICAMP, 2018. p.114.

de obra, como é o caso do desenvolvimento e exploração do caçari, fruta com maior quantidade de vitamina C do mundo, cujo potencial vai desde o plantio, o cultivo, o processamento, a industrialização dos sucos, sorvetes, da produção de vitamina C, e até mesmo da exportação para mercados consumidores mais longínquos, como o Japão. Para isso, precisa de mais pessoas para desenvolver a economia do caçari, e tantas outras riquezas em estado bruto na região.

O governo brasileiro precisa despertar para a necessidade de acolher e integrar os migrantes venezuelanos de forma mais efetiva, com a visão de que isso pode representar uma virada paradigmática em favor do desenvolvimento econômico e social em âmbito local. Sendo assim, o Ministério Público do Trabalho deve apoiar essa virada, atuando no fomento à aprendizagem, fortalecimento do Sistema Nacional de Emprego (SINE) e outras estratégias de intermediação de mão de obra dignas e geração de emprego, trabalho e renda, que nessa região pode ser feito especialmente por meio da agricultura familiar, orgânica, urbana e do gerenciamento de resíduos sólidos³⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desse estudo se pode constatar que ainda que o governo brasileiro esteja tomando medidas importantes para acolher e respeitar os direitos humanos dos imigrantes venezuelanos, elas não estão sendo eficazes. Seus direitos vêm sendo transgredidos, visto que se observam inúmeros episódios de xenofobia, abusos e até mesmo agressões, assassinatos e discursos de ódio contra os refugiados.

Essas pessoas estão vindo para o país em busca de melhores condições de vida, fugindo de uma enorme crise política e econômica em seu país de origem, onde há total ausência de recursos básicos para que possam ter uma vida minimamente digna e uma perspectiva de futuro melhor.

No momento atual, verifica-se que o fenômeno da hospitalidade entre países está se tornando cada vez mais relevante, devido aos processos sociais contemporâneos, neste mundo cada vez mais globalizado. E é relevante lembrar que o que faz essas pessoas fugirem de seus locais de origem é estarem em busca de uma vida melhor, de um futuro, de um amanhã.

Portanto, se faz necessário que o Governo Brasileiro tenha atitudes mais efetivas para o acolhimento destes imigrantes, pois o que vem sendo feito até agora não tem sido suficiente para

³⁷ LOPES op. cit. p.114.

resolver o problema causado por este enorme fluxo de pessoas que chega ao país, onde muitos acabam se instalando nas fronteiras de forma precária.

Ressalta-se a necessidade de investir em políticas inclusivas e não discriminatórias quando em situações de crise humanitária, como a vivida pelos imigrantes venezuelanos. E que o Brasil deve olhar para esse fluxo migratório como uma oportunidade de crescimento econômico, absorvendo integralmente essas pessoas, dando a elas oportunidades reais para se instalarem, trabalharem e produzirem riquezas para si e para o país.

REFERÊNCIAS DAS DONTES CITADAS

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Brasil torna-se o país com maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na América Latina. **ACNUR**, 31 jan 2020. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/01/31/brasil-torna-se-o-pais-com-maior-numero-de-refugiados-venezuelanos-reconhecidos-na-america-latina/>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

ARAGÃO, Tainá; SANTI, Vilso. Somos migrantes: o uso das redes sociais na produção midiática alternativa sobre a migração venezuelana em Roraima. **Aturá Revista Pan-Amazônica de Comunicação**, v.2, n.1, p.136-156, 2018.

ARRUDA-BARBOSA, Loeste de; SILVA NETA, Eliana Lúcia Monteiro da; TEIXEIRA, Luiz Davi Guimarães; SILVA, Sarah Moura e; BRASIL, Camila Oliveira; LEAL, Nathacha Andreza Costa. Aspectos gerais da vida de imigrantes em abrigos para refugiados. **Revista Brasileira de Promoção da Saúde**, v.33, n.10734, p.1-11, 2020.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília/DF, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 4 dez. 2021.

BRASIL. Cidadania e Assistência Social. **Operação Acolhida já interiorizou mais de 56 mil venezuelanos refugiados**. Publicado em: 21 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/08/operacao-acolhida-ja-interiorizou-mais-de-56-mil-venezuelanos-refugiados>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

DRAGHI, Debora. O mercado de trabalho informal em Roraima e as dificuldades vividas pelos venezuelanos. **MigraMundo**. Publicado em: 18 jul. 2018. Disponível em: <<https://migramundo.com/o-mercado-de-trabalho-informal-em-roraima-e-as-dificuldades-vividas-pelos-venezuelanos>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

FGV – Fundação Getúlio Vargas. **Desafio migratório em Roraima. Repensando a política e a gestão da migração no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV, 2018.

FRANCISCO NETO, Lucas. Venezuela e migrações. In: CONGRESSO INTERNACIONAL UFES/PARIS-EST, 6., 2017, Vitória – ES. **Anais [...].** Vitória: UFES, 2017. p.803-817.

ICJ - International Commission of Jurists. **Migration and international human rights law.** Practitioners Guide No. 6. Geneva: ICJ, 2011.

KANAAN Cel.; TASSIO Maj., SIDMAR 2ºTen. Ações do exército brasileiro na ajuda humanitária aos imigrantes venezuelanos. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski. (Coords.) **Migrações Venezuelanas.** Campinas: UNICAMP, 2018. p.68-71.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Uma janela de oportunidades: a migração venezuelana como fator de desenvolvimento. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski. (Coords.) **Migrações Venezuelanas.** Campinas: UNICAMP, 2018. p.104-125.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Paula Gomes. Entorno e primeiras respostas (g) locais à instabilidade na Venezuela. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental**, n.18, 87-95, 2018.

ONU – Organização das Nações Unidas. **OIM apoia venezuelanos e comunidade de acolhida com ações frente à COVID-19.** Publicado em: 27 mar. 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oim-apoia-venezuelanos-e-comunidade-de-acolhida-com-acoes-frente-a-covid-19/>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

RANINCHESKI, Sonia; UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. “Polícia Federal deporta 450 imigrantes ilegais venezuelanos de Roraima”: um estudo sobre remediation, positivismo e pós-positivismo no jornal O Globo. **Diálogo**, n.37, p.39-52, 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. A Venezuela e a imigração para o Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5534, 26 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68583>>. Acesso em: 4 dez. 2021.

SILVA, Gustavo Junger da; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de; COSTA, Luiz Fernando Lima; MACEDO, Marília F.R. de. **Refúgio em números.** 6.ed. Brasília: OBMigra, 2021.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Migração forçada de venezuelanos pela fronteira norte do Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 41., 2017, Caxambu – MG. **Anais [...].** Caxambu: ANPOCS, 2017.

SILVA, João Carlos Jarochinski; BÓGUS, Lucia Maria Machado; SILVA, Stéfanie Angélica Gimenez Jarochinski. Os fluxos migratórios mistos e os entraves à proteção aos refugiados. **Revista Brasileira de Estudos de População**, Belo Horizonte, v.34, n.1, p.15-30, 2017.

SIMÕES, Gustavo da F.; SILVA, Leonardo C. da; OLIVEIRA, Antônio T. R. de. À guisa de introdução: imigração venezuelana no Brasil. In: SIMÕES, Gustavo da F. (org.). **Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: CRV, 2017. p.9-12.

SPOLON, Ana Paula Garcia; SOUZA, Maris Stella Machado de. Hospitalidade, mobilidade humana e cidades: a experiência de São Paulo no acolhimento a imigrantes e refugiados. In: SEMINÁRIO DA ANPTUR, 13., 2016. São Paulo. **Anais [...]**, São Paulo: ANPTUR, 2016.

ZANELLA, Diego Carlos; SOUZA, Draiton Gonzaga de. O Cosmopolitismo estóico. In: MOSTRA DE PESQUISA DA PÓS-GRADUAÇÃO – PUCRS, 4., 2009, Porto alegre – RS. **Anais [...]**, Porto Alegre: PUCRS, 2009.