

ESTUDOS DE DIREITO LATINO AMERICANO

VOLUME XII



ORGANIZADORAS
GABRIELA SOARES BALESTERO
ANA SILVIA MARCATTO BEGALLI

ESTUDOS DE DIREITO LATINO AMERICANO

VOLUME XII



ORGANIZADORAS
GABRIELA SOARES BALESTERO
ANA SILVIA MARCATTO BEGALLI



2022 - Editora Ampla

Copyright © Editora Ampla

Editor Chefe: Leonardo Pereira Tavares

Design da Capa: Editora Ampla

Diagramação: Higor Costa de Brito

Estudos de direito latino americano – Volume XII está licenciado sob CC BY 4.0.



Esta licença exige que as reutilizações deem crédito ao criador. Ele permite que os reutilizadores distribuam, remixem, adaptem e construam o material em qualquer meio ou formato, mesmo para fins comerciais.

O conteúdo da obra e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, não representando a posição oficial da Editora Ampla. É permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores. Todos os direitos para esta edição foram cedidos à Editora Ampla.

ISBN: 978-65-5381-051-8

DOI: 10.51859/ampla.edl2318-0

Editora Ampla

Campina Grande – PB – Brasil
contato@amplaeditora.com.br
www.amplaeditora.com.br



2022

CONSELHO EDITORIAL

Andréa Cátia Leal Badaró – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Andréia Monique Lermen – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Antoniele Silvana de Melo Souza – Universidade Estadual do Ceará
Aryane de Azevedo Pinheiro – Universidade Federal do Ceará
Bergson Rodrigo Siqueira de Melo – Universidade Estadual do Ceará
Bruna Beatriz da Rocha – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Bruno Ferreira – Universidade Federal da Bahia
Caio Augusto Martins Aires – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Caio César Costa Santos – Universidade Federal de Sergipe
Carina Alexandra Rondini – Universidade Estadual Paulista
Carla Caroline Alves Carvalho – Universidade Federal de Campina Grande
Carlos Augusto Trojaner – Prefeitura de Venâncio Aires
Carolina Carbonell Demori – Universidade Federal de Pelotas
Cícero Batista do Nascimento Filho – Universidade Federal do Ceará
Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dandara Scarlet Sousa Gomes Bacelar – Universidade Federal do Piauí
Daniela de Freitas Lima – Universidade Federal de Campina Grande
Darlei Gutierrez Dantas Bernardo Oliveira – Universidade Estadual da Paraíba
Denise Barguil Nepomuceno – Universidade Federal de Minas Gerais
Diogo Lopes de Oliveira – Universidade Federal de Campina Grande
Dylan Ávila Alves – Instituto Federal Goiano
Edson Lourenço da Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí
Elane da Silva Barbosa – Universidade Estadual do Ceará
Érica Rios de Carvalho – Universidade Católica do Salvador
Fernanda Beatriz Pereira Cavalcanti – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
Fredson Pereira da Silva – Universidade Estadual do Ceará
Gabriel Gomes de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas
Gilberto de Melo Junior – Instituto Federal do Pará
Givanildo de Oliveira Santos – Instituto Brasileiro de Educação e Cultura
Higor Costa de Brito – Universidade Federal de Campina Grande
Isabel Fontgalland – Universidade Federal de Campina Grande
Isane Vera Karsburg – Universidade do Estado de Mato Grosso
Israel Gondres Torné – Universidade do Estado do Amazonas
Ivo Batista Conde – Universidade Estadual do Ceará
Jaqueline Rocha Borges dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Jessica Wanderley Souza do Nascimento – Instituto de Especialização do Amazonas
João Henriques de Sousa Júnior – Universidade Federal de Santa Catarina
João Manoel Da Silva – Universidade Federal de Alagoas
João Vitor Andrade – Universidade de São Paulo
Joilson Silva de Sousa – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
José Cândido Rodrigues Neto – Universidade Estadual da Paraíba
Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Josenita Luiz da Silva – Faculdade Frassinetti do Recife
Josiney Farias de Araújo – Universidade Federal do Pará
Karina de Araújo Dias – SME/Prefeitura Municipal de Florianópolis
Katia Fernanda Alves Moreira – Universidade Federal de Rondônia
Laís Portugal Rios da Costa Pereira – Universidade Federal de São Carlos
Laíze Lantyer Luz – Universidade Católica do Salvador
Lindon Johnson Pontes Portela – Universidade Federal do Oeste do Pará
Luana Maria Rosário Martins – Universidade Federal da Bahia
Lucas Araújo Ferreira – Universidade Federal do Pará

Lucas Capita Quarto – Universidade Federal do Oeste do Pará
Lúcia Magnólia Albuquerque Soares de Camargo – Unifacisa Centro Universitário
Luciana de Jesus Botelho Sodrê dos Santos – Universidade Estadual do Maranhão
Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Luiza Catarina Sobreira de Souza – Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central
Manoel Mariano Neto da Silva – Universidade Federal de Campina Grande
Marcelo Alves Pereira Eufrazio – Centro Universitário Unifacisa
Marcelo Williams Oliveira de Souza – Universidade Federal do Pará
Marcos Pereira dos Santos – Faculdade Rachel de Queiroz
Marcus Vinicius Peralva Santos – Universidade Federal da Bahia
Maria Carolina da Silva Costa – Universidade Federal do Piauí
Marina Magalhães de Moraes – Universidade Federal do Amazonas
Mário César de Oliveira – Universidade Federal de Uberlândia
Michele Antunes – Universidade Feevale
Milena Roberta Freire da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Nadja Maria Mourão – Universidade do Estado de Minas Gerais
Natan Galves Santana – Universidade Paranaense
Nathalia Bezerra da Silva Ferreira – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte
Neide Kazue Sakugawa Shinohara – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Neudson Johnson Martinho – Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Mato Grosso
Patrícia Appelt – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Paula Milena Melo Casais – Universidade Federal da Bahia
Paulo Henrique Matos de Jesus – Universidade Federal do Maranhão
Rafael Rodrigues Gomides – Faculdade de Quatro Marcos
Reângela Cíntia Rodrigues de Oliveira Lima – Universidade Federal do Ceará
Rebeca Freitas Ivanicska – Universidade Federal de Lavras
Renan Gustavo Pacheco Soares – Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns
Renan Monteiro do Nascimento – Universidade de Brasília
Ricardo Leoni Gonçalves Bastos – Universidade Federal do Ceará
Rodrigo da Rosa Pereira – Universidade Federal do Rio Grande
Rubia Katia Azevedo Montenegro – Universidade Estadual Vale do Acaraú
Sabrynnna Brito Oliveira – Universidade Federal de Minas Gerais
Samuel Miranda Mattos – Universidade Estadual do Ceará
Shirley Santos Nascimento – Universidade Estadual Do Sudoeste Da Bahia
Silvana Carloto Andres – Universidade Federal de Santa Maria
Sílvio de Almeida Junior – Universidade de Franca
Tatiana Paschoalette R. Bachur – Universidade Estadual do Ceará | Centro Universitário Christus
Telma Regina Stroparo – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Thayla Amorim Santino – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Thiago Sebastião Reis Contarato – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Virgínia Maia de Araújo Oliveira – Instituto Federal da Paraíba
Virginia Tomaz Machado – Faculdade Santa Maria de Cajazeiras
Walmir Fernandes Pereira – Miami University of Science and Technology
Wanessa Dunga de Assis – Universidade Federal de Campina Grande
Wellington Alves Silva – Universidade Estadual de Roraima
Yáscara Maia Araújo de Brito – Universidade Federal de Campina Grande
Yasmin da Silva Santos – Fundação Oswaldo Cruz
Yuciara Barbosa Costa Ferreira – Universidade Federal de Campina Grande



2022 - Editora Amplla

Copyright © Editora Amplla

Editor Chefe: Leonardo Pereira Tavares

Design da Capa: Editora Amplla

Diagramação: Higor Costa de Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Estudos de Direito Latino Americano [livro eletrônico] /
organização Ana Silvia Begalli, Gabriela Soares Balestero. --
Campina Grande : Editora Amplla, 2022.
v. 12

Formato: PDF

ISBN: 978-65-5381-051-8

1. Direito. 2. América Latina - Estudos jurídicos.
I. Begalli, Ana Silvia. II. Balestero, Gabriela Soares.
III. Título.

CDD-340.07

Sueli Costa - Bibliotecária - CRB-8/5213
(SC Assessoria Editorial, SP, Brasil)

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : América Latina : Estudos 340.07

Editora Amplla

Campina Grande – PB – Brasil
contato@ampllaeditora.com.br
www.ampllaeditora.com.br



2022

PREFÁCIO

Com muita satisfação publicamos mais uma edição da coletânea “*Estudos de Direito Latino Americano*” em seu *Volume XII*. Trata-se de uma obra que visa reunir pesquisas sobre diversas temáticas jurídicas tanto do Brasil quanto da América Latina.

O primeiro intitulado “Registros Públicos: a fé pública frente aos pedidos de restauração com base na Lei 6.015/73” que dispõe sobre os Registros Públicos de forma geral. O autor ressalta que no capítulo XIV, Art. 109 e seguintes, constam os casos de possibilidades de Restauração, Suprimento e Retificação de assentamento de Registro Civil, de forma a possibilitar inclusive que o cartório retifique com fulcro no Art. 110 sem a intervenção judicial em determinados casos. Da mesma forma, como supracitado, tal lei versa sobre as possibilidades de Restauração de Registro Civil, de forma que a uma leitura rápida, algumas questões problemáticas passam despercebidas. Não tão comum, as hipóteses de restauração de Registros Públicos são os casos em que o registro em questão necessita ter seu conteúdo refeito, haja vista ter sido extraviado, dilacerado ou inutilizado. Na prática, inclusive no Tribunal de Justiça do Amazonas, por conta da extinção de cartórios bem como a perda de acervo por desastres (como incêndio), observa-se que a figura da Restauração tem sido pouco utilizada, haja vista a preferência pelas varas especializadas em determinar o registro tardio, ignorando a via original existente com a parte. Sendo assim, o que se deve fazer nos casos em que a parte dispõe de uma via da documentação, contudo o cartório, por algum motivo, não dispõe dos referidos dados? Cria-se, aqui, um impasse quanto ao Registro existente com a parte que pleiteia a Restauração, a fé pública atribuída a este documento em si e a inexistência de dados com o cartório.

O segundo capítulo intitulado “a consistência do sistema jurídico e o caso da correção monetária do saldo do FGTS, objeto da ação direta de inconstitucionalidade de n. 5.090” visa analisar os precedentes do Supremo Tribunal Federal que servem de parâmetro para o julgamento da Ação Direta de inconstitucionalidade nº 5.090 e diagnosticar a decisão mais adequada ao caso em relação à consistência do sistema jurídico brasileiro. Através de uma pesquisa bibliográfica, tendo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann como marco teórico base, identificamos a importância da análise dos precedentes para a consistência do sistema jurídico. Em seguida, compreendemos qual o objeto da ADI nº 5.090, que tramita no Supremo Tribunal Federal. Assim, concluímos que em razão dos

reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal, a decisão adequada à garantia da consistência do sistema jurídico é aquela que declara a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS, em razão de sua violação ao direito de propriedade dos trabalhadores.

O terceiro capítulo intitulado “Demagogia das democracias: Apartheid Econômico-financeiro neoprímata” deriva de uma reflexão que propõe que as questões de gênero, raça, feminismos, de sexismos e de identitarismos, embora importantes, sejam substituídas pelas análises e ações efetivas e imediatas para acabar com as demagogias das democracias contemporâneas e impor paradigmas para distribuição de bens e riquezas sustentáveis no planeta, com inclusões econômicas e financeiras para todos os povos. A partir da teoria do “biolaboralismo”, a ideia é ultrapassar o egocentrismo de regimes neoprímatas e fixar, de vez, a obrigatoriedade de um Estado de Direito universal que concretize a empatia virtuosa e as equanimidades.

O quarto capítulo trata sobre “a (in)efetividade da atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa do consumidor: uma análise do inquérito civil como fator de celeridade na resolução de conflitos consumeristas” o autor ressalta que diante da morosidade da esfera judicial em solucionar controvérsias e, no presente caso, dar uma resposta célere para as questões que envolvem os problemas envolvendo as relações consumeristas coletivas, inicia-se a necessidade de exaltar os instrumentos extrajudiciais para a defesa do consumidor. Sendo assim, sentiu-se a necessidade de fazer uma análise acerca da atuação extrajudicial do Ministério Público, por meio do Inquérito Civil na proteção dos direitos do consumidor. A elaboração deste Artigo Científico, dessa forma, desenvolve-se a partir do método qualitativo, com método de pesquisa dedutivo e método de procedimento bibliográfico. Assim, a pesquisa apresenta um estudo sobre o conceito, as características e a instrução do Inquérito Civil, bem como a atuação do Ministério Público, por meio do referido instrumento na proteção do consumidor nas relações consumeristas. Portanto, como resultado deste trabalho foi possível identificar que o Órgão Ministerial possui um aparato forte para uma atuação extrajudicial eficaz em prol da proteção dos direitos do consumidor, defendendo a parte hipossuficiente da relação consumerista.

O quinto capítulo intitulado “Políticas Públicas e ações afirmativas como enfrentamento da discriminação das mulheres negras no mercado de trabalho” ressalta que diante da dificuldade enfrentada pela mulher negra em ascender profissionalmente no Brasil, inicia-se a necessidade de se debater acerca dos motivos pelos quais tal situação

ocorre e quais medidas podem ser adotadas para modificar a situação. Sendo assim, sentiu-se a demanda em fazer uma análise acerca do racismo institucional e o machismo presentes em nossa sociedade, assim como a criação de políticas públicas e ações afirmativas como instrumentos de auxílio às mulheres negras. A elaboração deste Artigo Científico, dessa forma, desenvolve-se a partir do método qualitativo, com método de pesquisa dedutivo e método de procedimento bibliográfico. Assim, a pesquisa apresenta um estudo sobre o histórico que envolve a falta de acesso da mulher negra ao mercado de trabalho e a necessidade da criação de políticas públicas para combater as desigualdades raciais e de gênero. Portanto, como resultado deste trabalho foi possível identificar que o racismo e o machismo criaram estereótipos que devem ser anulados do pensamento e da realidade da sociedade, por meio de ações afirmativas que os ressignifiquem. Além disso, observou-se que é necessário que o Estado promova políticas públicas que incentivem a inserção das mulheres negras no mercado de trabalho, a fim de proporcionar o acesso a empregos que assegurem a dignidade humana e as remunerem adequadamente.

O sexto capítulo intitulado “Lei Geral de Proteção de Dados: Responsabilidade das Empresas na Coleta e Tratamento dos Dados e Informações de seus clientes” aborda as inovações apresentadas pela Lei Geral de Proteção de Dados a qual trouxe significativa contribuição para o ordenamento jurídico pátrio no que se refere a garantia e proteção de direitos individuais. De igual forma, o escrito busca promover a análise da responsabilidade das empresas na coleta e tratamento dos dados e informações de seus clientes, sob a luz da referida legislação. Assim, abordou-se inicialmente sobre a privacidade digital, em seguida sobre a LGPD (Lei nº 13.709/2018). Posteriormente, tratou-se da responsabilidade das empresas e das penalidades passíveis de serem aplicadas, com a demonstração de casos práticos advindos da jurisprudência brasileira. A coleta de informações que embasaram o presente escrito adveio da doutrina pátria – que diga-se de passagem possui certo grau de novidade –, bem como de casos concretos julgados pelos tribunais pátrios.

O sétimo capítulo intitulado “O poder emana do povo, mas o povo pode exercê-lo? As limitações do plebiscito à manifestação popular” pretende investigar o instituto de plebiscito, mecanismo de participação popular previsto no art. 14 da Constituição Federal como um dos instrumentos de participação direta do povo no processo político. A partir de uma possível contradição entre a teoria, representada pela função do plebiscito conferida pela Constituição, e a prática, observada pela baixa utilização desse instrumento na política brasileira, o trabalho busca responder a seguinte questão: como o plebiscito previsto na

Constituição Federal de 1988 pode limitar a manifestação popular? Levanta-se como hipótese que os procedimentos previstos tanto no texto constitucional quanto na legislação infraconstitucional, principalmente a Lei nº 9.709/1998, limitam a manifestação popular no processo decisório. Trata-se de uma pesquisa descritiva, realizada por meio de levantamento bibliográfico, com leitura e fichamento de livros, artigos científicos, dissertações e teses; e de levantamento documental, especificamente leitura de texto constitucional e legal. O método adotado é o método indutivo, partindo das premissas de que os procedimentos do plebiscito restringem ou impedem a manifestação popular, para concluir, de forma ampla, que o plebiscito limita a soberania popular, inclusive contextualizando no conflito entre constitucionalismo e democracia.

O oitavo capítulo intitulado “Relacionamentos homoafetivos e união estável: abandono dos antigos paradigmas no direito sucessório” ocupou-se da evolução da união estável no ordenamento jurídico pátrio, abordando avanços sucessórios em relacionamentos homoafetivos e a discussão jurisprudencial da constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Objetiva, assim, identificar o atual conceito de família no sistema jurídico brasileiro, vislumbrando a evolução da união estável como entidade familiar e analisando os efeitos desse instituto no direito de herança. Utilizou-se método de pesquisa de investigação documental em jurisprudência e fontes bibliográficas. Desse modo, o trabalho almeja contribuir para obtenção de visão analítica sobre o assunto, discorrendo e apresentando constatações e considerações essenciais sobre os objetivos delineados.

O nono capítulo intitulado “A atuação do Poder Judiciário para efetivação de direitos fundamentais prestacionais e sua interface com a cláusula da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro em tempos de pós modernidade” sustenta que a formação do Estado brasileiro evidenciou-se por desigualdades sociais e materiais prestacionais ligadas a direitos fundamentais de acepção positiva, sem o fortalecimento do Estado Intervencionista, com forte vertente patrimonialista no nível estamental. Embora a Constituição cidadã de 1988 tenha incorporado em seu texto diversos direitos fundamentais e garantias para sua execução com aplicabilidade imediata, depreende-se em tempos contemporâneos a não operacionalização desses pressupostos, com políticas públicas programáticas ineficientes ou pouco eficazes frente aos anseios sociais, cuja cláusula da reserva do possível tem sido invocada para justificar sua não concretização. Todavia, a usabilidade dessa teoria em solo pátrio tem apresentado conotação diversa de sua proposição inicial, caracterizando-se como cláusula da reserva do financeiramente possível,

à revelia da razoabilidade e da essencialidade. Nesse ínterim, frente ao distanciamento fático de ações programáticas estatais à realidade social nacional e, na ausência de comprovação de insuficiência de recurso financeiro, quando da aplicabilidade da reserva do possível nas lides atinentes à temática, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm apontado a atuação do Poder Judiciário como ferramenta garantidora à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

O décimo capítulo intitulado “O exercício efetivo do direito à educação no ambiente rural e o papel do Estado: indo além dos aspectos microeconômicos da tomada de decisões” buscou discutir a importância do exercício efetivo do direito à educação e o papel do Estado latino-americano e caribenho na promoção da educação no ambiente rural, voltando-se para uma abordagem que vai além dos aspectos microeconômicos da tomada de decisões. Considerando a educação como um direito universal e levando em conta seus objetivos fundamentais, compreende-se que a defesa do exercício efetivo do direito à educação é a defesa da dignidade humana e dos próprios ideais democráticos dos países latino-americanos e caribenhos que desejam lutar por manter a sua liberdade e o pluralismo; assim, o papel do Estado reveste-se de importância se o compreendermos como garantidor do exercício efetivo do direito à educação, tanto no âmbito individual quanto no coletivo e, nesse âmbito, a tomada de decisão por fechar escolas em ambientes rurais mostrou-se como uma tomada de decisão inefetiva e baseada no curto prazo, com foco puramente econômico. Sendo a educação um poderoso baluarte da democracia, visto que sustenta os princípios democráticos por preconizar todos os valores apresentados de tolerância, respeito, solidariedade, cumpre reforçar o exercício do direito individual e coletivo à educação como forma de potencializar o desenvolvimento pleno não somente do indivíduo, mas da própria comunidade, do Estado e da coletividade humana.

Por fim, o último capítulo intitulado “A inconstitucionalidade da contribuição de iluminação pública” teve como objetivo geral verificar a inconstitucionalidade formal e material da contribuição de iluminação pública, inserida na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 39/2002. Corolários desse objetivo geral, dois objetivos específicos foram igualmente perquiridos: (1) tecer um panorama geral acerca da contribuição de iluminação pública; e (2) expor os argumentos em defesa da constitucionalidade da contribuição de iluminação pública. No que concerne à metodologia empregada, houve a instrumentalização prioritária de livros e artigos científicos, sobretudo de autores especializados em áreas como o Direito Tributário e o Direito Constitucional.

Outrossim, os objetivos refletiram a própria estrutura de desenvolvimento do trabalho, sendo os dois primeiros capítulos referentes aos objetivos específicos e o terceiro e último capítulo atinente ao objetivo geral. Ao final da investigação realizada, concluiu-se pela necessidade da declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39/2002 e, por conseguinte, da contribuição de iluminação pública.

Diante do conteúdo jurídico relevante e pesquisado pelos autores de forma aprofundada, a obra que ora se apresenta é de leitura obrigatória para estudantes e profissionais do Direito que queiram compreender e formar opinião acerca de temas jurídicos que transcendem nosso país. Tais debates importantes trazidos na presente obra podem proporcionar respostas para a resolução de diversas questões em pauta na América Latina.

Desejamos uma ótima leitura.

Das organizadoras,

04 de julho de 2022

Ana Silvia Marcatto Begalli

Mestre em Direito pela FDSM

Doutora em Educação pela Universidade São Francisco.

Gabriela Soares Balestero

Mestre em Direito pela FDSM

Doutora em Ciências Jurídicas pela ACU

Doutora em História Social pela UFU

Pós Doutora em Direito pela Universidade de Messina

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - REGISTROS PÚBLICOS: A FÉ PÚBLICA FRENTE AOS PEDIDOS DE RESTAURAÇÃO COM BASE NA LEI 6.015/73	13
CAPÍTULO II - A CONSISTÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO E O CASO DA CORREÇÃO MONETÁRIO DO SALDO DO FGTS, OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.090	32
CAPÍTULO III - DEMAGOGIA DAS DEMOCRACIAS: <i>APARTHEID</i> ECONÔMICO-FINANCEIRO NEOPRIMATA.....	48
CAPÍTULO IV - A (IN) EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DO INQUÉRITO CIVIL COMO FATOR DE CELERIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSUMERISTAS	67
CAPÍTULO V - POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS COMO ENFRENTAMENTO DA DISCRIMINAÇÃO DAS MULHERES NEGRAS NO MERCADO DE TRABALHO.....	79
CAPÍTULO VI - LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS NA COLETA E TRATAMENTO DOS DADOS E INFORMAÇÕES DE SEUS CLIENTES	89
CAPÍTULO VII - O PODER EMANA DO POVO, MAS O POVO PODE EXERCÊ-LO? AS LIMITAÇÕES DO PLEBISCITO À MANIFESTAÇÃO POPULAR	101
CAPÍTULO VIII - RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS E UNIÃO ESTÁVEL: ABANDONO DOS ANTIGOS PARADIGMAS NO DIREITO SUCESSÓRIO	117
CAPÍTULO IX - A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS E SUA INTERFACE COM A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM TEMPOS DE PÓS MODERNIDADE.....	130
CAPÍTULO X - O EXERCÍCIO EFETIVO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO AMBIENTE RURAL E O PAPEL DO ESTADO: INDO ALÉM DOS ASPECTOS MICROECONÔMICOS DA TOMADA DE DECISÕES	154
CAPÍTULO XI - A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA	169

REGISTROS PÚBLICOS: A FÉ PÚBLICA FRENTE AOS PEDIDOS DE RESTAURAÇÃO COM BASE NA LEI 6.015/73

PUBLIC RECORDS: PUBLIC FAITH AGAINST RESTORATION REQUESTS BASED ON LAW 6015/73

DOI: 10.51859/AMPLLA.EDL2318-1

Victor Lozovoi Figueiredo de Araújo ¹

Gabriel Vieira da Rocha ²

Philippe Lima Pereira ³

Ozemir Marques da Cunha Júnior ⁴

¹ Graduando finalista do curso de Direito, UFAM. Servidor Público Estadual – CETAM. Membro da Comissão Especial de Proteção aos Animais – CEPA/OAB/AM.

² Graduando do curso de Direito, UNESA.

³ Graduando do curso de Direito, ULBRA.

⁴ Graduado em Ciências Contábeis, UNESA.

RESUMO

A Lei 6.015/73 dispõe sobre os Registros Públicos de forma geral. No capítulo XIV, Art. 109 e seguintes, constam os casos de possibilidades de Restauração, Suprimento e Retificação de assentamento de Registro Civil, de forma a possibilitar inclusive que o cartório retifique com fulcro no Art. 110 sem a intervenção judicial em determinados casos. Da mesma forma, como supracitado, tal lei versa sobre as possibilidades de Restauração de Registro Civil, de forma que a uma leitura rápida, algumas questões problemáticas passam despercebidas. Não tão comum, as hipóteses de restauração de Registros Públicos são os casos em que o registro em questão necessita ter seu conteúdo refeito, haja vista ter sido extraviado, dilacerado ou inutilizado. Na prática, inclusive no Tribunal de Justiça do Amazonas, por conta da extinção de cartórios bem como a perda de acervo por desastres (como incêndio), observa-se que a figura da Restauração tem sido pouco utilizada, haja vista a preferência pelas varas especializadas em determinar o registro tardio, ignorando a via original existente com a parte. Sendo assim, o que se deve fazer nos casos em que a parte dispõe de uma via da documentação, contudo o cartório, por algum motivo, não dispõe dos referidos dados? Cria-se, aqui, um impasse quanto ao Registro existente com a parte que pleiteia a Restauração, a fé pública atribuída a este documento em si e a inexistência de dados com o cartório.

Palavras-chave: Direito, Cartórios, Registros Públicos, Fé Pública, Restauração.

ABSTRACT

Law 6015/73 provides for Public Records in general. In chapter XIV, Art. 109 and following, there are cases of possibilities of Restoration, Supply and Rectification of Civil Registry settlement, in order to even allow the notary to rectify with the fulcrum of Art. 110 without judicial intervention in certain cases. Likewise, as mentioned above, this law deals with the possibilities of Restoration of Civil Registry, so that at a quick reading, some problematic issues go unnoticed. Not so common, the cases of restoration of Public Records are cases in which the record in question needs to have its content redone, given that it has been lost, torn apart or rendered useless. In practice, including in the Court of Justice of Amazonas, due to the extinction of notaries as well as the loss of collections due to disasters (such as fire), it is observed that the figure of Restoration has been little used, given the preference for specialized courts. In determining the late registration, ignoring the original copy existing with the party. Therefore, what should be done in cases where the party has a copy of the documentation, but the notary, for some reason, does not have these data? Here, an impasse is created regarding the existing Registry with the party claiming the Restoration, the public faith attributed to this document itself and the lack of data with the notary.

Keywords: Law, Notaries, Public Records, Public Faith, Restoration.



1. INTRODUÇÃO

No Amazonas, bem como em outros estados, há histórico de cartórios terem sido extintos, tendo seu acervo passado para outros cartórios, bem como casos de incêndio, ocasionando, em ambos, a perda de parte do acervo. Frente a isso, ao buscar segunda via ou certidão atualizada, o cidadão, munido com a informação de que sua certidão encontrava-se no referido cartório, ou até mesmo da primeira via (muitas vezes em estado precário), era surpreendido com a informação de que sua documentação não se encontrava mais no cartório, tendo que pleitear judicialmente a restauração. Algumas varas especializadas, bem como parte da jurisprudência, tendem a negar provimento de pedidos de restauração pela ausência do registro no cartório, mesmo a parte tendo a sua via devidamente assinada. Desta forma, necessita-se que seja atribuído maior valor aos documentos públicos desde que comprovados autênticos, mesmo que o cartório, por motivos diversos, não tenha registro do referido documento, sendo tal hipótese discutida no decorrer do texto.

Com a exponencial evolução das ciências jurídicas, tornam-se evidentes os problemas em diversas áreas, entre elas, o direito registral. Sem o devido estudo e análise, fatos ocorridos com as documentações em poder dos cartórios, mesmo que regulados por lei específica, ficam sem resoluções satisfatórias.

Este estudo visa trazer uma reflexão acerca do valor dos documentos cartorários munidos de fé pública. Sobre tal tema, vejamos o que leciona Rogério Souza¹, desembargador do TJ/RJ:

As “declarações” feitas pelo oficial público são consideradas verdadeiras porque o mesmo tem fé pública, ou seja, são verdades até que se prove o contrário pela parte interessada. A fé pública da certidão é elemento imanente a ela própria tão apenas por ser certidão de nascimento pública (SOUZA, R.O, 2008).

Além disso, busca como objetivo tornar evidente a falta de esclarecimento (muitas vezes por parte do judiciário) quanto aos requisitos para que haja a restauração documental, regulada em lei específica. Sobre tal problemática, para utilizarmos como um dos exemplos ocorridos em todo o país, após básica pesquisa jurisprudencial pelos

¹ Desembargador com assento efetivo na 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, desde 26 de março de 2007.



processos referentes à restauração de registros públicos julgados pela Vara de Registros Públicos e Usucapião do TJ/AM, nota-se que inúmeras vezes uma sentença que deveria ser proferida como Restauração, acaba sendo proferida como Registro Tardio, ignorando por completo o valor do documento muitas vezes ainda existente.

Além de uma importância social e prática, este estudo apresenta também relevância ao meio acadêmico, ou científico. Ao tornarmos evidentes as divergentes decisões tomadas pelas varas de registros públicos, bem como fazendo uma análise doutrinária sobre toda a periferia do referido tema, acrescentamos de forma substancial os estudos acadêmicos, podendo tal este transpassar para a prática. Com isso, possibilitar-se-á à comunidade acadêmica conhecer esta área ainda pouco explorada do direito, bem como tornar evidentes as fragilidades da mesma.

Faz-se necessário mencionar que tal pesquisa pauta-se em uma profunda e detalhada revisão bibliográfica e jurisprudencial acerca dos temas em análise. A fé pública dos documentos cartorários frente aos pedidos de restauração com fulcro na Lei 6.015/73 apresenta-se como tema relevante, sendo viável um estudo detalhado sobre o mesmo.

Tal artigo visa gerar conhecimentos novos para avanço da ciência sem aplicação prática necessária, haja vista a matéria em questão ser pouco discutida no âmbito doutrinário e acadêmico.

Sendo assim, inicialmente será utilizada a pesquisa descritiva quanto aos objetivos deste artigo, a fim de buscar uma melhor análise minuciosa e descritiva do objeto em estudo. Para tanto, observar-se-á os fenômenos em estudo frente aos institutos já consolidados, como a fé pública registral, descrevendo as análises doutrinárias bem como as reais aplicações na jurisprudência.

Após, quanto aos procedimentos, este estudo utilizará da pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de materiais já existentes, como artigos, livros, e teses, bem como da pesquisa documental, elaborada a partir de material que não recebeu tratamento analítico.

Por fim, será utilizada análises jurisprudenciais e casos concretos noticiados na mídia, a fim de melhor fundamentar o artigo e demonstrar a relevância da matéria em estudo.



2. A RESTAURAÇÃO DE REGISTROS PÚBLICOS: CONCEITOS E PROBLEMÁTICAS

A Lei 6.015/73, popularmente conhecida como Lei dos Registros Públicos – LRP versa de forma ampla sobre os serviços concernentes aos Registros Públicos, mais especificamente sobre os constantes no Art. 1º, §2º da referida lei:

Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei

§ 1º Os Registros referidos neste artigo são os seguintes:

I - o registro civil de pessoas naturais;

II - o registro civil de pessoas jurídicas;

III - o registro de títulos e documentos;

IV - o registro de imóveis. (BRASIL, Lei 6.015/73)

Como alvo deste estudo, iremos nos ater as especificidades referentes ao Registro Civil de Pessoas Naturais, a fim de elucidar tal tema de forma contundente, atingindo o objetivo da pesquisa ao aprofundar o estudo apenas a essa área em questão.

Segundo Art. 1º, §3º ¹da referida lei, os registros poderão ser conservados em meios eletrônicos, desde que obedecidos os padrões tecnológicos. Contudo, é sabido que a situação dos cartórios brasileiros é discrepante quando se compara não apenas cartórios das capitais com os do interior, existindo também tal diferença entre os próprios cartórios das capitais.

Ainda engatinhando quanto ao tema, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Recomendação nº 9 de 07 de março de 2013, dispôs em seu Art. 1º:

Art. 1º. Recomendar aos titulares e aos responsáveis pelas delegações do serviço extrajudicial de notas e de registro que mantenham cópias de segurança em microfilme, ou arquivo em mídia digital formado por imagens extraídas por meio de "scanner", ou fotografia, ou arquivo de dados assinado eletronicamente com certificado digital emitido em consonância com as normas do ICP-Brasil, ou qualquer outro método hábil, que, em sua fase inicial, deverá abranger os livros obrigatórios previstos em lei para as suas respectivas especialidades. (CNJ, 2013)

¹ Art. 1º, § 3º - Os registros poderão ser escriturados, publicitados e conservados em meio eletrônico, obedecidos os padrões tecnológicos estabelecidos em regulamento.



Quanto ao artigo supracitado, para melhor entendimento sobre o mesmo, observe-se a explicação do Conselho Nacional de Justiça quando requisitada, pelo Oficial Interino do Cartório Silva, Igarapé-Miri, no Pará, acerca da Recomendação nº 9 do CNJ:

A Recomendação nº 09 desta Corregedoria Nacional de Justiça dispõe sobre a formação e manutenção de arquivo de segurança pelos responsáveis pelas serventias do serviço extrajudicial de notas e de registro, que recomenda aos titulares e aos responsáveis pelas delegações do serviço extrajudicial de notas e de registro que mantenham cópias de segurança em microfilme, ou arquivo em mídia digital formado por imagens extraídas por meio de “scanner”, ou fotografia, ou arquivo de dados assinado eletronicamente com certificado digital emitido em consonância com as normas do ICP-Brasil, ou qualquer outro método hábil, que, em sua fase inicial, deverá abranger os livros obrigatórios previstos em lei para as suas respectivas especialidades.

Por se tratar de uma Recomendação, a Corregedoria Nacional de Justiça não determinou prazo para que sejam cumpridas as cópias de segurança descritas na referida Recomendação. Entendemos a situação de cartórios localizados em zonas rurais, ou em localidades com estrutura precária onde os cartórios não têm condições para adquirir computadores ou equipamentos necessários para manter as cópias de segurança.¹

Sendo assim, observa-se que apesar da recomendação do CNJ, não fora estabelecido prazo para que tais medidas sejam efetivadas. Apesar de a não informatização dos registros ser algo extremamente perigoso, bem como arcaico, deve-se levar em conta, como já citado anteriormente, a falta de infraestrutura em muitos municípios brasileiros, os quais não dispõem de internet, tampouco de equipamentos para a informatização de seus dados, frente a baixa arrecadação ou a simples dificuldade de acesso pelas serventias.

Em se tratando da temática deste estudo, o objeto de estudo em questão encontra-se positivado no Art. 109 da Lei 6.015/79:

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório. (BRASIL, Lei 6.015/73)

¹ Tal informação fora prestada pelo CNJ em resposta a requisição de esclarecimento solicitada pelo Oficial Interino do Cartório Silva, localizado na comarca de Igarapé-Miri, Pará. Disponível em: <http://www.anoreg-al.org.br/2013/05/cnj-esclarece-duvida-sobre-recomendacao-no-9/>, acesso em 22 de junho de 2021.



Tal artigo versa sobre as hipóteses de restauração, suprimimento e retificação. Sendo assim, importante a conceituação de cada uma destas hipóteses para que o pleno entendimento do referido artigo seja alcançado.

Em se tratando de retificação de registros públicos, deve-se levar em conta a existência de duas hipóteses: a retificação administrativa e a retificação judicial. A retificação administrativa torna-se possível de ser utilizada em casos de erros evidentes por parte do registrador, conforme exposto por Luis Guilherme Loureiro ¹(2017):

A retificação administrativa somente é possível quando se tratar de erro evidente, ou seja, aquele que pode ser constatado desde logo, quando confrontado com dados constantes do próprio registro ou documentos autênticos. É o caso, por exemplo, de erros na grafia de nome e outros erros materiais. [...] O pedido é endereçado ao próprio cartório, com certidão de registro e outros documentos que evidenciem o erro material. (LOUREIRO, 2017)

A retificação administrativa, atualmente, é a mais utilizada, inclusive sendo recomendado o seu uso frente ao alto índice de ações em trâmite nos tribunais. A fim de facilitar seu uso, os oficiais de cartório podem suscitar dúvida diretamente com o juiz da vara especializada, gerando um número de processo para mera resposta da dúvida do oficial registrador, evitando que a parte utilize da via judicial e garantindo mais segurança ao ato.

Em contrapartida, quando o erro não for de fácil resolução, bem como não tiver erro evidente, o pedido de retificação deverá ser endereçado à justiça competente, devendo estar indicado com precisão os fatos ou circunstâncias a serem retificados.

O suprimimento, comumente confundido com a retificação, é o ato pelo qual se completa uma lacuna ou se preenche a falta de alguma informação que se faça necessário. A exemplo, cite-se o caso de um registro de nascimento em que o registrador, por mera falta de cautela, não colocou o dia de nascimento da criança,

¹ Tabelião. Ex-juiz de Direito em São Paulo. Professor na UNIFLU e em cursos para concursos de ingresso na atividade notarial e de registros. Doutorando em Direito Internacional pela USP e em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires. Pesquisador-bolsista do Unidroit e do Institut Suisse de Droit Compare. Sócio-colaborador do IASP. Agraciado com a bolsa “Governo do Canadá” para pesquisas em direito comparado (junho 2003) e bolsa do “Colégio dos Registradores da Espanha” (nov/dez 2003). Autor de diversas obras jurídicas. Aprovado nos concursos públicos: Magistratura (SP); Ministério Público de São Paulo (1990); Procuradoria do Estado de São Paulo (1990); Admissão nas Atividades Notariais do Rio de Janeiro (XXXVI e XXXVIII); Serviços Notariais e de Registro do Rio Grande do Sul (2004) e 4.º, 5.º e 6.º Concursos Públicos para Outorga de Delegações de Notas e de Registro do Estado de São Paulo. Professor da Escola Nacional de Notários e Registradores (ENNOR). Bolsista do governo espanhol nos cursos de especialização: “Derecho Registral Inmobiliario” (Barcelona, 2003), “Autenticidad Documental y Registros Públicos” (Cartagena, 2010) e “Registro Inmobiliario y Urbanismo” (Santa Cruz de la Sierra, 2014).



deixando o espaço em branco. Diferencia-se da retificação pelo fato de, na retificação, a informação é existente, contudo, de forma equivocada, enquanto no suprimimento não há qualquer informação.

Por fim, a restauração, foco central deste estudo, refere-se à recomposição do registro em si, que por algum motivo tenha sido extraviado, inutilizado ou dilacerado, devendo a restauração ser feita para que tenha o conteúdo do registro refeito.

Conforme explica Waldir Cebastião de Nuevo Campos Júnior¹:

Restauração importa em reconstituição material, total ou parcial, de registro, averbação ou anotação. A restauração, em regra, é necessária em razão da perda ou deterioração dos assentamentos, dos respectivos livros. (JUNIOR, W.C.N.C, 2014)

Na doutrina, pouco se discute sobre restauração de registros públicos, tendo todo o enfoque sendo direcionado às retificações, por estas serem as mais comuns de acontecerem, bem como por poderem ser feitas tanto pela via administrativa quanto judicial.

Nos escassos diálogos entre doutrinadores, observe-se o que diz DEBS² (2016) sobre a restauração de registros públicos:

Reinaldo Velloso explica que “a restauração consiste no refazimento de um ato em virtude de um vício insanável como a falta de subscrição e o extravio de assento”. O suprimimento, por sua vez, refere-se a alguma omissão do assento.

“A restauração e o suprimimento não se confundem com a retificação, apesar de estarem previstas no mesmo artigo 109” (Martha El Debs, 2016, p. 382).

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Posse na Magistratura em 07/03/1983). Presidente do Tribunal Regional Eleitoral (Biênio 2020/2021) - Professor de Legislação Especial Penal do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo na Academia da Polícia Militar do Barro Branco desde 1988.

² Tabeliã. Autora das obras “Legislação Notarial e de Registros Públicos comentada”, “Vade Mecum Notarial e Registral - Coletânea de Leis para Cartórios”, “Concurso Cartório SP - Código de Normas, jurisprudência, enunciados e questões”, Revisão Direito Notarial e Registral; Jurisprudência de Cartórios; Coautora das obras “Repercussões do Novo CPC - Cartórios”, Coordenação de Fredie Didier Jr, “Direito de Laje - Do Puxadinho à Digna Moradia”, Sistema Multiportas - A Mediação e a Conciliação nos Cartórios como Instrumento de Pacificação Social e Dignidade Humana; “Revisão Cartórios”, “Revisão Final TJ-MG”. Coordenadora nas obras “O Novo Protesto de Títulos e Documentos de Dívida - Os Cartórios de Protesto na Era Digital”. “O Registro Civil das Pessoas Naturais - Reflexões sobre Temas atuais”, Usucapião Extrajudicial”, “Cartórios e Acesso à Justiça”, “Tabelionato de Notas - Temas Aprofundados”, “Registro Civil das Pessoas Naturais - Temas Aprofundados”, “Regime Tributário dos Notários e Registradores”, Caderno de Estudos da Lei Seca - Cartórios, “Questões de Provas Orais Comentadas”; Vade Mecum Cartórios - Normas Estaduais - TJRS; Vade Mecum Cartórios - Normas Estaduais - TJAL. Coordenadora e professora de Direito Notarial e Registral em Pós-graduações; Cursos Preparatórios e Faculdades de Direito. Palestrante. Coach. Especialista em Direito Notarial e Registral. Especialista em Direito Constitucional. Aprovada em diversos concursos na área jurídica e outros de Outorga de Delegações e Outorga de Delegação de Notas e de Registro de Imóveis do Estado de São Paulo.



Conforme se observa, necessária à clara diferenciação entre retificação e restauração, haja vista a retificação se tratar de casos em que o registro existe, está intacto, contudo, apenas com alguma informação incorreta. Contudo, no caso da restauração, o registro já existiu mas por algum motivo não se encontra em poder do cartório, ou, se se encontrando, impossível a verificação do mesmo pelo péssimo estado de conservação.

Versando sobre as hipóteses em que ocorrerão de fato a restauração, importante apontamentos feitos por Christiano Neto ¹e Marcelo Oliveira²:

“A restauração do registro civil tem aplicação quando extraviado ou deteriorado o livro dos serviços notarial e registral, no todo ou em parte, de modo que inviabiliza a leitura. (...)” (Christiano Cassettari, Mario de Carvalho Camargo Neto e Marcelo Salaroli de Oliveira. 2014. Página 215).

Ainda, a fim de aprofundamento sobre o tema, bem como tornar clara as hipóteses de incidência da restauração, faz-se necessário a explanação de Vitor Kumpel ³e Carla Ferrari⁴:

“Restaurar significa refazer, reconstituir, recompor. Em âmbito geral, se o registro foi extraviado, dilacerado ou inutilizado, necessário será sua restauração, ou seja, refazimento do seu conteúdo de modo a consignar, segura e autenticamente, todas as informações contidas no assento anterior à danificação. A restauração poderá ter por objeto todo ou parte do livro que se encontrar extraviado ou deteriorado ou, ainda, um registro específico.

¹ Pós Doutorando em Direito Civil pela USP. Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Notarial e Registral pela PUC-MG. Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Coordenador do curso de especialização em Direito Notarial e Registral da Faculdade Damásio de Jesus. Coordenador da Escola Nacional dos Notários e Registradores da ANOREG Brasil. Diretor da ARPEN-BR. Titular do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de Nazaré em Salvador/BA

² Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2001) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2006). Atualmente é Oficial Titular de Registro Civil das Pessoas Naturais, por aprovação em concurso público. Tem experiência na área de Direito Notarial e Registral e História do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: registro de imóveis, registro de pessoas, cédulas de crédito, direito imobiliário e publicidade registral.

³ Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1991), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2003) e é pós-doutorando em Direito Notarial e Registral pela Universidade de Coimbra (2015). Atualmente é juiz de direito titular II - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, professor da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Notarial e Registral. Leciona: Direito Civil ; História do pensamento jurídico; Propriedade intelectual (direito do autor); Direito Agrário; Direito de Família; Sucessões; Parte Geral; Contratos; Reais; Leis de introdução às normas do direito brasileiro; Humanística; Introdução ao Estudo do Direito; Notarial e Registral; Hermenêutica e Processo Civil.

⁴ Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus. É Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas. Foi Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas. Professora convidada da Escola Paulista de Direito, da Escola Superior da Advocacia de São Paulo e do Curso Preparatório VFK Educação. Membro da Academia Metropolitana de Letras, Artes e Ciências (AMLAC). Atuou como Membro da Comissão de Comunicação Social da Associação dos Registradores de Imóveis de São Paulo



Incide nas hipóteses de destruição de acervos em decorrência de acidentes naturais (inundação, incêndio de acervo público, dentre outros), extravio ou, ainda, danificação das páginas decorrente de má conservação ou do tempo de uso do documento.” (Vitor Frederico Kumpel e Carla Modina Ferrari, 2017, página 944).

Desta forma, observa-se que é crucial a existência prévia do registro, mesmo que não conste em poder do cartório. A fé pública, neste momento, passa a ter valor extra quanto ao documento (ou parte do documento) restante, a fim da comprovação não apenas da prévia existência do registro, como também dos dados constantes no mesmo.

3. FÉ PÚBLICA REGISTRAL: CONCEITOS E REAL VALOR.

Ao iniciar a análise sobre a fé pública, importante conceituarmos, de forma sucinta, o que acarreta e quem é sujeito ativo, ou seja, que dispõe de fé pública:

Por sua própria natureza, a fé pública é uma instituição jurídico-pública, tendo, necessariamente, um "sinal público" autorizado pelo Estado, de maneira que o qualificativo de público compreende a "fé", significando que o notário é uma autoridade da sociedade nesse setor, vindo a garantir a certeza e autenticidade naquilo que exara.

Os escrivães, registradores, serventuários da Justiça e notários, estes, no ensejo, destacadamente apontados, são os principais depositários da fé pública, pois exercem uma atividade bastante peculiar em relação a outras prestadas em regime funcional. (REZENDE, A.C.F., Sobre a fé pública)

Sendo um dos mais importantes princípios norteadores do Direito Registral, a fé pública encontra-se positivada em nossa Carta Magna no Art. 236. Contudo, importante destacar a existência de 4 modalidades de fé pública constantes na Constituição Federal, quais sejam: fé pública administrativa (art. 39 e seguintes); fé pública legislativa (art. 44 e seguintes); fé pública jurisdicional (art. 92 e seguintes) e fé pública registral (art. 236).

Desta forma, focalizando no que interessa a este estudo, debruçemo-nos sobre o que dispõe o Art. 236, CF:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil)



Conforme §1º do artigo supracitado, a Lei 8.935/94 foi sancionada com o intuito de regulamentar o Art. 236, CF. Tal lei dispõe sobre os serviços notariais e de registro, também conhecida como “lei dos cartórios”.

Sobre a fé pública, faz-se necessário a verificação do disposto nos Arts. 1º e 3º da referida lei:

Art. 1º - Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

[...]

Art. 3º - Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. (BRASIL, Lei 8.935/94)

Observa-se desde já a atribuição de fé pública pela lei aos notários, tabeliões e oficiais de registro, bem como registradores. Logo, os registros emitidos por tais profissionais são constituídos igualmente de fé pública.

Conforme os ensinamentos de Walter Ceneviva¹, temos que:

O oficial do registro ou registrador, assim como o tabelião ou notário, é profissional do direito, dotado de fé pública, que atua por delegação do Poder Público. Profissional do direito, na alternativa aqui considerada, é todo prestador de serviço remunerado cuja área principal de atividade compreende a aplicação da lei. (Ceneviva, Walter, 2010)

Ainda, importante observarmos o que diz o autor sobre os documentos emitidos por tais profissionais:

O desempenho funcional do titular, por ser provido de fé pública, afirma a certeza e a verdade presumida dos assentamentos que pratique e das certidões que expeça nessa condição, com as qualidades referidas no art. 1.º (da Lei 8.935/94) (Ceneviva, Walter, 2010)

Conforme explica Hélia Araújo (2019), dentre os documentos objeto de fé pública estão a certidão de nascimento, de óbito, de casamento, além de outras que não são de suma importância a este estudo.

A fé pública, no direito registral, desdobra-se em dois sentidos, sendo estes a fé pública relacionada aos próprios profissionais que a detêm, e a fé pública relacionada aos documentos emitidos por tais profissionais.

¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Atualmente é advogado sócio - Vieira Ceneviva Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito das Telecomunicações, atuando principalmente no seguinte tema: telecomunicações. Membro do Conselho de Comunicação Social - 2011 a 2014 e a partir de 2015 Foi professor do curso de Pós-Graduação de Direito Digital e das Telecom



Sobre o tema, Walter Ceneviva explica de forma clara e sucinta:

A fé pública:

- a) corresponde à especial confiança atribuída por lei ao que o oficial declare ou faça, no exercício da função, com presunção de verdade;
- b) afirma a eficácia de negócio jurídico ajustado com base no declarado ou praticado pelo registrador e pelo notário. (Ceneviva, Walter, 2010)

Desta forma, observa-se que os documentos emitidos pelos registradores contam com um valor intrínseco, de forma que tais documentos sempre terão valor público, desde que não estejam eivados de vícios.

A partir da análise doutrinária acerca da fé pública, observa-se que a via do registro em poder da parte, mesmo que inexistente no cartório, tem sim o seu valor. Na jurisprudência, contudo, ocorrem casos em que os magistrados ignoram tal valor, sentenciando a favor de um novo registro em vez de restaurar o registro já existente, conforme se observará a seguir.

4. RESTAURAÇÃO: CASOS CONCRETOS E JURISPRUDÊNCIA

Conforme explicado anteriormente, uma série de documentos emitidos pelos profissionais autorizados em Lei é dotada de fé pública, haja vista tais profissionais serem dotados da mesma. Logo, uma Certidão de Nascimento emitida por um cartório devidamente autorizado terá presunção de veracidade, haja vista ser emitida por profissional autorizado e com fé pública.

Ocorre que, em alguns casos, os Cartórios que tais certidões são armazenadas passam por algum infortúnio que causa a perda de informações, como incêndio, alagamento, atos de vandalismo ou a simples extinção do cartório, tendo seu acervo transferido para outro Cartório, podendo vir a ocorrer a perda desses livros.

Ainda, agravando as situações acima expostas, quando tais cartórios encontram-se no interior tendo sua estrutura precária, dificilmente recuperar-se-ão tais informações perdidas, haja vista a falta de estrutura para que os documentos existentes fossem digitalizados em sua totalidade, entrando em uma espécie de “limbo” existencial aquele registro perdido.

Teoricamente, em tais casos, munidas as partes de algum documento comprobatório da prévia existência da certidão perdida por parte do cartório, dever-se-ia aplicar o instituto da Restauração de Registro Público, haja vista, conforme exposto

em tópicos anteriores, tais certidões serem dotadas de fé pública, presumindo-se verdadeiras as informações nelas constantes, bem como a comprovação da prévia existência de tal registro. Contudo, conforme será explícito a seguir, alguns tribunais não aplicam tal entendimento, retirando o valor da existência pretérita de tais registros em face da perda da informação por parte do Cartório.

Tal atitude enseja na perda das informações antes existentes, bem como facilita a alteração de dados cruciais dos registros, haja vista, mesmo que em raríssimos os casos, a parte não tenha emitido nenhum documento sequer após a certidão de nascimento.

Conforme citado anteriormente, apesar de raríssimos os casos de má-fé processual para modificação dos dados de nascimento (ou outros dados, conforme registro a ser pleiteado o registro tardio), observa-se na jurisprudência a existência dos mesmos, conforme se observará a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGISTRO TARDIO. EXTINÇÃO DO FEITO POR PERDA DO OBJETO. ALEGAÇÕES AUTORAIS CONTRADITÓRIAS. EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO COM A MAIORIA DOS DADOS FORNECIDOS PELA PARTE AUTORA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. - **O ora apelante propôs ação de registro tardio, alegando não ter certidão de nascimento. Todavia, em audiência e no próprio apelo em análise, o requerente aduz que possuía RG e que sua documentação foi perdida em um assalto; - O Cartório do 5º Ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais apresentou certidão de nascimento no nome do autor, com a maioria dos dados indicados por aquele na exordial; - A demanda de registro tardio tem objeto específico que consiste na restauração, no suprimimento ou na retificação do assentamento no registro civil, consoante prevê o art. 109, da Lei nº 6.015/73; - O demandante não juntou/produziu prova que demonstre ser de outra pessoa a certidão de nascimento do Cartório do 5º Ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais, nem que nela haja algum equívoco; - Os elementos do caderno processual não evidenciam o interesse do recorrente na tutela perseguida nesse tipo de ação; RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (grifo nosso)**

(TJ-AM - AC: 06274525220178040001 AM 0627452-52.2017.8.04.0001, Relator: Ari Jorge Moutinho da Costa, Data de Julgamento: 16/11/2020, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 19/11/2020)

Ainda, para comprovação da importância deste estudo, importante verificar a ocorrência dos casos que possam gerar a perda das informações pelos cartórios.

Em janeiro de 2014, o Cartório existente na cidade de Tapauá/AM foi alvo de uma explosão, a qual acarretou na perda não somente patrimonial, como de documentos.



Ainda, no ano de 1992, o Cartório da cidade de Novo Aripuanã/AM também foi alvo de um incêndio, contudo, em escala maior. Tal incêndio acarretou na perda de grande parte dos registros existentes ali, acarretando danos irreparáveis àqueles que foram por este lesionados. Em 2019, quase trinta anos após o ocorrido, tal fato ainda surtia efeitos, sendo necessário um “mutirão da cidadania” para que as partes lesadas conseguissem regularizar sua situação, promovido pela Promotoria de Justiça do município. Tal evento levou mais de oitenta pessoas a procurarem o serviço oferecido pela promotoria, a fim de regularizar suas situações.

No ano de 2012, após portaria publicada pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Amazonas incorporar o tabelião do cartório que funcionava na comunidade de Paraná da Eva/AM ao Cartório do 7º Ofício de Manaus, ocorreu a perda de cerca de 70% do acervo do referido cartório. Tal perda veio a acontecer durante o traslado dos livros desse cartório extinto para o Cartório do 7º Ofício de Manaus;/AM. Tal perda resultou em grande dano a diversas pessoas, alastrando seus efeitos até os dias atuais. No ano de 2019 (sete anos após a extinção do referido cartório), a Defensoria Pública, em mutirão feito com o propósito de atender os afetados por essa perda, atendeu cerca de 270 pessoas.

Não apenas no Amazonas tais atos vêm a acontecer. Em São Luís/MA, um incêndio fora causado ao Cartório de Registro Civil da 5ª Zona, ocasionando a perda de diversos documentos.

Em 2012, um incêndio ocasionado ao Cartório de Registro de Imóveis de Assis/SP ocasionou a perda tanto de bens patrimoniais (computadores, móveis, etc) como dos documentos armazenados no local.

Conforme comprovado pelos fatos acima narrados, não são raros os casos de perdas de informação e documentos em posse dos Cartórios de Registro. Tal situação é agravada, ainda, quando o referido cartório não havia procedido com a digitalização dos documentos em poder dos mesmos, caso comum de acontecer aos Cartórios dos interiores, onde, muitas as vezes, o acesso a internet, bem como a equipamentos para armazenagem é escasso.

Quando a perda de tais documentos vêm a acontecer, nem sempre os magistrados sabem como proceder. Conforme se observará a seguir, alguns magistrados



deixam de aplicar o disposto no Art. 109, LRP, ocasionando uma demora ainda maior para a parte ter seu registro recuperado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESTAURAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. INCÊNDIO NO CARTÓRIO DE REGISTRO. OBTENÇÃO DE 2ª VIA. PRETENSÃO LEGÍTIMA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA DEFICIENTE. SENTENÇA ANULADA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO NO JUÍZO DE ORIGEM. RECURSO PROVIDO. I. Considerando a ocorrência de incêndio no cartório onde foi lavrado o matrimônio dos apelantes, o que ocasionou a destruição de todos os livros, legítima é a pretensão dos apelantes em obterem a segunda via do registro de casamento, porquanto o Poder Judiciário, ao assumir o encargo de distribuir Justiça aos jurisdicionados, tem o poder-dever de buscar os meios necessários à satisfação da pretensão dos recorrentes, no interesse da justiça. II - **Verifico que o magistrado não procurou outros meios para resolver a questão, conforme dispõe o art. 109, caput, da Lei de Registros Públicos, sequer ouviu as testemunhas arroladas, resultando em instrução probatória deficiente.** III - Apelação provida. (grifo nosso)

(TJ-MA - APL: 0005272014 MA 0009965-43.2011.8.10.0040, Relator: MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES, Data de Julgamento: 28/08/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/09/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO DE REGISTRO TARDIO. PLEITO DE RESTAURAÇÃO E SUPRIMENTO. ART. 109 DA LEI N. 6.015/73 (LEI DE REGISTROS PÚBLICOS). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA AO FUNDAMENTO DE QUE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS ÀS PROVIDÊNCIAS PLEITEADAS NÃO RESTARAM EVIDENTEMENTE COMPROVADOS NOS AUTOS.** INSURGÊNCIA DO REQUERENTE. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE QUE TEVE SUA DEFESA CERCEADA DIANTE DO JULGAMENTO DA LIDE PELA MAGISTRADA A QUO SEM OPORTUNIZÁ-LO A JUNTADA DOS DOCUMENTOS QUE ESTA CONSIDERAVA NECESSÁRIOS **À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SUBSISTÊNCIA. ACERVO PROBATÓRIO QUE REVELA INDÍCIOS ACERCA DA VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES TRAZIDAS NA EXORDIAL. TOGADA QUE, EM OBSERVÂNCIA DO DEVER DE COOPERAÇÃO QUE LHE É INERENTE, BEM COMO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA, PODERIA TER SOLICITADO MAIS ESCLARECIMENTOS DO REQUERENTE, NOTADAMENTE POR SE TRATAR DE PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DOCUMENTOS AUSENTES QUE FORAM MENCIONADOS PELAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE DECLARAÇÃO COLACIONADAS AOS AUTOS. OPORTUNIDADE AO AUTOR DE JUNTÁ-LOS OU, AO MENOS, EXPOR OS MOTIVOS QUE OCASIONARAM A SUA NÃO APRESENTAÇÃO NO CADERNO PROCESSUAL QUE ERA MEDIDA PRUDENTE. MANIFESTA EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. DILAÇÃO PROBATÓRIA QUE EM MUITO PODE COLABORAR PARA O JULGAMENTO DE MÉRITO, O QUAL FOI FEITO DE MANEIRA PRECIPITADA. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTRUÇÃO DO FEITO. SENTENÇA ANULADA. DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA O SEU REGULAR PROSSEGUIMENTO. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (grifo nosso)

(TJ-SC - APL: 03018500320188240079 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 0301850-03.2018.8.24.0079, Relator: Osmar Nunes Júnior, Data de Julgamento: 17/06/2021, Sétima Câmara de Direito Civil)



Da mesma forma, além da não aplicação do Art. 109, LRP, existem casos em que, apesar de aplicado tal artigo, o mesmo acontece de forma errônea, conforme sentença reformada apresentada a seguir:

APELAÇÃO – AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE ASSENTO DE REGISTRO DE NASCIMENTO CANCELADO – SENTENÇA QUE INDEFERE O PEDIDO POR ENTENDER SER DESCABIDA A RESTAURAÇÃO PARA CONVALIDAR ASSENTO NULO, DEVENDO A AUTORA BUSCAR EXTRAJUDICIALMENTE O REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO – INCONFORMISMO – ACOLHIMENTO – PRETENSÃO DE RESTAURAÇÃO QUE SIGNIFICA RECUPERAR ASSENTO PREEXISTENTE SEM A NECESSIDADE DE NOVO REGISTRO – APLICAÇÃO DO ART. 109 DA LEI DOS REGISTROS PUBLICOS – SENTENÇA REFORMADA – DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (grifo nosso)

(TJ-SP - AC: 10424299520198260002 SP 1042429-95.2019.8.26.0002, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 27/11/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2020)

Em Tribunal Local (TJ/AM), observa-se a existência de diversas sentenças que necessitaram ser reformadas, haja vista serem proferidas de forma errônea, desconsiderando a prévia existência do registro em posse da parte, levando em conta apenas a não existência do registro no cartório, sentenciando a favor do Registro Tardio, ao invés da Restauração de Registro, conforme disposto a seguir:

E M E N T A APELAÇÃO CÍVEL. REGISTROS PÚBLICOS. AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO CIVIL. **INADEQUAÇÃO DE REGISTRO TARDIO**. COMPROVAÇÃO, VIA CERTIDÃO DE NASCIMENTO ACOSTADA AOS AUTOS, DE QUE O OFICIAL COMPETENTE FOI COMUNICADO DO NASCIMENTO DO AUTOR. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO NO LIVRO QUE OU DECORRE DE OMISSÃO ILÍCITO DO AGENTE ESTATAL, OU DO ESTADO DE DETERIORAÇÃO DO LIVRO NO QUAL ESTARIA ASSENTADO O NASCIMENTO DO REQUERENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Nos termos do art. 109 da Lei de Registros Públicos, "quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório". A ação de restauração de registro pressupõe a realização de registro anterior, diversamente da ação de registro de nascimento tardio (art. 50 da Lei de Registros Públicos), na qual o Oficial competente não foi comunicado do fato no tempo devido. Cópia original da certidão de nascimento, na qual inclusive se certifica que o nascimento foi certificado em livro cartorário com a presunção relativa própria dos atos administrativos, é prova suficiente para instruir o requerimento de restauração, pois revela, na generalidade dos casos, que, embora comunicado, o Oficial não procedeu ao registro, na contramão do que consignado no ato enunciativo. **No caso específico, considerado o avançado estágio de deterioração do livro no qual teria sido certificado o nascimento do autor, também é cogitável que o nascimento tenha sido efetivamente registrado, mas não seja recuperável pelos efeitos do tempo. Em ambas as hipóteses – omissão ilícita ou deterioração –, é devida a restauração do registro.** Recurso conhecido e provido. (grifo nosso)



(TJ-AM 06154289420148040001 AM 0615428-94.2014.8.04.0001, Relator: Paulo César Caminha e Lima, Data de Julgamento: 14/05/2018, Primeira Câmara Cível)

Conforme se observa, não raros são os casos em que, principalmente em primeiro grau, ignora-se a existência pretérita de registro civil e sentença-se a favor do Registro Tardio, podendo causar graves danos à parte requerente.

Importante salientar que geralmente, quando apeladas as sentenças proferidas de forma errônea, em maioria dos casos as mesmas são reformadas. Contudo, apesar da reforma da sentença, o dano à parte requerente já fora causado, haja vista o lapso de tempo entre a sentença e a reforma da mesma não ser de apenas alguns dias.

Caso proceda com a expedição de Registro Tardio, cria-se um “limbo” para a parte requerente, haja vista toda a cadeia de documentos emitidos com base no registro perdido estar em desconformidade com o novo registro. Até em escala reduzida é possível notar que tal erro poderá gerar diversos danos à parte, haja vista informações constantes no seu assento de nascimento poderem ser perdidas.

Não se deve ignorar o valor legítimo dos documentos eivados de fé pública, haja vista os profissionais responsáveis pela sua emissão serem dotados de fé pública, assim como tais registros oficializados por estes profissionais.

5. CONCLUSÃO

O Artigo 109 da Lei de Registros Públicos prevê a possibilidade de restauração de registro público (entre outras). Contudo, tal norma nem sempre é interpretada de forma correta pelos magistrados que a aplicam, vindo a causar danos às partes que buscam por seus direitos.

Faz-se necessário um completo treinamento aos Magistrados, bem como uma relação mais próxima entre os oficiais de Cartórios de Registro Civil e as varas especializadas, pretendendo um maior diálogo entre estes, inclusive evitando a judicialização de demandas que poderiam ser resolvidas administrativamente, com fulcro nos artigos da Lei 6.015/73.

Os documentos dotados de fé pública devem ser tratados com maior valor e seriedade, uma vez emitidos por profissionais devidamente autorizados e igualmente dotados de fé pública.



Deve-se evitar a perda de informações, inclusive oferecendo meios aos oficiais de todos os cartórios para digitalizarem seu acervo, desde os registros mais antigos até os atuais, evitando assim a perda completa de dados caso algum infortúnio venha a acontecer.

Por fim, deve-se ainda incentivar os estudos na área do Direito Registral, haja vista a matéria ser pouco discutida em comparação a outras de igual valor. A ciência jurídica deve priorizar as discussões acadêmicas sobre os mais diversos assuntos, a fim de oferecer uma base sólida de ensinamentos para as próximas gerações.

REFERÊNCIAS

ANOREG/AL – Associação dos Notários e Registradores de Alagoas. **CNJ esclarece dúvida sobre Recomendação nº 9**. Maceió, Alagoas. 2013. Disponível em: <http://www.anoreg-al.org.br/2013/05/cnj-esclarece-duvida-sobre-recomendacao-no-9/> . Acesso em 27 jun. 2021.

ANOREG/SP – Associação dos Notários e Registradores de São Paulo. **STJ – Presunção de veracidade de escritura pública é relativa e não impede contestação sobre quitação de imóvel**. São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.anoregsp.org.br/noticias/63962/stj-presuncao-de-veracidade-da-escritura-publica-e-relativa-e-nao-impede-contestacao-sobre-quitacao-do-imovel> . Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Brasília, Distrito Federal. Senado Federal, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm . Acesso em: 27 jun. 2021.

CENEVIVA, W. **Lei dos registros públicos comentada**, 20ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, 568 p.

CIDADANIA 4U. **Registro Tardio, Restauração de Registro e a Cidadania Italiana**. Disponível em: <https://www.cidadania4u.com.br/registro-tardio-restauracao-de-registro-e-a-cidadania-italiana/> . Acesso em: 27 jun. 2021.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Recomendação n. 9. **Dispõe sobre a formação e manutenção de arquivo de segurança pelos responsáveis pelas serventias do serviço extrajudicial de notas e de registro**. DJE/CNJ nº 43/2013, de 7/3/2013 p.



71. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1733> . Acesso em: 27 jun. 2021

COAD. **Registro em cartório deve prevalecer em relação à certidão de batismo**. 2019. Disponível em: <http://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/92384/registro-em-cartorio-deve-prevalecer-em-relacao-a-certidao-de-batismo> . Acesso em: 27 jun. 2021.

GLOBO. Rede Amazônica. **Explosão destrói parte de cartório e há suspeita de ato criminoso, no AM**. Amazonas, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2014/01/fogo-destroiu-parte-de-cartorio-no-am-e-policia-suspeita-de-incendio-criminoso.html> . Acesso em: 27 jun. 2021.

GLOBO, Tv Tem. **Incêndio destrói documentos de Cartório de Registros em Assis, SP**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/baurumaria/noticia/2012/08/incendio-destroiu-documentos-de-cartorio-de-registros-em-assis-sp.html> . Acesso em: 27 jun. 2021.

JUNIOR, W.S.N.C, **Lei de registros públicos: comentada**, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014, 279 p.

LOUREIRO, L.G. **Registros Públicos: Teoria e prática**. 8ª Edição, Salvador, Editora Juspodivm, 2017, 341 p

MIGALHAS. **Fé Pública: o que é e qual sua importância ?**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/293652/fe-publica--o-que-e-e-qual-sua-importancia> . Acesso em: 27 jun. 2021

MP/AM. Ministério Público do Estado do Amazonas. **MP/AM reforça mutirão para recuperar registros civis em Novo Aripuanã**. Amazonas, 2019. Disponível em: <https://www.mpam.mp.br/noticias-portal/12457-mpam-reforca-mutirao-para-recuperar-registros-civis-em-novo-aripuana#.YNfWz-hKiUk> . Acesso em: 27 jun. 2021.

REZENDE, A.C.F., **Sobre a fé pública**, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, São Paulo, SP, disponível em: <https://www.irib.org.br/obras/sobre-a-fe-publica> . Acesso em 27 jun. 2021.

SILVA, R.M.V. **O Direito Fundamental ao Registro Civil e o seu papel como pressuposto básico à inclusão social**, 2019, 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, Paraíba. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16534/1/RMVS04102019.pdf>. Acesso em 27 jun. 2021.



SOUZA, R.O., **Certidão de Nascimento e Segurança Jurídica**, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 132-136, 2008. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_132.pdf, Acesso em 27 jun. 2021.

TV IMIRANTE. **Incêndio atinge cartório em São Luís**. Maranhão. 2012. Disponível em: <https://imirante.com/sao-luis/noticias/2012/02/23/incendio-atinge-cartorio-em-sao-luis.shtml>. Acesso em: 27 jun. 2021.

A CONSISTÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO E O CASO DA CORREÇÃO MONETÁRIO DO SALDO DO FGTS, OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.090

THE CONSISTENCY OF THE LEGAL SYSTEM AND THE CASE OF THE MONETARY CORRECTION OF THE FGTS, OBJECT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY N. 5090

DOI: 10.51859/AMPLA.EDL2318-2

Jorge Adriano da Silva Junior¹

¹ Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Salvador (UNIFACS). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do grupo de pesquisa Direito, sentido e complexidade social (UFBA) e do grupo de pesquisa Sociedade Mundial e Constituição - DISCO (UnB).

RESUMO

Este trabalho visa analisar os precedentes do Supremo Tribunal Federal que servem de parâmetro para o julgamento da Ação Direta de inconstitucionalidade nº 5.090 e diagnosticar a decisão mais adequada ao caso em relação à consistência do sistema jurídico brasileiro. Através de uma pesquisa bibliográfica, tendo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann como marco teórico base, identificamos a importância da análise dos precedentes para a consistência do sistema jurídico. Em seguida, compreendemos qual o objeto da ADI nº 5.090, que tramita no Supremo Tribunal Federal. Assim, concluímos que em razão dos reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal, a decisão adequada à garantia da consistência do sistema jurídico é aquela que declara a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS, em razão de sua violação ao direito de propriedade dos trabalhadores.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Consistência. Precedentes. FGTS.

ABSTRACT

This work aims to analyze the precedents of the Federal Supreme Court that serve as a parameter for the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality n. 5090 and diagnose the most appropriate decision to the case in relation to the consistency of the Brazilian legal system. Through a bibliographical research, having Niklas Luhmann's theory of social systems as theory base, we identified the importance of analyzing precedents for the consistency of the legal system. Next, we understand the purpose of ADI n. 5.090, which is being processed by the Federal Supreme Court. Thus, we conclude that, due to the repeated precedents of the Federal Supreme Court, the adequate decision to guarantee the consistency of the legal system is the one that declares the unconstitutionality of the application of the TR as an index of monetary correction of the balances of the FGTS accounts, due its violation of workers' property rights.

Keywords: Systems theory. Consistency. Precedents. FGTS.



1. INTRODUÇÃO

O julgamento da Ação Direta de inconstitucionalidade nº 5.090 tem gerado muita expectativa não apenas para os operadores do direito, quanto para a população brasileira trabalhadora que será afetada pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Todavia, esse não é o primeiro julgamento da referida Corte Suprema que tem por objeto a análise da violação ao direito constitucional de propriedade por parte da aplicação da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária. Dentre as diversas abordagens (observações) possíveis sobre a decisão acerca da declaração ou não de inconstitucionalidade da aplicação da TR como parâmetro de atualização financeira dos saldos das contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), esse trabalho se justifica pela necessária análise da consistência do sistema jurídico acerca da autorreferência de suas decisões judiciais sobre o tema.

O Brasil tem caminhado para uma maior sistematização teórica e operacionalização interna dos precedentes judiciais no sistema jurídico. Todavia, esse processo enfrenta graves problemas estruturais que dificultam a formação de um adequado sistema de precedentes judiciais. O sistema jurídico, assim, necessita de ferramentas argumentativas e teóricas, inclusive através da observação do sistema científico acerca do direito, que auxiliem a reprodução consistente e autônoma do sistema. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar as possíveis decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que constituam precedentes para o julgamento da Ação Direta de inconstitucionalidade nº 5.090 e identificar a decisão mais adequada ao caso em relação à consistência do sistema jurídico brasileiro, à luz da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Assim, perguntamos se existe uma resposta correta (adequada) a ser dada pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de inconstitucionalidade nº 5.090, que atenda à consistência do sistema jurídico brasileiro?

Para efetuarmos uma resposta, primeiramente, procedemos a uma revisão bibliográfica acerca da compreensão do direito enquanto sistema social autopoietico da sociedade moderna mundial. Em seguida, realizamos uma análise da consistência do sistema jurídico e a importância dos precedentes judiciais para a autorreferência das operações jurídicas. Posteriormente, analisamos brevemente o objeto da ADI nº 5.090, para então, ao final diagnosticarmos que em face dos recentes precedentes do Supremo



Tribunal Federal, a decisão que atende à consistência do sistema jurídico é aquela que declara a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS, em violação ao direito de propriedade dos trabalhadores.

2. O SISTEMA JURÍDICO DA SOCIEDADE

Para a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, o sistema jurídico é um subsistema autopoietico da sociedade moderna que produz o direito a partir de suas operações internas e código próprio (fechamento operativo), mas que mantém uma abertura cognitiva às demandas sociais em sua programação (LUHMANN, 2016, p. 104). A autonomia do direito se revela justamente com a recursividade das operações do sistema, já que o direito recorre ao direito vigente em suas operações. Para Luhmann (2006), a capacidade de dizer o direito a partir do direito de forma autopoietica só se revela na sociedade moderna. É com a modernidade que o direito é compreendido como direito positivo, ou seja, posto e alterável através de decisão, não estando vinculado às concepções e crenças metafísicas e universais (LUHMANN, 2016, p. 718). A positividade, entretanto, representa a autodeterminação do direito, pois a manutenção/alteração do sistema depende dos critérios, elementos e operações do próprio sistema (NEVES, 2018, p. 41).

A autonomia sistêmica moderna revela uma diferenciação funcional dos subsistemas sociais. Em relação ao direito, esse sistema assume a função de generalizar congruentemente as expectativas comportamentais normativas (LUHMANN, 1983a, p. 121). Ou seja, o direito seleciona estruturas normativas que viabilizam a generalização de determinadas expectativas sociais em detrimento de outras. Todavia, as expectativas sociais generalizadas são as normativas, não as meramente cognitivas. Para Luhmann (1983b p. 56), as expectativas cognitivas, em caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade, enquanto as expectativas normativas, elas não são adaptadas à realidade fática se alguém as transgredir, mas sim são reafirmadas pelo direito.

A diferenciação funcional e autopoiese dos sistemas sociais depende, entretanto, da operação de códigos binários e programas reproduzidos em cada sistema. O código do sistema jurídico consiste na forma direito/não-direito ou lícito/ilícito. Nesse sentido, a decisão judicial possui uma codificação própria que o difere



do seu ambiente, não se orientando pelos códigos dos outros subsistemas sociais. A aplicação do código lícito/ilícito depende de uma orientação valorativa que é materializada através de programas criados pelo sistema jurídico. Como leciona Campilongo (2002, p. 77), os programas do sistema jurídico são normativos e regulamentam as expectativas normativas através de leis, contratos, regulamentos, bem como os precedentes judiciais. Através dos programas normativos enunciados por esses instrumentos jurídicos, o direito pode identificar se determinada expectativa está em conformidade com o direito ou não, sendo que o conteúdo desses programas são reflexos dos fluxos de sentido do ambiente social no direito (heterorreferência).

Dessa forma, o cumprimento da função do sistema jurídico depende de sua autonomia perante os demais sistemas, o que implica autorreferência de suas comunicações decisórias na aplicação de seu código lícito/ilícito, garantindo segurança jurídica à sociedade.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS E A CONSISTÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO

A autonomia do sistema jurídico depende de observações de segunda ordem que fechem o sistema jurídico, o que revela uma diferenciação interna do direito entre centro/periferia. Os tribunais encontram-se obrigados a decidir (vedação ao *non liquet*) as demandas do ambiente (abertura) a partir dos elementos e estruturas produzidos pelo próprio sistema jurídico (fechamento). No centro do sistema jurídico, portanto, encontram-se os tribunais, que estão obrigados a aplicar o código jurídico direito/não-direito, em oposição à periferia do sistema, que processa as informações externas enquanto irritação interna ao sistema, mas não estão impelidos a decidir acerca dessas expectativas normativas.

Os tribunais, ao contrário, por razões jurídicas, devem decidir sobre qualquer demanda que neles se apresente. Só a eles incumbe o manejo do paradoxo do sistema - independentemente de como se queira denominá-lo concretamente. Só eles devem, onde for necessário, transformar a indeterminação em determinação; só eles fingem, quando é necessário, a indisponibilidade dos princípios. Só eles estão obrigados a decidir e, por consequência, só eles gozam do privilégio de poder transformar a necessidade em liberdade (LUHMANN, 2016, p. 427).



Os legisladores, contraentes e todos aqueles que produzem normas jurídicas sem estar vinculados à sua produção, estão posicionados na periferia interna do direito (LUHMANN, 2016, p. 429). Nesse sentido, o legislador pode sofrer pressões do ambiente social para elaborar determinado projeto de lei que atenda à uma certa expectativa social, entretanto, o legislativo não está obrigado a decidir acerca dessa expectativa. Assim, a periferia do sistema funciona como zona de contato com os demais sistemas sociais, entretanto, “os tribunais, se comparados com os legisladores e contraentes, trabalham num autoisolamento cognitivo de intensidade muito maior” (LUHMANN, 2016, p. 430).

Os tribunais, ao se posicionarem no centro do sistema jurídico, possuem, também, a função de supervisionar a conformidade das decisões jurídicas (leis, contratos, decisões judiciais) ao código direito/não-direito, através de observação de segunda ordem no sistema (LUHMANN, 2016, p. 437). Trata-se de uma auto-observação que o sistema recursivamente faz de si mesmo a partir da *re-entry* do código jurídico no direito. Os tribunais observam a consistência ou não das decisões oriundas da observação de primeira ordem, distinguindo, pela segunda vez, o sistema jurídico do ambiente social e ampliando sua consistência. Na modernidade, todavia, a pretensão de consistência interna do direito é um grande desafio, pois o excesso de expectativas normativas acionadas ao judiciário, através da pluralidade de expectativas e valores sociais, ampliou consideravelmente a complexidade da análise, pelos tribunais, da consistência das decisões de primeira ordem.

Essa complexidade precisa ser reduzida para operar com sentido, o que exige a criação de estruturas para que Alter e Ego possam conviver de forma segura. A segurança jurídica, cabe enfatizar, consiste em uma das principais preocupações da teoria dos sistemas. Essa segurança decorre, primeiramente, do fato de que as demandas ambientais a serem observadas pelo direito sejam operadas a partir do código próprio do sistema jurídico e não de códigos de outros sistemas sociais (LUHMANN, 2016, p. 258). A segurança se alicerça, portanto, na própria autopoiese do sistema. A generalização das expectativas normativas proporcionada pelo direito contribui para orientação do comportamento dos sujeitos, o que amplia a segurança decorrente da contingência da incerteza futura. Todavia, “não está ao alcance do discurso jurídico erradicar a insegurança ou garantir condutas” (CAMPILONGO, 2000, p.



162). Sempre haverá incerteza sobre o futuro. O direito, visando reduzir essa complexidade, cria tecnologias que promovam maior segurança jurídica, entre elas, o precedente.

Os tribunais, ao promoverem uma observação de segunda ordem sobre a observação de primeira ordem promovem uma interpretação de forma argumentativa, visando demonstrar a *ratio* da sua decisão (LUHMANN, 2016, p. 347). A argumentação incide sobre as informações geradas no sistema jurídico, sendo que essas informações precisam circular levando em conta as informações precedentes operadas no direito, o que resulta em “redundância (LUHMANN, 2016, p. 471). Essa redundância revela a autorreferência das comunicações jurídicas, que, ao abrir-se cognitivamente para as informações ambientais, se fecha no processamento das informações recorrendo às normas produzidas internamente. A redundância, entretanto, não é a única condição da autopoiese, que se revela, também, na variedade do sistema interno. A variedade, sob uma perspectiva evolucionista, seria uma informação nova no sistema que o atualiza. Segundo Luhmann (2016, p. 478) a variedade refere-se “à quantidade e à diversidade de operações que um sistema reconhece como próprias”.

Tanto a redundância quanto a variedade do direito estão associadas à argumentação jurídica e reforçam uma decisão pretérita, ou promovem uma inovação, que, futuramente, servirá de informação interna para futuras decisões. O precedente judicial, nesse sentido, está diretamente relacionado à recursividade de decisões jurídicas. Assim, o precedente judicial, consiste na “decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares” (STRECK; ABBoud, 2014, p. 42). Sendo estes precedentes qualitativamente regulados como vinculantes, eles necessariamente precisam compor a cadeia argumentativa de decisões obre casos análogos. Assim, os precedentes vinculantes veiculam normas jurídicas a serem reproduzidas e interpretadas nas decisões judiciais. Para compreendermos essa dinâmica, precisamos distinguir a *ratio decidendi* da *obter dicta*. Em que pese a divergência teórica acerca do conceito de *ratio decidendi*, podemos defini-lo como:

Uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das

partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso (MACCORMICK, 2008, p. 193 e 203).

Ao compreendermos o que seria a *ratio decidendi*, por exclusão, chegaríamos ao conceito de *obiter dicta*, que consiste na parte da decisão que “não possui relevância argumentativa para a resolução do caso” (SALAZAR, 2019, p. 35). Com essa diferenciação, podemos afirmar que é a *ratio decidendi* que vinculará as decisões futuras sobre casos análogos, ampliando a recursividade das operações decisórias.

Ademais, para Carneiro (2020, p. 146), a consistência representa um “princípio funcional” do direito que opera através de um esquema regra/exceção, fechando a interpretação no sistema jurídico. Carneiro (2020) sustenta a existência de princípios funcionais do direito, enquanto princípios operacionais que servem para fechar o sistema, pois estão relacionados diretamente com a função do direito na sociedade, como a consistência, isonomia complexa e integridade. Esses princípios funcionais não confundem com os “princípios epistemológicos”, que reduzem a complexidade das observações sobre as operações e estruturas do direito, pelo sistema científico, assim como são diferentes dos “princípios pragmático”, que operam como princípios “no” direito, que estruturam as expectativas presentes no ambiente e formam esferas de fundamentalidade, internalizam as colisões e viabilizam a comunicação entre as diferentes formas de racionalidade (CARNEIRO, 2020, p. 165-167).

Devemos observar, ainda, que a aplicação do precedente não é um caso de simples aplicação de uma regra, pois tem-se que decidir se o caso concreto se aplica ou não ao precedente, se for o caso, distinguir e até mesmo superar o precedente. O precedente, portanto, não pode servir apenas à redundância jurídica. O sistema pode se desviar da decisão existente e construir maior complexidade mediante novas decisões que acarretem um *distinguishing* ou *overruling* do precedente judicial (LUHMANN, 2016, p. 362). Essas técnicas são essenciais para a análise de uma variação no sistema, bem como, se for o caso, uma seleção de estrutura para sua acomodação e posterior estabilização.

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.090

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.090 foi ajuizada pelo partido Solidariedade, em 2014, e tem como objeto a declaração da inconstitucionalidade com

caráter vinculante, *erga omnes* e efeitos *ex tunc* da expressão ‘com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança’ do caput do art. 13 da Lei Federal nº 8.036/1990, bem como o caput do art. 17 da Lei Federal nº 8.177/1991, enunciados que o positivam a correção dos depósitos nas contas vinculadas do FGTS pela Taxa Referencial (TR).

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi instituído pela Lei 5.107/1996, como um mecanismo de proteção ao trabalhador em substituição da garantia de emprego, antes prevista na Consolidação das Leis do Trabalho. Atualmente, o sistema do FGTS é regulamentado pela Lei n. 8036/1990, que positiva em seu art. 15 o depósito compulsório por parte dos empregadores do equivalente a 8% (oito por cento) sobre a remuneração devida ao trabalhador em sua conta vinculada. A partir de 1999, o FGTS passou a ser corrigido pela Taxa Referencial, criada pela Lei nº 8.177/1991, índice reiteradamente questionado judicialmente por não refletir a real perda financeira da inflação no Brasil.

A ADI nº 5.090 discute, assim, a constitucionalidade da utilização da TR como taxa de atualização monetária do saldo da conta vinculada do FGTS, pois, considerando as provas de que ao referido indexador não corrige o referido patrimônio, o valor real dos depósitos fundiários seria muito menor que o devido aos trabalhadores no momento do seu saque, o que viola princípio constitucional do direito à propriedade, enunciado no art. 5º, XXII da Constituição Federal.

Entretanto, a União aduz que os depósitos de FGTS não constituem direito absoluto dos trabalhadores, uma vez que tais recursos estão afetados pela Lei nº 8.036/1990 para atender, também, finalidades sociais, tais como a construção de habitações populares, saneamento básico e infraestrutura urbana. Assim, a União teria utilizado o sistema de remuneração baseado na Taxa Referencial (TR), visando o financiamento de programas de habitação popular a custos mais módicos, de saneamento ambiental e de infraestrutura urbana.

Considerando os inúmeros processos que acerca do tema e a pendência de julgamento da ADI pelo Supremo Tribunal Federal, em 06/09/2019, o relator da ADI nº 5.090, Ministro Luís Roberto Barroso, concedeu medida cautelar para “determinar a suspensão de todos os feitos que versem sobre a matéria, até julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal”. Embora o STF ainda não tenha julgado a demanda, há



precedentes recentes do tribunal acerca do tema, o que impõe uma análise da necessária consistência do sistema jurídico no julgamento da ADI nº 5.090.

5. UMA OBSERVAÇÃO DA ADI Nº 5.090 A PARTIR DA CONSISTÊNCIA DO DIREITO EM FACE DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para que seja mantida a consistência no sistema jurídico, a análise da ADI nº 5090 não pode prescindir da referência da decisão do STF às outras decisões do Tribunal Constitucional em relação à utilização da TR como taxa de atualização monetária. Dessa forma, cabe fazer um breve retrospecto de alguns casos julgados pelo referido tribunal semelhantes ao objeto deste estudo.

No julgamento da ADI nº 493, o relator Ministro Moreira Alves reconheceu a impossibilidade de aplicação da TR aos contratos do Sistema Financeiro de Habitação, pois o Supremo Tribunal Federal entendeu que a TR não é índice hábil a promover a atualização monetária. Todavia, não houve a proibição normativa de utilização da TR em contratos de financiamentos futuros, no bojo desses autos.

Ação direta de inconstitucionalidade . - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado . - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna . - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.

(STF - ADI: 493 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 25/06/1992, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724)



Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI nº 4.425 e ADI nº 4.357, ao analisar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 60/2009, firmou entendimento de que a TR não é capaz de espelhar o processo inflacionário e por isso não pode ser utilizada como índice de atualização monetária. Nesse sentido, o voto do Ministro Luiz Fux, relator da ADI nº 4.425:

Quanto à disciplina da correção monetária dos créditos inscritos em precatórios, a EC nº 62/09 fixou como critério o 'índice oficial de remuneração da caderneta de poupança'. Ocorre que o referencial adotado não é idôneo a mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda. Isso porque a remuneração da caderneta de poupança, regida pelo art. 12 da Lei nº 8.177/91, com atual redação dada pela Lei nº 12.703/2012, é fixada ex ante, a partir de critérios técnicos em nada relacionados com a inflação empiricamente considerada. Já se sabe, na data de hoje, quanto irá render a caderneta de poupança. E é natural que seja assim, afinal a poupança é uma alternativa de investimento de baixo risco, no qual o investidor consegue prever com segurança a margem de retorno do seu capital.

(...)

Corrobora essa conclusão reportagem esclarecedora veiculada em 21 de janeiro de 2013 pelo jornal especializado Valor Econômico. Na matéria intitulada 'Cuidado com a inflação', o periódico aponta que 'o rendimento da poupança perdeu para a inflação oficial, medida pelo IPCA, mês a mês desde setembro de 2012. E ilustra: 'Quem investiu R\$1mil na caderneta em 31 de junho [de 2012], fechou o ano com poder de compra equivalente a R\$996,40. Ganham da inflação apenas os depósitos feitos na caderneta antes de 4 de maio, com retorno de 6%. Para os outros, vale a nova regra, definida no ano passado, de rendimento equivalente a 70% da meta para a Selic, ou seja, de 5,075%'. Em suma: há manifesta discrepância entre o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança e o fenômeno inflacionário, de modo que o primeiro não se presta a capturar o segundo. O meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é, portanto, inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

(...)

Assentada a premissa quanto à inadequação do aludido índice, mister enfrentar a natureza do direito à correção monetária. Na linha já exposta pelo i. Min. Relator, 'a finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional'. Daí que a correção monetária de valores no tempo é circunstância que decorre diretamente do núcleo essencial do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Corrigem-se valores nominais para que permaneçam com o mesmo valor econômico ao longo do tempo, diante da inflação. A ideia é simplesmente preservar o direito original em sua genuína extensão. Nesse sentido, o direito à correção monetária é reflexo imediato da proteção da propriedade. Deixar de atualizar valores pecuniários ou atualizá-los segundo critérios evidentemente incapazes de capturar o fenômeno inflacionário representa aniquilar o direito propriedade em seu núcleo essencial.



Tal constatação implica a pronúncia de inconstitucionalidade parcial da EC nº 62/09 de modo a afastar a expressão 'índice oficial de remuneração da caderneta de poupança' introduzida no § 12 do art. 100 da Lei Maior como critério de correção monetária dos créditos inscritos em precatório, por violação ao direito fundamental de propriedade (art. 5º, XII, CF/88), inegável limite material ao poder de reforma da Constituição (art. 60, § 4º, IV, CF/88) (STF - ADI: 4.425 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/03/2015, TRIBUNAL PLENO)

Por fim, o STF reafirmou, no bojo da em ADI nº 5.348, o entendimento de que a TR não pode ser utilizada como índice de correção monetária, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, alterado pela Lei nº 11.960/2009, que indicava o índice da caderneta de poupança (TR) como critério de atualização monetária nas condenações da Fazenda Pública, terminando a utilização do IPCA-E como indexador para a referida atualização.

O que se observa é que o STF vem estabelecendo precedentes judiciais que vêm generalizando a expectativa normativa nas pessoas de que o índice da caderneta de poupança (TR) não é parâmetro adequado à atualização monetária, não representando mecanismo que espelhe a inflação no Brasil, conforme julgados na ADI nº 493, ADI nº 4.425, ADI nº 4.357 e ADI nº 5.348. Portanto, o STF terá de observar os precedentes firmados pelo próprio tribunal ao julgar a ADI nº 5.090. A consistência da decisão judicial depende da análise dos casos semelhantes já julgados, o que deve implicar em: a) reconhecimento da inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Referencial como índice de atualização monetária do saldo do FGTS dos trabalhadores; b) superação (*overruling*) dos precedentes firmados na ADI nº 493, ADI nº 4.425, ADI nº 4.357 e ADI nº 5.348.

Por outro lado, a aplicação do *distinguishing* ao caso a ser decidido na ADI 5.090, em relação aos demais casos, me parece uma argumentação discricionária e incongruente, embora a União aposte nessa tese para defender a constitucionalidade da aplicação da TR. Considerando que os precedentes analisados veicularam um entendimento amplo acerca da inconstitucionalidade da TR na correção monetária, independentemente do reconhecimento da natureza do saldo do FGTS – somente propriedade dos trabalhadores ou também fundo de financiamento de políticas sociais, não se nega que esses valores precisam ser atualizados monetariamente, pois constituem, exclusivamente ou não, patrimônio dos trabalhadores. Ademais, o próprio art. 7º, III da Constituição Federal prevê que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço constitui direito fundamental dos trabalhadores. Nesse sentido, a perda do poder



aquisitivo dos saldos do FGTS, direito fundamental assegurado na constituição, representa uma ofensa ao direito fundamental de propriedade dos trabalhadores. Assim, as diversas finalidades do saldo do FGTS não justificam uma distinção de casos consistente pelo Tribunal Constitucional.

Da mesma forma, a superação dos precedentes firmados na ADI nº 493, ADI nº 4.425, ADI nº 4.357 e ADI nº 5.348 representaria uma discricionariedade ilícita do STF, pois o fundamento da declaração de inconstitucionalidade da aplicação da TR para fins de correção monetária em casos semelhantes está ancorado na prova de que o referido índice não espelha o fenômeno da inflação brasileira. Nesse sentido, Moraes (2019, P. 25-26) explica que a Taxa Referencial permaneceu zerada no período entre agosto de 2017 até sua última atualização em maio de 2019. Por outro lado, o IPCA alcançou 1,74% no acumulado do segundo semestre de 2017, 2,6% no acumulado do primeiro semestre de 2018, 1,11% no acumulado do segundo semestre de 2018. Em relação ao INPC, este alcançou 1,4% em junho de 2018 e o acumulado do primeiro semestre ficou em 2,57%. Entretanto, não é a primeira vez que a Taxa Referencial permaneceu zero por um longo período. Assim, houve aumento significativo no valor dos bens e serviços analisados pelo INPC e pelo IPC-A nos últimos anos, embora a TR não tenha variado em conformidade com a inflação, sendo que os cálculos que utilizaram esse índice defasado indicam uma perda patrimonial (MORAIS, 2019, p. 26). Ademais, Scavone Junior (2011, p. 410) explica que a TR não reflete a desvalorização da moeda, conforme se é esperado de um índice de correção monetária, pois sequer se trata de índice econômico, mas sim de índice financeiro que reflete a taxa de juros.

Assim, o mero argumento de que a procedência da ADI nº 5.090 representaria um alto custo financeiro para a Fazenda Pública, não pode ser um argumento imediatamente válido para decisão judicial, sob pena de corrupção sistêmica entre economia e direito. Ou seja, a menos que o Supremo Tribunal Federal indique nos autos provas de que a TR de fato reflete a variação inflacionária, a superação do precedente, sob qualquer prisma argumentativo, se revela em um julgamento *ad hoc* e inconsistente. Os julgamentos *ad hoc* são aqueles em que seu fundamento é casuístico e não serve de argumento para decisões futuras, ou possui conexão com decisões pretéritas. Dessa maneira, as decisões *ad hoc* constituem um obstáculo à estabilização de um “sistema de precedentes” e da autorreferência consistente do direito.



O reconhecimento da inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS se revela como a decisão que mais atende à consistência do sistema jurídico, pois reproduz uma comunicação interna ao sistema jurídico sedimentada no entendimento de que a utilização da TR para fins de correção monetária ofende o sentido pragmaticamente construído acerca do princípio da propriedade (art. 5º, XXII da Constituição Federal). Vejamos que não se trata de uma alegação abstrata de ofensa a um direito fundamental, mas sim de violação a um sentido de propriedade, relacionado ao seu valor monetário atualizado, já reconhecido no sistema jurídico.

Além disso, a procedência da ADI nº 5.090 não só revela a consistência dos casos julgados pelo STF, mas também o respeito à igualdade e justiça enquanto “fórmula de contingência” do direito (LUHMANN, 2016). Para Luhmann (2016, p. 298), a justiça jurídica é uma fórmula de contingência do direito que consiste no tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Assim, a igualdade representa a “forma de regras que decidem casos iguais de maneira igual (e, portanto, casos desiguais de maneira desigual)” (LUHMANN, 2016, p. 302). Dessa forma, a justiça, no sistema jurídico, pode ser observada em duas perspectivas:

A justiça, nessa perspectiva, tem duas dimensões: a justiça interna, concernente à tomada de decisão juridicamente consistente (autorreferência); a justiça externa, referente à tomada de decisão adequadamente complexa à sociedade (heterorreferência). Por um lado, sem que se possa contar com uma solução juridicamente consistente, o direito perde a sua racionalidade. Isso implica que, sem um sistema jurídico orientado primariamente na constitucionalidade e, consequentemente, no princípio constitucional da legalidade, ou seja, sem “justiça constitucional interna”, não cabe falar de racionalidade jurídica em uma sociedade complexa. Os julgamentos vão subordinar-se, então, a fatores particularistas os mais diversos, sem significado jurídico-constitucional para a orientação do comportamento e a estabilização das expectativas normativas. A racionalidade do direito exige, portanto, consistência constitucional. Por outro lado, a justiça como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito. Evidentemente, essa é uma questão difícil, pois no ambiente do direito há várias pretensões de autonomia sistêmica em conflito. Uma



adequação econômica do direito, por exemplo, pode ter impactos negativos na educação, no ambiente, na arte e na ciência e vice-versa (NEVES, 2019, p. 224).

A consistência do discurso jurídico, enquanto “justiça interna” ao direito, abrange não apenas uma coerência da decisão de primeira ordem com as decisões pretéritas no direito, mas também uma coerência com as próprias decisões do tribunal. Portanto, a declaração da inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS se impõe como decisão adequada ao cumprimento da consistência e justiça jurídica interna do sistema jurídico.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cumprimento da função de generalização congruente de expectativas normativas depende da consistência do sistema jurídico, ou seja, da recursividade de suas decisões internas operadas pelo código lícito/ilícito. Os precedentes judiciais são instrumentos que auxiliam essa operação consistente, uma vez que decisões pretéritas constituem parâmetro para decisões futuras. Embora as Cortes Superiores não estejam vinculadas ao seu precedente, podendo superá-lo, as suas decisões pretéritas não podem ser ignoradas, devendo ser objeto da interpretação argumentativa dos tribunais.

O presente trabalho observou que o Supremo Tribunal Federal possui precedentes ADI nº 493, ADI nº 4.425, ADI nº 4.357 e ADI nº 5.348 no sentido de reconhecer que a inconstitucionalidade da utilização da TR como parâmetro de atualização monetária, por violação ao direito de propriedade. Nesse sentido, ao julgar a ADI nº 5.090, o STF precisa dialogar com os precedentes anteriores do referido tribunal, sob pena de se reconhecer um julgamento ad hoc e arbitrário.

Dessa forma, concluímos que a declaração da inconstitucionalidade da utilização da Taxa Referencial, que não reflete a perda inflacionária, como índice de correção monetária dos saldos das contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço se revela como decisão que atende à consistência do sistema jurídico, em face dos recentes precedentes da Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 09 de mai. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.177**, de 1º de março de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8177.htm. Acesso em 20 de fev. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.494**, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em 20 de fev. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 11.960**, de 26 de julho de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11960.htm. Acesso em 20 de fev. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493/DF**. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 25 de junho de 1992. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1519857>. Acesso em: 10 de mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 25 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900924>. Acesso em: 10 de mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF**. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 14 de março de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=4357>. Acesso em: 10 de mar. 2022.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. Os princípios do direito: entre Hermes e Hades. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). **Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global**. Andradina: Meraki, 2020.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983a.



- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983b.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad.: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MORAIS, Antônio Rafael Meira. **A Taxa Referencial e o Direito de Propriedade**. Monografia. Universidade de Brasília. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23435>. Acesso em: 10 de mar. 2022.
- NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. **Fundamentos Normativos para a construção de um método decisório baseado em precedentes judiciais**. Curitiba: CRV, 2019.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.



DEMAGOGIA DAS DEMOCRACIAS: *APARTHEID* ECONÔMICO-FINANCEIRO NEOPRIMATA

DEMAGOGY OF DEMOCRACIES: NEOPRIMATED ECONOMIC-FINANCIAL *APARTHEID*

DOI: 10.51859/AMPLA.EDL2318-3

Rilke Rithcliff Pierre Branco ¹
Márcio da Costa Silva ²

¹ Professor e Doutorando da Universidade de Buenos Aires (UBA), mestre em Direito e Negócios Internacionais pela Universidad Europea del Atlántico (UNEATLÁNTICO). É formado, ainda, em História e Pedagogia, tendo um total de 20 pós graduações, sendo 12 na área de Ciências Jurídicas e Sociais e outras 8 especializações no ramo da Educação.

² Advogado atuante, Especialista em Direito Tributário pela IBET e formado na Faculdade Maurício de Nassau, em 2007.

RESUMO

O estudo deriva de uma reflexão que propõe que as questões de gênero, raça, feminismos, de sexismos e de identitarismos, embora importantes, sejam substituídas pelas análises e ações efetivas e imediatas para acabar com as demagogias das democracias contemporâneas e impor paradigmas para distribuição de bens e riquezas sustentáveis no planeta, com inclusões econômicas e financeiras para todos os povos. A partir da teoria do “biolaboralismo”, a ideia é ultrapassar o egocentrismo de regimes neoprimitas e fixar, de vez, a obrigatoriedade de um Estado de Direito universal que concretize a empatia virtuosa e as equanimidades.

Palavras-chave: Demagogia. Democracia. Racismo. Economia. Neoprimatismo.

ABSTRACT

The study derives from research that proposes that issues of gender, race, feminism, sexism and identity, although important, be replaced by effective and immediate analyzes and actions to end the demagogues of contemporary democracies and impose paradigms of the distribution of sustainable goods and wealth on the planet, with economic and financial inclusions for all peoples. Based on the theory of the biolaborism, the idea is to overcome the egocentrism of neo-primate regimes and establish rather for all the obligation of a universal rule of law that concretizes the virtuous empathy and equanimity against the neoprimatism.

Keywords: Demagoguery, Demeocracy, Racism. Economy. Neoprimatism.

1. INTRODUÇÃO

Em meio à publicação recente das “maiores” fortunas do planeta, esta pesquisa se propõe a substituir as discussões sobre ódio, gênero, raças, classes e sexismos, hoje, tão comuns, nos temas educacionais e jurídicos, propalados pelas mídias e redes sociais, se o assunto que deveria ser o mais importante da realidade do humanismo hodierno é atacar de frente as exclusões econômico-financeiras e minar, de vez, as demagogias



cínicas e cretinas de operadores jurídicos, que legitimam a morte do “mínimo existencial” e que obstruem o desenvolvimento sustentável e equânime das pessoas e das relações. A partir de Branco (2016/2017/2022), denuncia-se que deveria haver uma radicalização benéfica na imposição dos direitos e obrigações contra os efeitos nocivos das exclusões, que, na prática, é o maior problema antropológico. Democratizar a segurança alimentar, os bens e as riquezas solver parte das situações de injustiça e de iniquidades. Fora disso, haverá só teorias e retóricas de um neoprimitismo, que, no fundo, é um movimento que disfarça as egolatrias das aporofobias, da mistanásia social e das sutis necropolíticas já em curso.

2. SUPREMACISMO ECONÔMICO E A INFERIORIDADE COMO NEOPRIMITISMO ATUAL

É com grande pompa e circunstância que, todos os anos, as revistas se ufanam em publicar as maiores fortunas do planeta. Em 2022, na lista dos mais ricos do mundo estão: 1º - Elon Musk (Tesla e Space X): US\$ 219 bilhões; 2º - Jeff Bezos (Amazon): US\$ 171 bilhões; 3º - Bernard Arnault (Luis Vuitton): US\$ 158 bilhões; 4º - Bill Gates (Microsoft): US\$ 129 bilhões; 5º - Warren Buffett (Berkshire Hathaway): US\$ 118 bilhões; 6º - Larry Page (Google): US\$ 111 bilhões; 7º - Sergey Brin (Google): US\$ 107 bilhões; 8º - Larry Ellison (Oracle): US\$ 106 bilhões; 9º - Steve Ballmer (Microsoft): US\$ 91,4 bilhões; 10º - Mukesh Ambani (Reliance Industries): US\$ 90,7 bilhões. A caricatura do dinheiro também se reproduz concentrada nas mãos de poucos indivíduos, pessoas físicas, seja na América Latina, ou nos demais continentes, revelando uma assustadora assimetria na distribuição e na fruição de bens e riquezas, frente à maioria esmagadora pobre, que, assim, enfrenta dificuldades, dores e injustiças de toda a ordem, em suas vidas. Nesse sentido, o "racismo econômico", para Branco (2022), é um problema geopolítico geral, histórico, da realidade local, regional e global, do qual muito se fala, porém que não se combate, de forma mais direta, efetiva e contundente, porque não há meios organizados, nem institucionalizados, de fazer face a este fenômeno de segregação de pessoas, pelos meios legais ou oficiais.

É o *apartheid* econômico-financeiro, e não qualquer outra causa ou desculpa, que, em suma, é o responsável pela piora das condições de vida primárias do sujeito



material e espiritual. O supremacismo econômico de poucos, em detrimento de muitos: a origem e a maior fonte de todas as demais exclusões, físicas, sociais e culturais. O movimento, pois, das vaidades egocêntricas, através do empobrecimento e da inferioridade das camadas outras da população, concretiza-se pelo Direito das Elites, no plano mundial e nacional. A atenção global é desviada da chaga de um povo e de um país: a normalização da miséria neoprimata. Observe-se que, para tal, os ricos dominam o noticiário, as mídias, as redes sociais/influenciadores, o subjetivismo jurídico-moral e a ética individualista da Economia: exploram as questões de gênero, etnias, preconceitos, discriminações, por motivo de cor, raça, origem, nacionalidade, as xenofobias; falam de sexismos, machismos, feminismos, deficiências, *bullyings* e outras formas de violência; inventam modismos, como *fake news*, veganofobia, gordofobia, monopolizam “discussões” sobre armas, fascismos, nazismos e “ataques” à democracia, tratando de questões que, no século XXI, seriam secundárias.

3. A NEGAÇÃO DA DEMOCRACIA FINANCEIRA E A SERVIDÃO COMO CORRUPÇÕES

Há, hoje, sim, a inferioridade primata dos cidadãos neocontemporâneos, que são os que continuam a ser divididos nas classes e castas econômico-financeiras do poder. No caso do Brasil, por exemplo, que ostenta a posição da 13ª economia do mundo, é o 9º país com mais desigualdade social. Com Índice Gini 0,640, em 2021, 50% dos mais pobres ganham 30 vezes menos do que recebem os 10% mais ricos. Na França, essa proporção é minorada 7 vezes. 5% detêm 80% da riqueza privada. O desequilíbrio total na acumulação de riquezas do globo é, claramente, demonstrada pela OXFAM (2017). Segundo a OIT e o IBGE, na América Latina e Brasil, o desemprego fica na casa de dois dígitos e pessoas em idade produtiva são desalentados: 81% dos sujeitos que não acham trabalho há mais de 2 anos são das classes D e E; e 26% estão desocupados. A desconexão entre as finanças reais, as crises fabricadas e as oscilações do mercados e das bolsas de valores fazem com que 1% da população mais privilegiada enriqueça 10% ao ano. 400 famílias mais ricas dos EUA têm mais dinheiro do que todas as outras 10 milhões de famílias da população negra do país. **32 partidos brasileiros são veículos para assegurar vida confortável e opulenta a uma minoria certa do vandalismo político**



que expressa o vazio máximo programático e o oportunismo lucrativo de atividades demagogas, que, na prática, tornam os pobres mais dependentes; e os hipossuficientes, desassistidos do “mínimo existencial”. A garantia dessas democracias, que, com tanto afincos defendem os direitos e as liberdades, não contém, de modo inciscivo e inclusivo, projetos a favor das pessoas mais carentes; ao contrário, lançam elementos teóricos e esmolistas sem promover emancipações reais. Na verdade, o que se colhem em todos os rincões são as promessas estéreis e sem alteridade, para que os baronatos se acomodem com as benesses que as aristocracias lhes oferecem, enquanto que uma repartição mais equânime dos bens e das riquezas não se sucede, de forma jurídica, justa e impositiva. A dignidade existencial que, no Direito, foi formulada por Scholler (1980) e Zacher (1987), esbarra na ONU, via a FAO, que têm atuação tímida, impotente com a fúria dos empréstimos do FMI e do BANCO MUNDIAL, que não mexem nos ativos depositados nas *off-shores* (ZUCMAN, 2015). A Carta de Direitos Humanos de 1948 não conseguiu criar cotas econômicas, é só uma expectadora, de um “terrorismo financeiro” que permite o assalto aos esforços e ao bem-estar alheios. A pior corrupção é a negação da democratização financeira, a mesma que gera a servidão hodierna global.

4. DIREITOS HUMANOS, *APARTHEID*, ALIENAÇÕES, APOROFOBIAS E MISTANÁSIA.

O conceito em torno de direitos humanos é múltiplo, enfoca todos os campos e as matérias, que vão do direito à vida às experiências mais dignas e agradáveis da existência. Ultimamente, o sistema capitalista e as revoluções tecnológicas fabricaram uma série de documentos e aparelhos para emprestar a roupagem, aparentemente, “fraterna e bela” ao Estado universal (BRANCO, 2022). Tratados, pactos, convenções, reuniões e resoluções cabem em folhas, mas pouco, ou quase nada, resolvem para o progresso de uma maioria, em termos de mudança de oportunidades econômico-financeiras para os mais pobres:

“(…) Os textos são envoltos em fantasias, **e não uma arma**, por meio da qual se pode impor responsabilidades e as sanções para findar ou reduzir as injustiças das assimetrias financeiras, para expropriar os absurdos. Há, no plano interno e externo, riquezas descomunais, pertencentes só a uma minoria, que se vale de regras e preceitos, públicos e privados, que atua sob



um eixo normativo, que, na prática, só favorece os mais afortunados. E é fato que essas iniquidades materiais não suscitam punição nenhuma no Direito. Ao inverso, **esses egoísmos são absorvidos, e absolvidos, pelos arcabouços jurídicos, que permitem a legitimação de muitas causas dando razões aos hiperindividualistas em detrimento de uma maioria pobre. Enquanto se admitem as opulências e acúmulos patrimoniais seletivos de uns, sem função social e/ou global, os necessitados mal conseguem viver. Há beneplácitos, inércia, inanição e a negação dos direitos humanos primários para os hipossuficientes.** Como uma cortina de fumaça e para desviar-se a atenção dos problemas mais graves que os sujeitos e as coletividades atravessam, o mote hodierno, nos países periféricos, agora, é explorar os temas subimportados e atrasados de nações que já venceram as discussões e questões de gênero, raça, classe e de fobias. (...)” **(grifos nossos)** (BRANCO, 2022).

Então, as narrativas jurídicas, de hoje, sobre direitos humanos continuam silentes quanto à exclusão econômico-financeira dos mais paupérrimos e os artigos intelectuais só cuidam de versões, que escondem ódio e aversão aos menos aquinhoados: a hegemonia bestial da banalidade, das futilidades e da maldade humanas, que perseveram, inclusive, entre os ignorantes ao criar relações negativas e ambientes turbulentos e conflituosos de discriminações e de preconceitos morais. O paradoxal é que os *apartheids* econômicos e financeiros seguem uma lógica de adesão a aporofobias e de mistanásia, completam-se quando o sujeito, antes pobre, apropria-se de melhores condições, e, assim, transforma-se em mais um ególatra. A esterilidade dos debates, pesquisas e de estudos, repetitivos, sobre gênero, raça, fobias, sexismos, é o vício dos “direitos humanos”, que não prescinde, primeiro, da correção imediata, desde a Educação, das causas originárias estruturais dos problemas materiais e da intervenção em realidades através do Direito para haver leis que imponham aos mais ricos a oferta de empregos e a democratização equitativa das rendas.

As alienações, no entanto, são propositais e vêm da elite, que é “a protagonista de tudo, “os autores intelectuais, que se privilegiam da fome, da miséria, das privações e da opressão geral alheia”, e que “nunca é culpabilizada”. Sem responder pelos excessos dos efeitos e defeitos de suas delinquências egoístas, das dores das injustiças econômicas, os afortunados nada fazem para varrer dos mapas jurídicos os racismos financeiros, os jogos do poder e as democracias, cuja participação restringe-se a um mero ato de votar. E, para Branco (2022) são essas “falácias, as hipocrisias, das cartilhas de direitos, os simulacros de mentiras, as promessas cínicas das demagogias, feitas pelas classes abastadas e dirigentes, que, assim, renovam-se e se perpetuam”, com manobras políticas e culturais, que bucam assentar interesses e situações a favor das classes já bem



alojadas e que, sem padecer dos surtos da necessidade e da carência da fome, recorrem às paranoias tóxicas dissociativas de brigas, por motivos de pele, de animosidades de “raças”, com abordagens étnicas e/ou sexistas, sem tentar consertar as raízes do ódio maior, a exclusão econômica, que parece incitar as confusões e impactar as violências, que marcam pessoas e povos. A lição de Branco (2022) é de que não é “o DNA da cor da pessoas, os sexismos ou as fobias que ferem as bandeiras civilizatórias”, e sim as faltas, a omissão e o silêncio estatais e dos abonados que prejudicam a cidadania porque não debelam ou solvem, antes, as injustiças reais que advêm dos racismos econômicos e financeiras, mais duras injúrias e ilícitos do que as pechas de gênero e de sexo. Têm-se, pois, sistemas, regimes, modelos jurídicos e culturas egológicas, que não desafiam o aumento da concentração de riquezas: a minoria conveniente continua a governar, sem ajudar “na equalização e na pacificação geral”, ao amalgamar os males humanos pousados nos egoísmos, se certo é que sem os imperativos dos balanços econômicos floresce o perigo dos ódios, como pálios dessas questões atuais.

O mote da sustentabilidade não é, portanto, ambiental, verdecentrista, ou ecológico, e sim uma injunção de existencial, para que bilhões de pessoas possam viver decentemente e isso não se supera com promessas escritas de fraternidade se o Direito “não rebate, com eficiência, os motivos e os agentes que falham contra os deveres de cooperação”. Líderes políticos, burócratas, o grande empresariado e os chefes de Estado não podem mais ser incoerentes, avaros e oportunistas, e sim idealizarem uma “democracia e justiça globais”. Essa campanha, todavia, depende na escolha de como se formar o “primata” desde novo.

5. OS HIPERINDIVIDUALISMOS, A JURISTOCRACIA E OS PORNOPOLÍTICOS.

O quadro não vai modificar-se, se não se viabilizar um choque jurídico e na saúde financeira das mentes e das bolsas de valores que pagam a quem não trabalha, que vivem da especulação alheia (DOWBOR, 2017). A nata usa de pretextos de defesa das liberdades econômicas, mas se lambuzam de libertinagens quando o tema é a “astronomização” dos lucros e ganhos de capitais. Os artificios são velhacos: socializam-se os prejuízos e inflam-se os meios desajustados, com queixas distópicas, enquanto há “uma massa repleta de desempregados, famintos, refugiados e famílias, que sobrevivem



no caos”, nas palavras de Branco (2022), os plutocratas são os produtores da indigência material da maioria, a aristocracia que comanda o palco das discórdias escamoteadas, via representações reais e imaginativas, ao sabor das raízes egocêntricas, encobertas, exageradas e genuínas, que levam a cabo os preconceitos e a discriminação de quem tem dinheiro; e outros, quase nada, já que lhes falta o essencial, tolhidos de acesso a uma renda mínima de trabalhos. Contra “os dramas afetivos de etnismos, os fobismos, os generismos, os sexismos e os ‘achismos’, de ocasião, para tripudiar, exaltar e maquiar as vulnerabilidades mais sérias”,

e vertendo as ganâncias improdutivas, que alimentam os narcisismos dos inventores dos plantonistas de ocasião, as vítimas das aporofobias e da mistanásia se espalham, e, na América Latina, exsurge, agora, um exército de zumbis e de parasitas cuja memória ouve uma legião de debiloides, deturpadores da verdade, com espaço para opinar ao público: os *influencers* digitais, blogueiros e toda uma horda de especialistas em fofocas, a maioria apedeutas, “que não se cansam de despejar suas ideias e suas aporias, sem que sequer sejam colaborativos, em alguma causa social real, senão na busca e obtenção de fama e dinheiro fácil (BRANCO, 2022). Eis o *homo economicus* hodierno: um espertalhão, cercado de vassalos, alienados e ordinários individualistas que se hipertrofiaram, aos olhos passivos de juristocratas (magnatas bem pagos e beneficiários da própria lei que aduzem e julgam) e de pornopolíticos, que organizam e estruturam o Estado para lhe sugarem as verbas. As noções de bem e de justiça econômica são surrupiadas. Não há interna e externamente o arquétipo que cesse a opulência somente de poucos; e os neoprimitas se locupletam do arcabouço jurídico-legal que tolera e incentiva a capacidade singular extraordinária dos sujeitos que se tornam bilionários sem o retributivo dever de dar empregos e labores. Seriam “macacos” mais sortudos, ou os mesmos primitivos salvando suas sobrevivências?

6. DAS ZONAS INTERMEDIÁRIAS, PALIATIVOS, AVANÇOS E FALSAS PROPOSIÇÕES.

Permita-se cognominar de neoprimitismo este pêndulo falso de doutrinadores de áreas, sobretudo, do Direito e da Economia, que, ao invés de tratarem de impor novos esquemas, focar os “discursos de exclusão” e acabar, de uma vez, com os



preconceitos, as discriminações, as desigualdades econômicas e as exclusões financeiras, de uma minoria, de vontades, nomes e grupos isolados de ególatras patológicos, que fruem do confortos e de fortunas exponenciais, ficam acordes e silentes frente às práticas, veladas e ostensivas, das aporofobias e das mistanásias, a ação mais perversa hodierna de negativa existencial.

Branco (2022) destrinchou bem os elevados riscos desse panorama e, outrissim, um uso sistematizado orquestrado pelas pontes dominantes, para que essa matéria não avance:

(...) Logo, os tratados e os pactos interestatais, “militarizados”, ou não, vêm sempre para asfixiar os direitos triviais das pessoas mais pobres. Partilhar rendas, através de empregos e da difusão da felicidade, não são da lógica da preocupação econômica e da competitividade. As cadeias e os comandos dos baronatos não investem na alteridade e, assim, os desenhos dos tablados jurídicos dos países e dos grupos minoritários são ilhas de posturas e de arbitrariedades unilaterais nos setores e nas atividades de cunho econômico, de modo a subordinar os povos mais frágeis em seus enlaçamentos sociais.

No quadro estatal, institucional e empresarial, a defesa financeira é vertical e já hierarquizada: os dialogismos beneficiam sempre a parte mais endinheirada, em todos os níveis. Ainda que a vida já não se adstrinja a desempenhos laborais ou ocupacionais, os processos de usurpação seguem, sem incomodar a elite. Assim, as tutelas jurídicas não evitam problemas como a escassez de postos de trabalho, os óbices de direito às rendas e à diminuição da violência, e a vida nos países pobres e emergentes se agrava, em graus alarmantes. **As aporofobias e a mistanásia existem e são, então, efetivas.**

A exclusão econômica, aliás, é o panorama mais negativo do planeta, com seus *standards* e enfeites das hipóteses dos direitos humanos, que não elidem as condutas regressivas ou a agressividade ao forçar um perigoso império mundial (Seitenfus, 1997, p. 259). Nesta seara, os *engagements* e os *arrangements* desdobram-se contra as oclocracias sombrias, rumo a catástrofes outras, nesta escalada insana da humanidade.

As escolhas econômicas, egocêntricas e injustas, rejeitam os virtuosismos e optam por ações superficiais, apontando para um capitalismo obtuso ainda mais materialista, que prefere os recursos materiais e negligencia seres. Megaindividualismos e anarquismos depredam a solidariedade. Os efeitos nocivos se espalham e geram atitudes irracionais. (...) (grifos nossos)

As teses contra os esmolismos (DEL PÉRSIO, 2014) e do biolaboralismo (BRANCO) são ideias que fluem, para que, na globalização, sejam partilhadas, de modo amplo, justo e equânime, os excessos da acumulação de bens e de dinheiro, ora nas mãos de poucos. Com ponderações éticas e legais, para que todos os seres devem alcançar a condignidade, mediante proposição de meios coercitivos e coativos, claros, objetivos e diretos, o papel do Direito, enfim, precisa ser reescrito e idem reinterpretado, com normas que elidam, ou diluam, em definitivo, esses itens, os racismos e as exclusões



financeiras, sem as paradas ápodas, de desgovernos, ou dos outros métodos ilusórios das pseudodemocracias.

Nesse plexo, sem preciosismos e perdas de tempo, diante de crise e uma recessão, que ora desidratou a economia, de guerras, pandemias e confrontos que encolhem o PIB de muitos países, os empregos tornaram-se “caros” e “raros”, e, ademais, houve segundo informes do *World Employment and Social Outlook–Trends* da OIT, concentração anômala e sem paralelos das riquezas, na História, ameaçando a segurança alimentar do planeta.

No Brasil, a transferência de renda do Bolsa Família/Auxílio Brasil e o aumento do salário mínimo, sem o ajuste e controle da inflação, corresponde a uma medida paliativa, que foi tomada pelo governo e que não tem o condão de propiciar independência ativa de pessoas que precisariam, antes de tudo, trocar moeda por serviços e empregos, onde pudessem ter alguma perspectiva de estabilidade e de produtividade para si e à nação. É curioso que o Ministro da Economia, Paulo Guedes, que tem fortuna familiar milionária, e, pasmem, depositada no exterior, asile um fundo de erradicação de pobreza em 2022, ano eleitoral, com o detalhe de que o mesmo seja financiado, por via das privatizações, isto é, que parte desses recursos sejam obtidos com a venda de estatais, transferindo a riqueza pública para grupos de particulares, em benefícios “filantrópicos” dos programas sociais.

É inconcebível, pois, que a regularização desenvolvimentista de um tecnocrata queira só o socorro de 68 milhões de brasileiros vulneráveis. A solidariedade desenhada fica, desde logo, fragilizada, quando se sabe que privatizações são sempre subestimadas, e que, dessarte, o patrimônio público será desfalcado, às custas do aceite privado elitista, que profana a reforma fiscal e tributária mais progressiva avessa à distribuição de bens.

É difícil crer que, neste “pacote de bondades”, explique-se o porquê do Brasil ser um dos poucos países no mundo que não cobra imposto sobre dividendos, sobre grandes fortunas; que a tributação da herança no Brasil aqui é de 3% e, na França, a alíquota pode chegar a 60%, que se retirem impostos sobre renda e cestas básicas e que as taxações dos juros, do estoque de capital improdutivo e da dívida estatal, fundada e consolidada, não são objeto de auditorias ou de revisão, da mesma forma que há um



hiato obsequioso nos tratamentos que se dão aos credores bancários face à dita Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por outro lado, há de se destacar que, ao lado da fuga da democratização dos bens e de direitos econômicos, a cobiça e a avareza cultural das malditas violências da herança colonial conheceram um discreto freio contra esse *homo sapiens* frio e calculista, que não se importa com os que precisam comer e viver sem excentricidades. Recentemente, o STF brasileiro vem posicionando-se em conta dos mais débeis, e, em uma instância rara, teve vanguarda ao juridicizar e garantir o direito ao “mínimo existencial”, no julgamento do MI 7.300/DF. A abordagem sob o viés material e financeiro favorece os mais desguarnecidos, frente à Lei 10.835/2004, mostrando uma conformidade com os cânones de uma postura, humanizante e humanitária, para uma Renda Básica da Cidadania. O benefício assistencial de prestação continuada, aos idosos e aos deficientes, e a revisão da “vida inteira” aos aposentados da Previdência Social (mas, sob destaque revisional), o acesso dos direitos e à Justiça através da Defensoria Pública são pequenos acenos, no bojo onde se fez mister arrancarem-se os egocentrismos e as emoções vãs que cifram a evolução afetiva das fortalezas e das nobrezas atitudinais. Foram decisões intuitivas e protetivas, a fim de que os direitos humanos e as pessoas sobrevivam de uma alteridade jurídica, valorosa e real.

Em contrapartida, há no Direito as novelas e farsas normativas, que são blindadas pela vaidade de operadores, que não põem em primazia os núcleos das necessidades mais urgentes das pessoas e de grupos indistintos. Para a realização dos benefícios comuns, a cooperação entre máquinas antropológicas devem sobrepor-se às mentes oligárquicas. A neutralização dos raquitismos consumistas e espirituais e as cargas axiológicas jurídicas se harmonizam sem as incongruências, incoerências e as lesões das demagogias, sejam elas coloquiais ou dogmáticas. Atender aos hipossuficientes, outrossim, é providência que se esgrima para que esses também não se convertam, amanhã, nos predadores do “mínimo existencial”. E, para tanto, a construção dos biojurismos, com padrões compulsórios, no campo econômico-financeiro, há de ser dilatado. O abate aos toxicismos, que se emanam das áreas de divagações científicas que privilegiam, sempre, o mais forte, deve ceder às normas voltadas à formação de um sujeito operativo melhor e, em dadas circunstâncias, mais dotado de sabedoria, bondade e empatia, sendo capaz de solver problemas, sem as



inculcações narcisísticas, nem os vícios da obtenção de vantagens, pela via do medo, da força, da enganação, do sacrifício extremado ou do pânico alheio. Neste circuito, o Direito e a Economia podem promover um hígido bem-estar, físico, mental, individual e social, a todos, dar mais qualidade de vida e privar menos os indivíduos das suas miserabilidades.

7. CHOQUES CONTRA OS SENSOS COMUNS, OS LABORICÍDIOS E A NECROPOLÍTICA.

O deslocamento dessas questões suscitadas, do aparecimento de um homem que não seja tão primitivista, e, portanto, menos primata, depende dos cimentos na formação jurídico-política de uma antropologia seminal militarizada que rechace o racismo impuro dos ególatras. Através da juspedagogia é possível lançar uma didática legalista de empatia a ser assimilada por crianças e adolescentes, que, em idades adultas, poderão tornar-se seres mais cooperativos, afastados de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outros meios de discriminação, sobretudo da exclusão supremacista, por razão econômico-financeira. De modo igual, além da “democratização na distribuição de bens e das riquezas” (BRANCO, 2022), sob critérios de equanimidade e de meritocracia, sem o descalabro dos sistemas atuais, um choque normativo altruístico poderá mitigar, solver ou atenuar os problemas da humanidade, diluindo os malefícios dos demagogos e dos artífices dos materialismos, os egoístas que recusam a justiça. À Jurisciência cabe mediar esse desafio e o dilema, para que haja líderes, povos e gerações mais éticos e generosos.

Entrementes, ainda nesse século, vê-se estupefato que há as inversões de valores e que os nós górdios de assuntos fulcrais à sociedade são desviados, graças a manejos, ou manipulações do poder da comunicação, como, no caso, do processo de cassação em vias de andamento de um deputado estadual de São Paulo, por tecer uns comentários sexistas contra as mulheres ucranianas. Na hipótese se vê que a censura ética e funcional, exposta contra o Sr. Arthur Do Val, não é devido ao seu preconceito contra pessoas pobres, e sim, reles e simplesmente porque suas opiniões foram “machistas” contra o sexo feminino. Eis uma pequena amostra de quanto o público e o senso comum distam dessas análises, mais percucientes sobre um assunto desta



grandeza. O que devia estar em jogo era o exercício macabro de uma aporofobia vazada por áudio de um representante popular que se nutre, regamente, das vantagens de ser um mandatário muito bem pago. Outros pontos deixam em evidência o disparate de enfoques irrelevantes que se reserva a temas tupinuquins, como a concordância tácita, expressa e ilegal, com um sistema que abriga 600 mil cargos em comissão, no serviço público, ocupados por particulares, sem qualquer tipo concursal. Os familiares e apadrinhados das castas, afinadas com o poder, preenchem, pois, todas as cadeiras, que, a rigor, deviam ser completadas através de seleções de desempenho, e não à base de opções facultativas espúrias, que loteiam e ora feudalizam a *res pública*.

Nessa mesma toada, de contribuição ao painel de mistanásia social, os Fundos de Financiamento de Campanhas e de Partidos Eleitorais configuraram o absurdo assalto das democracias caça-níqueis que capturam e monopolizam o clientelismo fisiológico. Donos das ideologias e caciques econômicos revezam-se no poder, transmissível por sucessões hereditárias, que transforma as arcas do Estado em um “pix” para seus enriquecimentos.

De outro giro, o exercício dos direitos dos cidadãos espoliados não está no lugar central das ciências humanistas plurais e fraterna. Ao defenestrar a segurança alimentar e a justiça à população, o Direito se acovarda, diminui-se e torna-se oco por não punir pela via das responsabilizações, os racismos econômicos. No caso do Brasil, esse *apartheid* atinge mais da metade da população negra e parda. Coincidência, ou não, 75,2% entre os mais pobres são de pele escura, que são as maiores vítimas dos substratos dos processos de acumulação de bens e riquezas. No legado colonial, 2/3 estão desocupados (64,2%) e a faixa dos subutilizados é alta (66,1%), segundo pesquisas. Apesar da obrigatoriedade dos estudos da História dos Afrodescendentes e dos Índigenas, capitulada pela Lei 9.394/96, que, a propósito, inovou com a introdução da “Educação Financeira”, no ensino infantil e fundamental, prevista na Base Nacional Comum Curricular (BNCC), a medida peca pelo detalhe de que no nosso país a imensa maioria do alunado é de família modesta e que vai crescer às margens dos processos de melhoria de real inclusão econômica e social, sendo, a ideia em tela uma ação típica da compreensão insensível das inópias governamentais.

De outro prumo, nenhuma atenção recebeu a tese do projeto pedagógico-cultural de democratização financeira, destinada a alunos do ensino básico e à



aprendizagem dos menores, com vistas ao desenvolvimento de uma consciência maior de partilhas coletivas sem que isso implique socialização de bens materiais, nem comunismos (BRANCO, 2020). Emerge inarredável que urge amparar os erros históricos, via uma Juspedagogia, que não filtre, a rigor, a evnnergadura moral, intelectual e espiritual de seres aptos a terminar e/ou que se reduza o nível de tendências materialistas. Aqui, Branco e Branco (2020) expõem ao público infanto-juvenil preocupações sérias e fazem algumas aquilatadas advertências docentes, para esposar que haja esforços mundiais para educar a humanidade, contra um sistema político-econômico perverso, atávico, discriminatório e excludente, que frustra plenitudes pessoais, devido à ação dos vírus dos egoísmos, da indiferença e da ganância, que aniquilam a dignidade e tudo aquilo que agrega à convergência dos direitos humanos e, nesse feixe de raciocínio, clamam que as pessoas vivam de forma mais descomplicada:

“ (...) Para verberar os cinismos e a hipocrisia de governantes e da elite, que refutam a lógica da solidariedade, **a Pedagogia infanto-juvenil precisa ser repensada urgente para que as futuras gerações, ao ascenderem ao poder, não se tornem sujeitos frios e apáticos.** Para tanto, há de haver um corte epistemológico nos programas e no conteúdo de ensino destinado aos menores; um choque real nas “permissões” e nos excessos dos individualismos que engendram, na sociedade atual, as guerras e os conflitos. **Ensinar que ter sucesso não é acumular riquezas, e sim conviver com as partilhas,** e não os maléficos efeitos dos acúmulos de bens econômicos, nas mãos de poucos. **Educar é tornar a vida uma equação da inteligência do bem.** (...)” (grifamos)

Nesse contexto, o pensamento dos autores busca a realização intergeracional. A sugestão é abalar as relações, entre governantes e governados, burgueses e operários, educadores e educandos, contra os atrasos dos servilismos e das iniquidades. O primado são os saberes jurídicos, que atinjam todas as classes: das fileiras da rede pública às bases das escolas privadas para que se possam formar cidadãos mais maduros e mais receptivos às pessoas e às queixas dos grupos mais sacrificados. Sem tanta concentração de renda, o bem-estar comum pode ser democratizado, sob o pálio de um novo Estado-social, que se replique, com seus paradigmas, no aparato geopolítico mundial; que tutele a criação dos trabalhos, como injeção obrigatória dos governos (Holanda); com direitos aos empregos e a taxas de juros negativa (Japão), para pulsionar os trabalhos e evitar o desmonte familiar e das economias de Estados, sobretudo dos periféricos, como os da América Latina; hoje, padecendo das consequências funestas dos laboricídios; que, aliás, deviam integrar parte



dos delitos pertinentes de julgamento supraestatal afetos ao Tribunal Penal Internacional, ao lado das violações e práticas de ilícitos de gravidade, no raio externo: os genocídios, os delitos de guerra, contra a humanidade e os de agressão. Assim, além dos compromissos com o Estatuto de Roma, para impedir a necropolítica, com um estágio já legitimado, em algumas nações, segundo Mbembe (2020), ante o direito de matar (*droit de glaive*) e o de colocar outras pessoas à morte, nunca é exagerado trazer à tona os ideais que se inspiram das leis de aplicação obrigatória da empatia de Bentham (1789) e de Branco, que defende a reengenharia comportamental estatal e a reprogramação de sujeitos, para serem, viver, saber e aprender, a ter [amor](#), [honra](#), [integridade](#), benignidade, [lealdade](#) e a servirem-se; e que todos tenham um projeto existencial de presente e de futuro melhor. Daí que, para minorar as faltas gerais de caráter, Branco (2021) reza as sugestões, até com escólios religiosos, para que a empatia e a justiça econômica infiltrem-se, não só como crenças e memórias, e sim como profissões de fé no bojo da “revolução atitudinal neohumanista”.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este ensaio visou analisar as demagogias que compõem as democracias atuais, no mundo, sobretudo por promoverem o *apartheid* econômico-financeiro, das pessoas e de povos segregados, através de regimes superopostos por vontades primatas e que ganham corpo, na nova ordem mundial, e que por isso merecem ser rechaçadas. Na percepção de um supremacismo econômico e sob um jugo, que impõe uma inferioridade primitiva aos concidadãos contemporâneos, esses ufanismos materialistas e consumistas desconhecem limites legais. Há fortunas improdutivas que nada servem ao planeta. Na América Latina, a arquitetura na distribuição e fruição de bens e riquezas é voluntariamente tosca e conta com a permissão do Direito para instauração do “racismo econômico”, que, para Branco (2022), é um problema geopolítico histórico e geral, que não se ataca, de forma direta e efetiva, pelos meios retóricos ou por imposições que não pelas legais, estatais e oficiais.

O fenômeno é responsável pela subnutrição corporal e espiritual de sujeitos que, no plano concreto, consagra o Direito das Elites que naturalizou a miséria, ao passo que a noticiário, a mídia, redes sociais e influenciadores digitais minimizam o problema,



pois se endereçam a explorar outras questões secundárias junto com governos complacentes aos desmandos que monopolizam os debates sobre tudo, menos sobre a pior das corrupções: a negação da democracia financeira e a servidão hodierna global. Já no Brasil, a situação atinge níveis dramáticos face à posição de desigualdade social. Os índices de desemprego e de desalentados têm números alarmantes que estão a evidenciar a desconexão entre as finanças reais, as crises e as oscilações dos mercados e das bolsas de valores que enricam, cada vez mais, apenas os grupos minoritários, no globo. Cravado o problema dos carentes e do “mínimo existencial”, as democracias atendem mais aos baronatos que se inflam de benesses, enquanto que não há uma repartição mais equânime dos bens e das riquezas. A ONU, via a FAO, órgão de atuação pálida, curva-se a empréstimos do FMI e do BANCO MUNDIAL, e não toca nos ativos das *off-shores*, de modo que os direitos humanos, ao não conseguirem criar cotas econômicas, são só palavras para as execuções de um terrorismo, que gera escravidão, discriminações e alienações. As aporofobias e as mistanásias, cujas concausas repousam nas injustiças, que deterioram o bem-estar e a qualidade de vida de todos, são fumaças que militam contra a sobrevivência de uma maioria, despida de armas e de condições para superar as mazelas e dores das assimetrias econômico-financeiras.

Um ponto nodal é a constatação de que essas iniquidades não demandam punição alguma nas Ciências Jurídicas. Fabricando e tolerando as razões egoístas individualistas, seja via ações ou omissões, nos países periféricos, as narrativas sobre direitos humanos é nula, diante da exclusão denunciada. Daí a crítica de Branco (2022), para que os enfoques de gênero, raça, fobias e os sexismos cedam e haja educação e leis impositivas em favor da equalização de um quadro favorável econômico às classes paupérrimas, pois os apelos civilizatórios não dispensam a coerência e a integridade dos valores da fraternidade, estes, porém, esquecidos ou relegados pelos juristocratas e pornopolíticos neoprimatas.

Liberdades econômicas não se confundem com libertinagens de lucros e ganhos que criam massas de famintos e de desempregados fadados às distópias, a quem falta tudo, enquanto espertalhões monopolizam o poder financeiro, sem produzir empregos e labores, com a sorte de “macacos” que salvam só a si e à sobrevivência de seus grupelhos.



Nesse teatro do neoprimitismo, as ações de ódio incluem as aporofobias, ostensivas e/ou veladas, que desembocam em mistanásias sociais, estando os ricos imunes a modelos de sanções, regressivas ou agressivas, que lhes forcem a mudar seus *stablishments*. Contra o estado de coisas esmolistas, BRANCO (2015/2022) sugere reações, ponderações éticas e legais, para que a política de segurança alimentar e existencial biolaboralista substitua a concentração anômala de dinheiro no planeta. Assim, alguns programas de transferência de renda, que não propiciam a independência ativa de pessoas, que deviam trabalhar por troca monetária, socorreriam a regularização material de pessoas vulneráveis. O uso dos meios de depauperação estatal e de acertos privados elitistas, com danos ao erário, como proposto no Brasil, sem outras medidas de índole tributária, não reordenaria o sistema. Urege o fim de lacunas de leis que conferem um trato benevolente a credores bancários e aos ricos usurários. Já o STF brasileiro deu um alívio ao proteger os mais fracos no julgado do MI 7.300/DF, e garantiu a Renda Básica da Cidadania, sob a égide da Lei 10.835/2004. Essa postura, de alteridade jurídica valorosa e real, golpeou os egocentralistas, embora é cediço que a cúpula do Estado sempre mire os seus benefícios oligárquicos. Os jurismos, então, são cobertos de ambivalências, contradições e das inconsistências das demagogias coloniais que regem o país, há séculos, que não extinguiu os predadores, imperialistas ou republicanos, que, narcisistas, refutam o bem-estar físico, mental, individual e social geral. Ao fim, os choques jurídicos contra os sentidos comuns, os laboricídios e a necropolítica.

O exame minucioso de todos esses assuntos pôs em relevo a formação jurídica e política de uma antropologia seminal que é viável às luzes da juspedagogia, ou seja, que é possível fomentar uma didática de legalidade e de empatia virtuosa voltada aos menores, para que crianças e adolescentes, uma vez adultos, conscientizem-se que têm de ser mais cooperativos e não preconceituosos, e sim agentes econômico-financeiros inclusivos para calibrar a equação das democracias equânimes e de uma meritocracia nobre, sobre a qual se deve erguer gerações mais solidárias, justas e pacíficas, à base de altruísmos realistas.

Destarte, as inversões de axiomas que se anotam dos manejos e manipulações dos “donos do poder”, da comunicação ou da biopolítica, são tantas que há um desconcerto e uma desconversação de temas importantes, que não são exterminados do Brasil, como os milhares de cargos em comissão preenchidos por castas de familiares



e apadrinhados que deles se servem para aumentar as fortunas privadas, às custas da Administração Pública. Os Fundos de Financiamento de Campanhas e de Partidos Eleitorais, também, provam só que o regime das capitânicas hereditárias sofisticaram o processo de enriquecimento dos mesmos suseranos, em detrimento dos marginalizados, cuja cidadania econômica se tem por subtraída, sob a ode de um Direito “seletivo”, impuro e, financeiramente, mui racista. Entre as maiores vítimas dos substratos, da acumulação concêntrica de bens e riquezas, os dados informam que os mais prejudicados são a população negra e parda. É provável que essa cena estende-se para os *criollos* da América Latina, que possui um cinturão de pobreza, lamentavelmente, vinculado às pessoas de pele escura. Com estas associações, que não significam entoar racismos étnicos, convém realçar que de nada adianta estudar a História dos Afrodescendentes e dos Índigenas, criar cotas de cor, intuir uma “Educação Financeira”, na Base Nacional Comum Curricular (BNCC), se os cálculos refletem que esse pessoal se acha desocupado e é subutilizado. Ora, as masmorras governamentais não podem excluir outras pessoas minadas. O anacronismo de providências, estragadas pelos vírus dos egoísmos, faz sucumbir uma convivência não democrática de parcela de gentes que explodem contra quem teve melhores chances de ascensão socioeconômica. De toda forma, para frear os malefícios ou as incompletudes das políticas públicas, o reinício passa por uma revolução filosófica que aplique, no ensino da Pedagogia infanto-juvenil, a lição de que ter sucesso não é acumular riquezas, e sim oportunizar as partilhas; e não aceitar que a vida seja alienada, senão um inteligência dedicada às obras da benignidade. E estes aprendizados devem reter-se desde a terna infância e se exige até às idades maduras.

Por fim, realçou-se o papel dos saberes jurídicos, em favor dos mais sacrificados. A democratização do bem-estar comum, que tem motor em premissas axiais de áreas afins, nos ideários do Direito e da Economia, possui exemplos nas experiências de alguns outros países que se governam por ordenamentos mais pujantes e generosos e com os alicerces organizativos e estruturais das ofertas de trabalho e na gestão das respectivas finanças. Com efeito, diante dos perigos da necropolítica e de outros fatores, internos e externos, que amaeçam a humanidade, como as calamidades climáticas, as guerras, as doenças e outros quadros, que expõem as pessoas à morte, ou a infortúnios, as teses de Bentham e de Branco sobre os deveres de empatia ensejam uma reengenharia



atitudinal do Estado e a reprogramação de comportamento dos sujeitos que precisam resgatar as características principais de um projeto existencial, destinado à autorrealização, e, também, de amor ao próximo. Para tal mister, todas as atividades vocacionadas ao bem de si e ao de outrem, de fato, começam com a justiça econômica. O marco da evolução atitudinal humanista, ao nosso sentir, não prescinde, outrossim, da reconstrução dos núcleos familiares de um país, e, no caso dos periféricos, os laboricídios, o assassinato, o desmantelamento das vagas de trabalho, ou a precarização excessiva dos empregos, já deveriam ser objetos de criminalização, nacional e internacional, para limitação das “frouxidões” das democracias atuais que, patrocinando um *apartheid* neoprimata, fazem apenas poucos prosperarem.

Neste mosaico de antagonismos, um biocapitalismo, e não o neoliberalismo, pode alavancar mudanças: direitos, deveres e ética humanocêntrica para os negócios jurídicos e as relações globais, saindo do terreno das promessas escritas e virtuais, para que as leis da empatia econômico-financeira se tornem imperativas. A edificação de sistemas, cujas práticas jurídicas, econômicas e financeiras busquem acabar com as injustas distribuições de rendas, através de uma política de pleno emprego e de benefícios que agreguem todas as classes produtivas, em níveis local, regional, nacional e internacional, poderia aquietar um novo marco civilizatório. Dessa feita, com a janela de modelos terroristas egoísticos e que consentem o capital ocioso, as fortunas improdutivas e o neoprimatismo, sem recriar trocas valorosas interindividuais, a Jurisciência, que admite a avareza e os narcisismos em exagero, capenga e pena, sem cumprir as suas funções da justiça ultrassocial, e, por isso, o globalitarismo neocolonialista dos mais ricos e poderosos continua alheio ao significado de plenitude existencial e dos direitos envoltos aos seres humanos. A pior guerra, ainda hoje, é a material e a espiritual: a pobreza da antropologia universal dos autocentrismos.

REFERÊNCIAS

- Bentham, Jeremy. *Introductions to the principles of Morals and Legislation*. Ed. J. H. Burns. H. L. A. Hart, London, 1789.
- Branco, Rilke Rithcliff Pierre. *As responsabilidades existenciais para um neocapitalismo e o revisionismo científico do Estado biolaboral da felicidade*. Jornada sobre



Responsabilidade Civil - Revista Âmbito Jurídico 155 - ISSN 15180360 - novembro/2016.

_____. **La crisis científica y humanista del derecho ambiental: correlaciones y consecuencias hasta el derecho biolaboral.** Seminário de Direito Ambiental - Revista Âmbito Jurídico 158 - ISSN 15180360 - março/2017.

_____. **Projeto pedagógico-cultural de democratização financeira.** Revista Científica Núcleo do Conhecimento. Multidisciplinary Scientific Journal. ISSN 2448-0959, Ed. 11, Vol. 02, pp. 93-106, novembro/2020.

_____, **Ultrarreligião e Decência Transexistencial: pedagogia teológica e didática teleológica.** (ISBN 978-65-00-18753-3), Ed. do Autor. Recife/PE, 2021.

_____, **"Racismo econômico": exclusões, aporofobias, mistanásia e ocloracias.** Revista Âmbito Jurídico 219 - ISSN 15180360, abril/2022.

Branco, Rilke Rithcliff Pierre; BRANCO, Yúri Argay. **Juspedagogia & Educação Básica: luzes para docentes e empatia para menores.** Autoria c/ Yúri Argay Branco (ISBN 978-65-00-02793-8), Ed. Livro Rápido. Recife/PE, 2020.

Del Pércio, Enrique. **Ineludible Fraternidad. Conflicto, poder y deseo.** Buenos Aires, ICCUS, 2014.

Dowbor, Ladislau. **A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

Mbembe, Achille. **Necropolítica.** Tradução de Renata Santini. Revista Arte e Ensaio. Rio de Janeiro, n. 32, p. 122-151, 2016.

Oxfam. **Nota metodológica para el informe de la Oxfam de 2017.** Em. https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/economia_para_99-nota_metodologica.pdf. Acesso em 13 de abril de 2022.

Seitenfus, Ricardo A. S. **Manual das organizações internacionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Scholler, Heinrich. **"Die Störung des Urlaubsgenusses eines 'empfindsamen Menschen' durch einen Behinderten",** En: Juristenzeitung, 1980.

Zacher, Hans-Friedrich. **"De las solas y Staatsziel",** in: Isensee-Kirchhof (Org). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. I, Heidelberg, CF Muller, 1987.

Zucman, Gabriel. **The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens.** ISBN 978-0226245423, University Of Chicago Press. 2015.



A (IN) EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DO INQUÉRITO CIVIL COMO FATOR DE CELERIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSUMERISTAS

THE (IN) EFFECTIVENESS OF THE EXTRAJUDICIAL PERFORMANCE OF THE PROSECUTION OFFICE IN CONSUMER DEFENSE: AN ANALYSIS OF THE CIVIL SURVEY AS A FACTOR OF SPEED IN THE RESOLUTION OF CONSUMER CONFLICTS

DOI: 10.51859/AMPLLA.EDL2318-4

Cláudia Marília França Lima ¹
Maria Luiza Vargas Rocha ²

¹ Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Civil pela Universidade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta – Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta/RS, Brasil.

² Mestranda em práticas socioculturais e desenvolvimento social Unicruz, bolsista da CAPES- taxa. Pós-graduanda em Direito dos Animais Universidade de Lisboa, pós-graduanda em Direito do Trabalho pela Universidade Dom Alberto, pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Legale e pós-graduanda em Planejamento Previdenciário pela Faculdade Legale. Bolsista do projeto PAPCT/UNICRUZ “Mata ciliar, desenvolvimento sustentável e biodiversidade: o potencial ambiental do rio Ijuizinho”

RESUMO

Diante da morosidade da esfera judicial em solucionar controvérsias e, no presente caso, dar uma resposta célere para as questões que envolvem os problemas envolvendo as relações consumeristas coletivas, inicia-se a necessidade de exaltar os instrumentos extrajudiciais para a defesa do consumidor. Sendo assim, sentiu-se a necessidade de fazer uma análise acerca da atuação extrajudicial do Ministério Público, por meio do Inquérito Civil na proteção dos direitos do consumidor. A elaboração deste Artigo Científico, dessa forma, desenvolve-se a partir do método qualitativo, com método de pesquisa dedutivo e método de procedimento bibliográfico. Assim, a pesquisa apresenta um estudo sobre o conceito, as características e a instrução do Inquérito Civil, bem como a atuação do Ministério Público, por meio do referido instrumento na proteção do consumidor nas relações consumeristas. Portanto, como resultado deste trabalho foi possível identificar que o Órgão Ministerial possui um aparato forte para uma atuação extrajudicial eficaz em prol da proteção dos direitos do consumidor, defendendo a parte hipossuficiente da relação consumerista.

Palavras-chave: Ministério Público. Direito do consumidor. Inquérito Civil.

ABSTRACT

In view of the slowness of the judicial sphere in resolving disputes and, in the present case, giving a quick answer to the questions that involve the problems involving collective consumerist relations, the need to exalt the extrajudicial instruments for the defense of the consumer begins. Therefore, it was felt the need to make an analysis about the extrajudicial performance of the Public Ministry, through the Civil Inquiry in the protection of consumer rights. The elaboration of this Scientific Article, in this way, is developed from the qualitative method, with a deductive research method and a bibliographic procedure method. Thus, the research presents a study on the concept, characteristics and instruction of the Civil Inquiry, as well as the performance of the Public Ministry, through the aforementioned instrument in consumer protection in consumer relations. Therefore, as a result of this work, it was possible to identify that the Ministerial Body has a strong apparatus for an effective extrajudicial action in favor of the protection of consumer rights, defending the under-sufficient part of the consumerist relationship.

Keywords: Public ministry. Consumer law. Civil Inquiry.



1. INTRODUÇÃO

A morosidade na resolução dos litígios é apontada como um dos maiores problemas da justiça brasileira. Isso ocorre porque a Constituição Federal de 1988, ao garantir o pleno acesso à justiça e ampliar consideravelmente o rol de direitos inerentes aos cidadãos brasileiros, também abriu precedente para a busca em doses excessivas ao Judiciário, gerando um aumento significativo na quantidade de processos e, conseqüentemente, levando a uma taxa elevada de congestionamento e lentidão na solução das demandas intentadas.

As ações judiciais que envolvem direitos coletivos do consumidor também sofrem com a lentidão do poder judiciário. Muitas demandas são intentadas para garantir a efetividade dos direitos do consumidor nas relações consumeristas. Todavia, a justiça brasileira, muitas vezes, impede que haja uma solução para o problema de forma célere, o que contribui para que o zelo ao consumidor se perca.

Nasce, assim, a necessidade de se discutir acerca de meios de proteção ao consumidor mais céleres que o ajuizamento de ações no Judiciário. Debater a tutela das relações consumeristas perpassa, necessariamente, pelo estudo do Inquérito Civil, instrumento jurídico extrajudicial mais utilizado pelo Ministério Público. A existência deste instrumento contribui para uma solução mais rápida dos problemas que envolvem os direitos coletivos dos consumidores. Nessa acepção, o Promotor de Justiça pode, na esfera extrajudicial, valer-se de tal instrumento, de forma a corresponder com uma atuação resolutiva no que tange a proteção e efetivação dos direitos coletivos do consumidor, criando uma dinâmica de maior efetividade, utilizando o instituto extraprocessual como verdadeiro fator de tutela.

Perante esse contexto, a pesquisa possui a seguinte problemática: a atuação extrajudicial do Promotor de Justiça possibilita que haja a apuração dos danos aos direitos coletivos do consumidor, buscando uma solução efetiva para cada caso? E, ainda, o Ministério Público, por meio da instauração do Inquérito Civil, como instrumento eficaz na proteção e defesa do consumidor, age como um fator de tutela nas relações consumeristas?

Acerca do instrumento extraprocessual disposto ao Ministério Público, verifica-se que o Inquérito Civil é um procedimento investigatório de natureza inquisitorial que



se destina a coletar provas e elementos de convicção que possam viabilizar a reparação dos danos ao consumidor. O Promotor de Justiça pode, de forma extrajudicial, requisitar para os órgãos oficiais a realização de ações conjuntas, assim como ao próprio investigado no procedimento, de forma a possibilitar a compensação ou reparação dos danos. Com esse apetrecho, verifica-se que o órgão ministerial resolve os passivos consumeristas nas comarcas em que atua e responsabiliza o agente causador do dano, evitando a tutela jurisdicional e sua morosidade.

Com relação à estrutura da pesquisa, inicialmente, será apresentado o conceito de Inquérito Civil, suas características e a instrução do instituto. Após, abordar-se-á a legitimidade dada ao Ministério Público para a atuação na proteção aos direitos coletivos do consumidor. Dominados os conceitos supramencionados, será realizada uma reflexão da atuação extrajudicial do Ministério Público frente a tutela dos direitos coletivos do consumidor, por meio do uso do Inquérito Civil.

Ressalta-se que a presente pesquisa caracteriza-se como uma pesquisa qualitativo bibliográfica. A pesquisa é qualitativa porque tem a intenção de abordar a problemática, a partir da interpretação de fenômenos que dela derivam, buscando atribuir significado para eles considerando que “há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números.” (FREITAS; PRODANOV, 2013). E é bibliográfica, ao ponto que o procedimento se dará pela análise de textos já publicados, tais como livros, artigos científicos, doutrinas, legislação infraconstitucional e constitucional.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

2.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO CIVIL

Neste tópico há uma abordagem sobre as características fundamentais que permeiam o Inquérito Civil, bem como a conceituação deste instrumento, de forma a possibilitar uma atuação justa e célere na defesa do consumidor.

Inquérito Civil é o procedimento administrativo à semelhança do inquérito penal, com a finalidade investigativa e extraprocessual, sob a presidência do Órgão do Ministério Público, destinada a colher o conjunto probatório para a instrução da Ação



Civil Pública ou para assinatura de termo de Ajustamento de Conduta. Ou seja, o instrumento tem natureza unilateral e é instaurado para apurar fato que possa atingir a tutela de interesses ou direitos a cargo do Ministério Público (SIRVINSKAS, 2019).

Logo, trata-se de um procedimento administrativo e não processo, posto que não está sujeito ao princípio constitucional do contraditório e não se destina à aplicação de sanção. O Inquérito Civil é uma função institucional do Ministério Público, que o preside. Ressalte-se que o Ministério Público é o único dos legitimados à Ação Civil Pública, que conta com esse instrumento, o qual poderá culminar em ajuizamento da ação ou assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta (AYALA; LEITE, 2020).

É de se observar que o Inquérito Civil é um instrumento extrajudicial que possui uma tramitação mais rápida se comparado aos demais institutos dispostos em nosso ordenamento. Isso ocorre devido às suas características, das quais Macedo (2014,p.2) elenca três principais:

[...] Facultatividade e dispensabilidade: O membro do Ministério Público deliberará, dentro dos seus próprios critérios de conveniência e oportunidade, sobre a necessidade da instauração do inquérito civil, pois este é dispensável para a propositura de uma ação civil pública; Formalidade estrita: As normas que disciplinam a sua instauração e tramitação têm apenas um caráter administrativo, de organização interna da própria instituição do Ministério Público. A forma como se dará a colheita dos documentos e informações não oferece decorrências em relação à validade de ação civil pública ajuizada com base no inquérito, podendo, se muito, invalidar a força probante do elemento de convicção em si (como ocorreria em caso de provas obtidas por meios ilícitos); Auto-executoriedade: O representante do Ministério Público que preside o inquérito civil detém a prerrogativa de realizar por si mesmo todas as diligências investigatórias que julgar convenientes, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário ou a qualquer outro órgão público, não precisando de qualquer autorização para a prática destes atos e, muito menos, de ratificação posterior. Para auto-executar os atos investigatórios que consistem no escopo do inquérito civil, o seu presidente é dotado de diversas prerrogativas, como poder de requisição de documentos; poder de determinação da realização de exames e perícias; poder de notificar para comparecimentos e coleta de depoimentos, sob pena de condução coercitiva;

Em suma, o Inquérito Civil pode ser dispensado para a propositura da Ação Civil Pública, da mesma forma como ocorre com o Inquérito Policial para a Ação Penal Pública. Todavia, não pode ser dispensado, para a afirmação do Termo de Ajustamento de Conduta. O instrumento é formal e escrito e é autoexecutório, ou seja, o Promotor de Justiça tem liberdade para requisitar diligências, realizar audiências, postular oitivas,



documentos de repartições públicas sem a necessidade de autorização judicial para tanto.

Dessa forma, verifica-se que o Inquérito Civil é um procedimento administrativo de natureza inquisitiva, presidido pelo Ministério público que, diferentemente dos demais procedimentos extraprocessuais existentes no ordenamento jurídico, possui características que possibilitam uma tramitação mais célere. Assim, todas as características do Inquérito Civil permitem que o Promotor de Justiça instaure e instrua o procedimento de forma rápida, justa e eficaz.

2.2. INSTRUÇÃO E CONCLUSÃO DO INQUÉRITO CIVIL

De forma a entender o funcionamento do Inquérito Civil presidido pelo Ministério Público, neste tópico será abordado o modo como ocorre a instrução do instrumento extraprocessual, demonstrando as três fases integrantes do instrumento, quais sejam, a instauração, a instrução e coleta de evidências e, por fim, a conclusão, ou seja, os resultados do procedimento.

Sobre a sua tramitação, embora não existam regras muito rígidas quanto ao seu desenvolvimento, é possível vislumbrar nitidamente três fases: instauração, instrução e conclusão. Assim, em um primeiro momento, o Promotor de Justiça, entendendo ser imprescindível a instauração do Inquérito Civil para a apuração das peças de informação que chegam a seu conhecimento, deve instaurar a portaria, na qual se alinhavam os considerados que demonstram a motivação da invocação do instrumento. Acerca da instauração, elucida Mazilli (2000, p.69):

[...] Na primeira fase, a instauração ocorre quando o órgão do Ministério Público necessite instruir sobre a existência de lesão ou possibilidade de lesão a um dos interesses cuja defesa na área civil lhe seja cometida pela lei. Nesse sentido, o Promotor de Justiça, ao deparar-se com peças de informação em matéria civil, tem três possibilidades, quais sejam: a) se essas peças já são suficientes para identificar que não houve lesão nem há risco de lesão a um dos interesses cuja tutela lhe seja cometida, prepondera de pronto pelo imediato arquivamento dessas peças, sem a necessidade de instauração do expediente investigatório; b) se essas peças de informação já lhe trazem todos os elementos necessários para identificar que houve uma lesão ou há risco de lesão em matéria em que se justifique sua iniciativa, deve propor de plano a Ação Civil Pública correspondente e; c) se, entretanto, à vista do exame de tais peças de informação o Ministério Público não se encontra em condições de tomar uma das soluções acima e entende ser preciso investigar previamente os fatos para melhor decidir-se por um caminho ou outro, então instaurará o Inquérito Civil.



Posteriormente a sua instauração, o procedimento investigatório deve ser instrumentalizado por meio da autuação do procedimento, com a numeração de páginas, indicação dos interessados e objeto em sua capa, a data da instauração. Inicia-se, desse modo, a segunda fase do procedimento: a instrução, a qual pressupõe, pois, a coleta de quaisquer provas, como oitiva de testemunhas, tomada de declarações dos lesados e dos causadores dos danos, acareações, reconhecimentos, juntada de documentos, realizações de buscas e apreensões, vistorias, exames ou perícias, ou seja, compreende a coleta de tudo que possa servir para esclarecer autoria, materialidade e circunstâncias do ato ilícito (MAZZILI, 2000).

Sobre a instrução, Fernandes (2013) menciona que o Ministério Público possui poder de requisição, o qual poderá ser utilizado para postular cópia de contratos ou modelo de contratos, informações sobre o número de pessoas lesadas pelo dano, perícias de órgãos públicos. Ainda, poderão ser notificadas testemunhas, representantes legais de empresas investigadas, a fim de apurarem os fatos noticiados, sendo que, inclusive, as testemunhas poderão ser compromissadas em dizer a verdade, podendo responder por crime de falso testemunho.

Encerradas as investigações, após terem sido esgotadas as diligências sem que tenha sido comprovada a ocorrência do dano aos direitos do consumidor ou sua autoria, bem como se tenha ocorrido a solução do caso, ocorrerá a promoção de arquivamento, a qual conterá relatório e fundamentação. Nesse sentido, Rodrigues (2019, p.597) elucida que:

[...] Para que se promova o arquivamento do inquérito civil, é necessário que, apenas após esgotadas as diligências, o Parquet exponha fundamentadamente seu convencimento da inexistência de fundamento para a propositura da demanda. Ainda assim, os autos devem ser remetidos ao Conselho Superior do Ministério Público. Este, então, analisará a promoção de arquivamento, de forma que, caso não homologue a promoção, designará outro órgão para o ajuizamento da demanda.

Logo, o Promotor de Justiça não arquivava, mas promove o arquivamento junto ao Conselho Superior do Ministério Público. Fernandes (2013) elucida que poderá ser devolvido para o Promotor que determinou o arquivamento, caso o Conselho tenha constatado a falta de alguma diligência, sendo que não deverá retornar ao mesmo membro do Ministério Público, caso da promoção de arquivamento exsurja, claramente, a falta de interesse do promotor em investigar o responsável pelo ilícito.



Verifica-se, portanto, que a instrução do Inquérito Civil contém três fases, sendo elas, instauração, a instrução com a coleta de provas e subsídios e, por fim, a conclusão que poderá resultar na promoção de arquivamento, contendo relatório dos fatos, com a menção pormenorizada de todos os atos e principais diligências realizadas, especificando os motivos de fato e de direito que levaram a conclusão. Após, não como uma nova fase, mas como um ato final, os autos serão remetidos para o Conselho Superior do Ministério Público para homologação da promoção de arquivamento realizada pelo Promotor de Justiça, sendo, assim, encerradas as apurações acerca do caso apurado.

2.3. ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Com o entendimento dos conceitos jurídicos do instrumento extraprocessual disponível ao Ministério Público, qual seja, o Inquérito Civil, neste tópico será abordada a atuação do órgão ministerial na tutela do direito do consumidor, por meio do procedimento administrativo, de forma a ser um fator de preservação dos direitos coletivos do consumidor.

O Ministério Público, com o advento da Constituição Federal de 1988, ganhou novo formato, zelando pelos interesses da coletividade¹. Rodrigues (2019) ensina que a legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses coletivos não decorre apenas da previsão infraconstitucional, mas do próprio texto Constitucional, que tratou expressamente do tema como sendo verdadeira função institucional do órgão ministerial, tornando-se um dos principais agentes sociais a trabalhar com a problemáticas que envolvem, por exemplo, o meio ambiente e o direito do consumidor. Tudo isso com a utilização de instrumentos extrajudiciais, dentre os quais se destaca o Inquérito Civil.

Em vista do dispositivo constitucional acima mencionado, torna-se evidente que a defesa dos consumidores, uma vez confiada ao Ministério Público, há de se fazer no âmbito coletivo. Nesse sentido, o código do Consumidor, em seu artigo 5º, estabelece

¹ Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;



que o Ministério Público integra a Política Nacional das relações de consumo (BRASIL, 1990):

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público.

Assim, nota-se que o Ministério Público tem legitimidade para atuar na defesa dos interesses difusos e coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, tal possibilidade é prevista em norma constitucional e infraconstitucional. Inclusive, o Código de Defesa do Consumidor permite que o órgão ministerial crie promotorias especializadas com o escopo de tutelar os direitos dos consumidores.

Nota-se que o Ministério Público tutela os direitos do consumidor com a criação de promotorias especializadas e a instrução de procedimentos administrativos, dos quais se destaca o Inquérito Civil. Nesse sentido, Rizzato Nunes (2019, p. 659) explica:

Como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, ao Ministério Público, nos termos do rigor constitucional, compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127), conferindo-lhe o artigo 129, agora acrescido pela dicção do artigo 81, incisos I a III, da Lei n. 8.078, de 1990 (Código do Consumidor), legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Acerca da atuação do Ministério Público na tutela dos direitos do consumidor, por meio da instrução do Inquérito civil, tem-se que o órgão ministerial poderá atuar contra práticas abusivas de instituições financeiras, como por exemplo, o envio de produtos ou serviços sem solicitação do consumidor, as tarifas bancárias indevidas e o crédito consignado. Além disso, trabalha contra reajustes abusivos de planos de saúde, principalmente os que se referem a mudança de faixa etária. Labora combatendo a cobrança indevida de inúmeros serviços públicos essenciais, como telefonia (móvel e imóvel), água, luz, transporte, dentre outras situações que envolvem as relações consumeristas (FERRARESI, 2010).

Para combater lesões aos direitos dos consumidores, nota-se que, primeiramente, o Inquérito Civil será instruído, de forma a possibilitar que o Promotor de Justiça delimite o dano. Com a instrução do procedimento investigatório, o Ministério Público, com a finalidade elucidar os danos causados ao consumidor, pode realizar a oitiva de testemunhas, a elaboração de perícias, a juntada de documentos, designar



audiências extrajudiciais, ou seja, a instrução do procedimento pode ser feita forma livre, de inúmeras formas e frentes de atuação. Em linhas gerais, observa-se que o Promotor de Justiça pode determinar inúmeras diligências durante a fase de instrução do Inquérito Civil para a delimitação do dano causado ao consumidor, não necessitando de autorização judicial, fazendo com que a lesão seja rapidamente identificada. Assim, o Órgão ministerial vai delimitando e se adaptando as situações ocorridas, de forma a determinar suas ações para atingir o melhor modo de atuação frente ao dano causado ao consumidor.

Após, solucionado o passivo, o Inquérito Civil será arquivado. Acerca da conclusão do procedimento investigatório, Luís Paulo Sirvinskas (2019, p. 524) expõe:

Se o Promotor de Justiça, após as diligências, solucionar o dano ocorrido, com a instrução do Inquérito Civil ou se convencer da inexistência de fundamentos para a continuidade do procedimento, deverá elaborar a conclusão dos fatos, com relatório final, indicando o desfecho do Inquérito Civil, fundamentando sua decisão. Após, o Promotor de Justiça remeterá os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para homologação de arquivamento, encerrando-se, assim, o caso apurado.

Dessa forma, verifica-se que com a instrução do Inquérito Civil, há maior independência entre os Promotores de Justiça. A atuação extrajudicial permite que o Ministério Público atue como verdadeiro gestor do conflito consumerista em prol do consumidor. O rol de estratégias de atuação é ampliado e foge de procedimentos burocratizados ao buscar, por exemplo, acordos, parcerias, notificações e audiências extrajudiciais.

Portanto, é certo que a instrução do Inquérito Civil é meio mais eficiente para a proteção dos direitos tutelados pelo Órgão ministerial. Entende-se que a utilização de tal instrumento constitui elemento para que se inicie a racionalização da atividade ministerial, tendo uma maior eficácia na tutela dos direitos do consumidor. Fica evidente, assim, que o procedimento extraprocessual é a solução mais célere e eficaz para os danos consumeristas, se destacando em detrimento de outros em razão de sua múltipla utilização e sua rápida tramitação frente aos institutos existentes até então.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve como objetivo analisar, por meio das práticas dos Promotores de Justiça no âmbito da instrução do Inquérito Civil, o papel desempenhado pelo Ministério Público na tutela dos direitos coletivos do consumidor.

Antes de analisar a atuação extrajudicial do Ministério Público na proteção dos direitos do consumidor, foi necessário discutir acerca do instrumento extrajudicial disposto ao órgão ministerial, qual seja, o Inquérito Civil. Assim, a primeira parte da pesquisa, longe de querer esgotar as questões envolvendo o Inquérito Civil, introduz os conceitos, as características e instrumentalização do instrumento extraprocessual disposto aos Promotores de Justiça.

Firmado o entendimento acerca do Inquérito Civil, a pesquisa buscou adentrar e refletir acerca da legitimidade que o Ministério Público tem para atuar na defesa do direito do consumidor. Por fim, abordou a atuação extrajudicial do órgão ministerial, por meio do Inquérito Civil para a proteção das relações consumeristas.

Assim, foi possível perceber que o Ministério Público, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, teve seu rol de funções ampliadas, recebendo um tratamento diferenciado em relação a tutela jurisdicional dos direitos do consumidor. No ponto, as promotorias de justiça receberam poderes para uma atuação efetiva na proteção do consumidor, por meio da instauração e instrução do Inquérito Civil.

Nesse cenário, o Inquérito Civil aparece como instrumento extrajurídico utilizado em um primeiro contato com o dano ao consumidor, por meio do qual há o início das investigações, delimitações e a apuração do responsável pelo passivo. O instrumento permite que o Promotor de Justiça atue de forma subsidiária ao judiciário, com a realização de audiência, a emissão de relatórios, expedição de recomendações, se tornando um grande instrumento para a solução do conflito, principalmente pela possibilidade de diálogo aberto entre as partes, podendo haver apontamentos acerca das dificuldades existentes para reparação/compensação do dano causado, bem como apontamento sobre qual o melhor caminho para se encontrar uma solução.

Desta forma, o Ministério Público possui um forte aparato extrajudicial para uma atuação efetiva em prol da proteção dos direitos coletivos do consumidor. O Inquérito Civil assume um papel de grande instrumento do órgão ministerial, não apenas para



embasar futuras Ações Cíveis Públicas, por meio da coleta de dados, mas como instrumento extrajudicial melhor utilizado na tentativa de resolução de danos, porquanto o Promotor de Justiça tem a prerrogativa de dialogar diretamente com as partes envolvidas, de forma a solucionar o passivo ocorrido de modo célere, sem a interferência do Judiciário.

Assim, as estratégias dos promotores para a solução dos conflitos ocorridos, perpassam, necessariamente, pela tentativa de resolução extrajudicial, ampliando a celeridade e afastando a burocratização causada na esfera judicial.

Conclui-se, portanto, que a hipótese levantada nesta pesquisa foi confirmada em sua integralidade. Isso porque o Inquérito Civil é um instrumento disposto ao Ministério Público que consegue antecipar a resolução dos problemas de uma forma muito mais célere e eficaz do que se fosse ao juízo, considerado as complicações/burocracias e a demora dos mecanismos jurídicos que fazem a solução judicial definitiva chegar anos mais tarde.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan. Direito do consumidor. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2018.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 29 abr. 2022.
- FERRARESI, Eurico. Inquérito Civil .Rio de Janeiro: Editora Florense, 2010.
- FERNANDES, Guilherme Neto. Inquérito Civil e Ação Civil Pública. São Paulo: Atlas S.A, 2013.
- FREITAS, Ernani Cesar; PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do Trabalho científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Universidade Fevale, 2013.
- LAKATOS, Maria Eva; MARCONI, Maria de Andrade. Fundamentos da Metodologia Científica. 8. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2019.



MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. Inquérito Civil: aspectos práticos e sua regulamentação normativa federal e no âmbito do Estado de Minas Gerais. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 2004. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/314/inquerito%20civil_Macedo.pdf?sequence=1. Acesso em 9 mai. 2022.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Rizzato, Nunes. Curso de direito do consumidor. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS COMO ENFRENTAMENTO DA DISCRIMINAÇÃO DAS MULHERES NEGRAS NO MERCADO DE TRABALHO

PUBLIC POLICIES AND AFFIRMATIVE ACTIONS TO FIGHT THE DISCRIMINATION OF BLACK WOMEN IN THE LABOR MARKET

DOI: 10.51859/AMPLLA.EDL2318-5

Cláudia Marília França Lima ¹

Maria Luiza Vargas Rocha ²

¹ Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Civil pela Universidade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta – Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta/RS, Brasil.

² Mestranda em práticas socioculturais e desenvolvimento social Unicruz, bolsista da CAPES- taxa. Pós-graduada em Direito dos Animais Universidade de Lisboa, pós-graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Dom Alberto, pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Legale e pós-graduada em Planejamento Previdenciário pela Faculdade Legale. Bolsista do projeto PAPCT/UNICRUZ “Mata ciliar, desenvolvimento sustentável e biodiversidade: o potencial ambiental do rio Ijuizinho”.

RESUMO

Diante da dificuldade enfrentada pela mulher negra em ascender profissionalmente no Brasil, inicia-se a necessidade de se debater acerca dos motivos pelos quais tal situação ocorre e quais medidas podem ser adotadas para modificar a situação. Sendo assim, sentiu-se a demanda em fazer uma análise acerca do racismo institucional e o machismo presentes em nossa sociedade, assim como a criação de políticas públicas e ações afirmativas como instrumentos de auxílio às mulheres negras. A elaboração deste Artigo Científico, dessa forma, desenvolve-se a partir do método qualitativo, com método de pesquisa dedutivo e método de procedimento bibliográfico. Assim, a pesquisa apresenta um estudo sobre o histórico que envolve a falta de acesso da mulher negra ao mercado de trabalho e a necessidade da criação de políticas públicas para combater as desigualdades raciais e de gênero. Portanto, como resultado deste trabalho foi possível identificar que o racismo e o machismo criaram estereótipos que devem ser anulados do pensamento e da realidade da sociedade, por meio de ações afirmativas que os ressignifiquem. Além disso, observou-se que é necessário que o Estado promova políticas públicas que incentivem a inserção das mulheres negras no mercado de trabalho, a fim de proporcionar o acesso a empregos que assegurem a dignidade humana e as remunerem adequadamente.

Palavras-chave: Mulheres Negras. Políticas Públicas. Ações Afirmativas. Mercado de Trabalho.

ABSTRACT

Faced with the difficulty faced by black women on the rise professionally in Brazil, the need for professional measures begins in debating which situations occur and which can be adopted to change a situation. Therefore, society felt the need to make an analysis of institutional racism and machismo present in our women, as well as the creation of public policies and actions as instruments to help black women. From the project of this Scientific Article, in this way, a qualitative research method is developed, with a deductive method and a bibliographic procedure method. Thus, the research presents a study on the history that involves the lack of access of black women to the labor market and the need to create public policies to combat racial and gender inequalities. Therefore, as a result of this work, it was possible to identify that racism and machismo created stereotypes that must be annulled from the thought and reality of society, through affirmative actions that give new meaning to them. In addition, it was observed that it is necessary for the State to promote the insertion of women in the labor market, in order to provide jobs that ensure that blacks have access to human resources and as remuneration policies.

Keywords: Black Women. Public policy. Affirmative Actions. Job market.



1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que concentra um alto percentual de mulheres negras fora do continente africano. Contudo, esta proporção não é verificada no mesmo ritmo no mercado de trabalho. O que se nota é que, no mercado de trabalho, há uma discriminação da trabalhadora negra, fato que acarrega no acesso desigual aos empregos, posições inferiores, diferenças salariais e atividades desenvolvidas mais precárias.

A dificuldade de ascensão social da mulher negra está pautada nas relações de gênero e de raça que caracterizam a realidade vivenciada pelas minorias no Brasil e no mundo. As desigualdades de raça e gênero são fruto de um amplo e complexo sistema de repetição de iniquidades e gradações sociais.

Desde o colonialismo as mulheres negras desempenham funções de lavadeiras, cuidadoras, cozinheiras e, mesmo após o fim da escravidão, continuam exercendo tais papéis. Estas profissões são constantemente desvalorizadas e vistas com pouco prestígio social. Tudo isso faz com que ocorra uma restrição a profissionalização e a escolaridade das mulheres negras.

Nasce, assim, a necessidade de se discutir acerca da origem das dificuldades enfrentadas pelas mulheres negras na sua inserção no mercado de trabalho e na busca de qualificação profissional, de modo que se compreenda as consequências deixadas pelo colonialismo e a busca pela igualdade material.

Perante esse contexto, a pesquisa possui a seguinte problemática: Quais são os fatores que contribuem para a falta de acesso ao trabalho à mulher negra? Quais políticas públicas e ações afirmativas podem ser adotadas para combater a questão?

As questões que contribuem para a inacessibilidade da mulher negra ao mercado de trabalho são pontos que foram construídos desde o início da história brasileira. As desigualdades de raça e de gênero são os principais fatores que levam a mulher negra a não ascender profissionalmente. Essas questões são resultado de um complexo processo de repetição de desigualdades sociais.

Acerca das ações afirmativas e das políticas públicas, nota-se que são medidas estatais extremamente necessárias para combater as desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho. Isso porque é por meio de um conjunto de iniciativas que o



Brasil consegue combater a ideia ilusória de supremacia racial branca, bem como o machismo para, dessa forma, garantir o acesso ao trabalho, em igualdade de condições, às mulheres negras.

Com relação à estrutura da pesquisa, inicialmente, será refletido acerca do processo histórico que envolve a falta de acesso da mulher negra ao mercado de trabalho, de modo a expor as principais causas que levam a isso. Após, abordar-se-á a necessidade da criação de políticas públicas para combater as desigualdades raciais e de gênero, a fim de garantir que a mulher negra ascenda profissionalmente.

Assim, ressalta-se que a presente pesquisa se caracteriza como uma pesquisa qualitativo bibliográfica, sendo realizado por meio da análise de textos já publicados, tais como livros, artigos científicos, doutrinas, legislação infraconstitucional e constitucional, sendo utilizado o método dedutivo.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

2.1. PROCESSO HISTÓRICO

Historicamente, o Brasil é um país marcado pela escravidão de africanos que foram forçados a trabalhar nas propriedades urbanas e rurais em condições de subjugação e constante tortura. Esse modelo econômico trouxe consequências que refletem até os dias atuais, mesmo após a abolição da escravidão humana.

O processo de abolição, que se consolidou com a assinatura da Lei Áurea, em 1888, se caracterizou como uma medida política que não teve o intuito de promover a inclusão dos alforriados na sociedade, tampouco proporcionar-lhes algum tipo de reparação pelos séculos de exploração. Com isso, as pessoas negras continuaram sendo excluídas e discriminadas, pois não lhes era oportunizada moradia adequada e trabalho, visto que os postos de trabalho eram preferencialmente ocupados pelos imigrantes europeus, fazendo com que os ex-escravos acabassem na miséria (ALMEIDA, 2017).

Como consequência disso, até hoje os negros têm dificuldades de inserção no mercado de trabalho e em alcançar qualificação profissional, por diversos fatores que perpassam o âmbito cultural, social e econômico. Nesse contexto, destaca-se que as mulheres negras sofrem duplamente, uma vez que são discriminadas tanto na condição de mulheres, quanto de negras (SOUZA, 2019).



Dessa forma, observa-se que a abolição da escravidão se caracterizou com uma medida que não teve o escopo de promover a inclusão dos negros na sociedade, tampouco proporcionar a reparação pelos séculos de exploração. As pessoas negras, mesmo após o fim da escravidão, continuaram sendo excluídas e discriminadas. No ponto, observa-se que até hoje os negros possuem dificuldade na inserção do mercado de trabalho, sendo que as mulheres negras são ainda mais afetadas, porquanto sofrem dupla discriminação: racial e de gênero.

Desde o colonialismo as mulheres negras ocupam o papel de lavadeiras, cuidadoras, cozinheiras, sendo que, mesmo após a abolição da escravidão, continuaram e continuam exercendo estas profissões, que são constantemente desvalorizadas e vistas como de pouco prestígio social. Essa situação persiste na sociedade atual, existindo diversos fatores que restringem a profissionalização e a escolaridade dessas mulheres (ALMEIDA, 2017). Consequentemente, as mulheres negras integram a parcela mais pobre da população, com alta taxa de desemprego e de trabalho informal, sendo a sua remuneração menor que a de homens e de mulheres brancas (LUZ *et al.*, 2017).

De acordo com as mesmas autoras (LUZ *et al.*, 2017), a referida situação em que se encontram as mulheres atualmente se deve ao fato de que estas são as mais afetadas pela desigualdade subsistente na sociedade capitalista, uma vez que o modo de produção do sistema neoliberal produz e distribui riqueza e, ao mesmo tempo, gera exclusão. Entretanto, a discriminação das mulheres nesse contexto não se relaciona somente com o sistema econômico, mas também com as relações de gênero, culturais e sociais.

Nesse sentido, o que se entende com base no que as autoras refeririam é que as mulheres negras, mesmo após o fim da escravidão, continuam ocupando papeis de lavadeiras, cozinheiras, faxineiras. Ou seja, posições com pouco destaque social. Isso acontece porque as mulheres negras são afetadas pelo sistema capitalista, o qual gera riqueza, porém exclusão. Além disso, a situação é agravada por causa das relações de gênero, culturais e sociais. O resultado é que as mulheres negras acabam integrando a parte mais pobre da população, com uma alta taxa de desemprego e trabalho informal, bem como com remunerações mais baixas em comparação às das mulheres brancas e homens.



Ainda, referidas autoras (LUZ *et al.*, 2017) pontuam que a dificuldade de inserção das mulheres no mercado do trabalho tem uma de suas faces voltada ao senso comum, que se funda na suposta determinação biológica para definir as funções da mulher, gerando desigualdade e construindo uma relação de gênero em que o sexo feminino e o sexo masculino têm seus papéis pré-definidos, sendo difícil a flexibilização dessa realidade.

Portanto, as atribuições familiares e domésticas incumbidas pela sociedade às mulheres refletem na sua participação no mercado de trabalho, que acaba sendo menor que a dos homens, mesmo que as mulheres tendam a permanecer mais nas escolas do que eles e alcancem maior grau de qualificação (TRIPPPIA; BARACAT, 2014).

Nota-se que o senso comum também é responsável pela inacessibilidade da mulher negra ao mercado de trabalho. Isso ocorre porque o corpo social define que a determinação biológica é capaz de definir as funções da mulher. Dessa forma, são construídas as desigualdades de gênero. As atribuições domésticas são incumbidas às mulheres, fato que reflete na sua participação no mercado de trabalho, mesmo que dados apontem que as mulheres permanecem mais na escola e alcancem maior qualificação que os homens.

Essas discriminações negativas seguem obstaculizando a inserção da mulher negra no mercado de trabalho, de modo que, apesar de se ter alcançado a igualdade jurídica formal, por meio da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo o princípio da igualdade, ainda é necessário que seja alcançada a igualdade material. Por isso, defende-se que o Estado deve promover e garantir políticas públicas que busquem e efetivem a igualdade material no cotidiano brasileiro (SOUZA, 2019).

Assim, é verificado que as mulheres negras ainda não obtiveram a igualdade material, ou seja, a concretização da equidade na prática. Desse modo, é necessário buscar meios para que as mulheres negras consigam se inserir no mercado de trabalho em igualdade com homens e mulheres brancas.

Nesse sentido, o setor público tem o poder para lançar políticas públicas e ações afirmativas capazes de promover a justiça social e a equidade. Tais medidas são capazes de encarar a realidade, as dores e as necessidades das mulheres negras, de modo contribuir para o alcance da igualdade material. Assim, observa-se a necessidade de buscar informações e disseminar conhecimento acerca da importância da criação de



políticas públicas e ações afirmativas por parte do poder público para ajudar a mulher negra a ascender profissionalmente.

2.2. POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS PARA MULHERES NEGRAS E SUA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO

Uma das funções das políticas públicas é conter um direcionamento e uma postura que busque superar o racismo institucional, de forma que as mulheres negras tenham mais acesso a trabalho e as oportunidades de aumento de renda. Essas políticas devem ter como finalidade o fortalecimento de ações afirmativas ligadas a gênero e raça, no sentido de incentivar e proporcionar às mulheres maior participação em todas as instâncias de poder e de decisão no âmbito profissional (DUARTE; DIAS, 2016).

Nesse sentido, o Movimento Negro se destaca como um importante meio de reivindicação dos direitos das pessoas negras e de luta pela igualdade, tendo influenciado positivamente o governo brasileiro que, em 2002, passou a implementar diversas políticas de ações afirmativas em diferentes áreas da sociedade como: saúde, trabalho, emprego e educação (LUZ *et al.*, 2017).

Seguindo esse contexto, Trippia e Baracat (2014) apontam como um marco importante na instituição de políticas públicas, a criação do Decreto nº. 4.228, de 2002, no âmbito da Administração Pública Federal, que estabeleceu o Programa Nacional de Ações Afirmativas, prevendo a observância do preenchimento de determinados cargos por afrodescendentes, a eleição de requisito em licitações promovidas por órgãos públicos de atribuição de pontos às entidades que tiverem ações afirmativas em suas empresas, bem como a contratação de empresas que apresentem metas percentuais de participação de afrodescendentes.

Os autores (2014) também pontuam a criação de cotas para o ingresso de negros e pardos nas universidades como um importante passo para a inserção da população negra na sociedade, mesmo que tal medida não esteja diretamente relacionada ao mercado de trabalho. Além disso, o Estatuto da Igualdade Racial, instituído pela Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, se consolidou como um importante instrumento no combate à discriminação da mulher negra no mercado de trabalho.

De acordo com os autores, nota-se que as políticas públicas são essenciais para buscar superar o racismo institucional presente em nossa sociedade. As políticas

públicas possibilitam a criação de ações afirmativas que visem incentivar e proporcionar às mulheres negras maior participação nas instâncias de poder e no mercado de trabalho. No Brasil, um marco importante para a instituição de políticas públicas foi o Decreto nº. 4.228, de 2002, no âmbito da Administração Pública Federal, o qual estabeleceu inúmeras ações afirmativas que contribuem para o acesso da mulher negra ao mercado de trabalho. Após isso, constata-se que outros pontos importantes foram a criação de cotas para a inserção do negro nas universidades e a instituição do Estatuto da Igualdade Racial.

Vieira (2017) argumenta que os limites das políticas públicas voltadas à inserção da mulher negra no mercado de trabalho se encontram nos modelos de conciliação e delegação que persistem no ideal que estabelece que é dever do Estado garantir condições e recursos para que as mulheres possam administrar as tarefas ligadas ao lar concomitantemente com a vida profissional, e, em igual medida, assegurar a responsabilização dos homens sobre as tarefas da esfera reprodutiva, assim como é feito com as mulheres, pois, dessa forma, promove-se a igualdade de sexo, raça e classe.

Para Almeida (2017), a busca pela ascensão das pessoas negras pode ocorrer por meio do fortalecimento da sua representatividade. A falta de representatividade negra nas empresas e na mídia brasileira ajuda a reforçar a ideia segundo a qual o lugar da população afrodescendente não é onde se tem destaque, e sim nos bastidores ou locais de pouco ou nenhum *status*. Assim, o empreendedorismo negro promove iniciativas que buscam oferecer formação, suporte e divulgação para negros, através da realização de cursos, palestras e debates, e da criação de plataformas digitais que promovam a sua integração.

Destarte, Duarte e Dias (2016) constatarem que, para muitos donos de empresas e empregadores, as mulheres negras não apresentam boa aparência, requisito exigido para o preenchimento de determinadas vagas, como a de atendente. Dispõe-se que tal fato é consequência da cultura herdada pela composição histórica do Brasil, em que a discriminação, o preconceito e o racismo persistem na manutenção das desigualdades.

Portanto, com base nesse contexto, observa-se que a representatividade deve ser fortalecida para garantir que as mulheres negras passem a ocupar posições de destaque. Nesse sentido, o empreendedorismo negro promove ações que visem ofertar

a formação, apoio e divulgação para os negros, por meio de cursos, palestras, conversas e criação de plataformas digitais que promovem a associação.

Dessa forma, as ações afirmativas são um meio de enfrentamento às posturas que diminuem a condição de mulheres negras e perpetuam a sua exclusão do mercado de trabalho e, em consequência, da sociedade. Diante do exposto, conclui-se que as dificuldades apresentadas pelas mulheres negras em ascender no âmbito profissional, tem como vertentes o racismo institucional e o machismo que impera na sociedade, sendo a implementação de políticas públicas e de ações afirmativas importantes instrumentos de modificação desse quadro.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve por escopo investigar a origem das dificuldades enfrentadas pelas mulheres negras na sua inserção no mercado de trabalho e na busca de qualificação profissional, de modo a compreender as consequências deixadas pelo colonialismo e a busca pela igualdade material e, assim, analisar a necessidade de políticas públicas e ações afirmativas para o combate das desigualdades racial e de gênero, as quais estão submetidas às mulheres negras.

Antes de analisar a necessidade da criação de políticas públicas e ações afirmativas, foi necessário entender o atual contexto brasileiro e buscar as origens históricas para a existência das desigualdades racial e de gênero enfrentadas pelas mulheres negras. Assim, a primeira parte da pesquisa, longe de querer esgotar as questões históricas e sociais do Brasil, teve por objetivo entender melhor as causas pelas quais as mulheres negras são afetadas por essas discriminações negativas.

Firmado o entendimento acerca das questões históricas e sociais que fazem com que as mulheres negras tenham dificuldade em ter acesso ao trabalho, a pesquisa adentrou na importância das políticas públicas para dar um direcionamento e buscar uma postura que supere o racismo institucional, a fim de auxiliar a mulher negra a ascender no âmbito profissional.

Assim, foi possível perceber que as marcas deixadas pelos séculos em que a escravidão permaneceu no Brasil se evidenciam pela perpetuação do racismo que segrega as pessoas até os dias atuais, resultando na discriminação de quem é negro. Por



outro lado, o machismo e a visão patriarcal da sociedade definem os papéis que as mulheres devem exercer e estabelecem os seus limites em todos os âmbitos, principalmente o profissional.

Dessa forma, as mulheres negras têm dois obstáculos que precisam superar para que alcancem a ascensão profissional e social, pois além de ser difícil alcançarem qualificação profissional, dado o contexto econômico e social que normalmente estão inseridas, raramente ocupam cargos de chefia ou de elevado prestígio social. Ademais, em determinados casos, mesmo que apresentem dita qualificação profissional, recebem salários mais baixos que os de homens e de mulheres brancas.

Nesse contexto, é necessário que o Estado promova políticas públicas que incentivem a inserção das mulheres negras no mercado de trabalho, com empregos que assegurem a dignidade humana e as remunerem adequadamente, de modo que se possa modificar o quadro em que as mulheres negras estão inseridas, da parcela mais pobre da população, com alta taxa de desemprego e de trabalho informal que não lhes garante estabilidade ou garantias.

Por fim, verifica-se que o racismo e o machismo criaram estereótipos que devem ser anulados do pensamento e da realidade da sociedade, por meio de ações afirmativas que os ressignifique, para que mulheres negras tenham representatividade e se apropriem de espaços de empoderamento, especialmente no campo profissional.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Simone Cristina Damasio de. **Inserção da mulher negra no mercado de trabalho**. Por que mulheres negras ocupam uma posição de desvantagem no mercado de trabalho? 2017. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Administração) - Instituto de Educação e Ensino Superior de Campinas, Campinas, 2017. Disponível em: https://trabalhosacademicos.iescamp.com.br/wp-content/uploads/2018/10/2017-8ADM-TCC-I02-Almeida_final.pdf. Acesso em 17 mai. 2022.
- DUARTE, Camila; DIAS, Edemir Braga. Problemática racial e de gênero: a mulher negra no Brasil. *In: ENCONTRO MISSIONEIRO DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES EM CULTURA*, 2., 2016, São Luiz Gonzaga. **Anais [...]** São Luiz Gonzaga: URI, 2016. Disponível em: <http://omicult.org/emicult/anais/wp-content/uploads/2016/11/PROBLEM%C3%81TICA-RACIAL-E-DE-G%C3%81NERO-A-MULHER-NEGRA-NO-BRASIL-2.pdf>. Acesso em 14 mai. 2022.



- LUZ, Rafaela Araújo da; OLIVEIRA, Samara Barroso; QUEIROZ, Josiane Mendes de; SANTOS, Maria Santana dos. Desigualdades de gênero: a mulher negra no mercado de trabalho. *In*: JORNADA INTERNACIONAL POLÍTICAS PÚBLICAS, 8., São Luis, 2017. **Anais** [...] São Luis: UFMA, 2017. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo6/desigualdadesdegeneroamulhernegranomercadodetrabalho.pdf>. Acesso em 15 mai. 2022.
- SOUZA, Maria Rodrigues. **A discriminação da mulher negra no mercado de trabalho à luz do princípio da igualdade**. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Rio Verde, Rio Verde, 2019. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Maria%20Rodrigues%20Souza.pdf>. Acesso em 16 mai. 2022.
- TRIPPIA, Luciane Maria; BARACAT, Eduardo Milleo. **A discriminação da mulher negra no mercado de trabalho e as políticas públicas**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 3, n. 32, p. 26-38, jul./ago. 2014. Acesso em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/94254/2014_trippi_a_luciane_discriminacao_mulher.pdf?sequence=1. Acesso em 17 mai. 2022.
- VIEIRA, Bianca. Mulheres negras no mercado de trabalho brasileiro: um balanço das políticas públicas. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 11.; WOMEN'S WORLDS CONGRESS, 13., 2017, Florianópolis. **Anais** [...] Florianópolis: UFSC, 2017. Disponível em: https://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499353872_ARQUIVO_Mulheresnegrasnomercadodetrabalhobrasileiro.pdf. Acesso em 17 mai. 2022.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS NA COLETA E TRATAMENTO DOS DADOS E INFORMAÇÕES DE SEUS CLIENTES

GENERAL DATA PROTECTION LAW: RESPONSIBILITY OF COMPANIES IN
THE COLLECTION AND TREATMENT OF DATA AND INFORMATION OF
THEIR CUSTOMERS

DOI: 10.51859/AMPLLA.EDL2318-6

Hércules Matheus Santos Silva ¹

¹ Mestrando em Direitos Humanos. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Tiradentes. PPGD-UNIT. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado (legale). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

RESUMO

O presente artigo objetiva a abordagem das inovações apresentadas pela Lei Geral de Proteção de Dados a qual trouxe significativa contribuição para o ordenamento jurídico pátrio no que se refere a garantia e proteção de direitos individuais. De igual forma, o escrito busca promover a análise da responsabilidade das empresas na coleta e tratamento dos dados e informações de seus clientes, sob a luz da referida legislação. Assim, abordou-se inicialmente sobre a privacidade digital, em seguida sobre a LGPD (Lei nº 13.709/2018). Posteriormente, tratou-se da responsabilidade das empresas e das penalidades passíveis de serem aplicadas, com a demonstração de casos práticos advindos da jurisprudência brasileira. A coleta de informações que embasaram o presente escrito adveio da doutrina pátria – que diga-se de passagem possui certo grau de novidade –, bem como de casos concretos julgados pelos tribunais pátrios.

Palavras-chave: Dados. Inovações. Penalidades. Privacidade. Proteção.

ABSTRACT

This article aims to address the innovations brought by the General Data Protection Law, which brought a significant contribution to the Brazilian legal system with regard to the guarantee and protection of individual rights. Likewise, the brief aimed to analyze the responsibility of companies in the collection and processing of data and information from their customers, in light of the aforementioned legislation. Thus, it was initially addressed about digital privacy, then about the LGPD (Law No. 13.709/2018). Subsequently, it dealt with the liability of companies and the penalties that may be applied, with the demonstration of practical cases arising from Brazilian jurisprudence. The collection of information that supported this brief came from the homeland doctrine – which, by the way, has a certain degree of novelty – as well as from specific cases judged by the homeland courts.

Keywords: Data. Innovations. Penalties. Privacy. Protection.



1. INTRODUÇÃO

A ausência de informações dos cidadãos brasileiros acerca do trâmite e das operações de coleta, tratamento e armazenamento de dados pessoais por parte das empresas e órgãos afins, reclamou a necessidade de criação de mecanismos legais objetivando assegurar a segurança e a liberdade do indivíduo na era da informação.

Foi neste cenário que surgiu a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2020). Seu texto fora aprovado em agosto de 2018, estabelecendo normas para a gestão de informações pessoais executadas por empresas e órgãos públicos. A nova legislação tem por razão basilar resguardar a privacidade e a proteção de dados pessoais, de modo a estabelecer uma relação de transparência entre as pessoas físicas e jurídicas.

A referida legislação prevê um regimento para coleta, tratamento e comercialização dessas informações. Assim, os dados só podem ser fornecidos, utilizados e compartilhados mediante consentimento por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Não se trata de uma regra normativa ligada especificamente as empresas que explorem atividades ligadas à tecnologia ou internet, isto porque se denomina “lei geral”.

Num cenário prático, a Lei Geral de Proteção aos Dados proíbe o tratamento dos dados pessoais para a prática de discriminação ilícita ou abusiva, e assegura o direito fundamental a intimidade dos fornecedores de informações, muitas vezes sendo estes consumidores/usuários de serviços. Desta forma, o objetivo do presente trabalho versa, de forma geral, acerca da responsabilidade das empresas nessas coletas e tratamento de dados, fazendo-se uma exploração bibliográfica acerca da inédita doutrina que abrange o tema.

O objetivo específico deste escrito, por sua vez, é enfrentar a problemática referente a publicização de dados pessoais de clientes de forma accidental. Dessa forma, propõe-se a resolução das seguintes indagações: Em situações accidentais, a empresa é responsabilizada? Em caso positivo, qual seria a penalidade? Essa possível penalidade teria um efeito difuso? Como os tribunais pátrios e doutrina enxergam essa problemática?



Assim, apresentando respostas a citadas indagações, será possível demonstrar o grau e extensão de uma possível penalidade de uma empresa em casos acidentais, como, por exemplo, um ataque hacker ou erro operacional interno de determinada empresa.

As metodologias de pesquisa aplicadas são a exploratória, descritiva e explicativa, com ênfase na extração de dados bibliográficos e de jurisprudência.

2. UM BREVE ESCOPO SOBRE PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

A tecnologia e o uso massivo da internet mudaram a forma como as empresas conduzem seus negócios e como os indivíduos se relacionam com elas.

A rápida evolução tecnológica trouxe novos paradigmas para a proteção de dados pessoais, transformando tanto a economia como a vida social, sendo imprescindível que haja uma circulação de dados pessoais de forma global, inclusive para reforçar que o acesso à internet deve se dar de forma livre (ainda que essa liberdade seja contida em detrimento as legislações mundiais elaboradas para conter ilegalidade e abusos cometidos durante o acesso), contudo, sem a perda do nível de proteção destes dados.

Os instrumentos de segurança cibernética não obtêm êxito, por muitas vezes, de impedir que agentes mal-intencionados invadam grandes bancos/arquivos dados, os quais comportam o armazenamento de uma ampla variedade de informações, sejam dados de saúde dos pacientes, sejam segredos industriais e até mesmo segredos de Estado.

O motivo base utilizado para a elaboração de regulamentações de proteção de dados pessoais de modo expresso nas últimas décadas possui um nexo ligado diretamente aos avanços da prática de negócios a nível digital.

Esse modelo passou a apresentar uma prática constante de transferências de dados e informações entre bases globalizadas.

Esse cenário então reclamou o surgimento de textos legais e acordos internacional molde a garantir que esses novos mecanismos tecnológicos não violassem direitos humanos fundamentais.

A propósito, nessa linha de inteligência, Patrícia Peck Pinheiro lecionou o seguinte:

[...] houve a necessidade de resgatar e repactuar o compromisso das instituições com os indivíduos, cidadãos desta atual sociedade digital, no tocante à proteção e à garantia dos direitos humanos fundamentais, como o da privacidade, já celebrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 (PINHEIRO, 2020, pág. 12).

A suscitação de debate sobre o tema surgiu na União Europeia (UE), mormente com o partido *The Greens*, consolidando-se com a promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu n. 679, aprovado em 27 de abril de 2016 (GDPR). Esta teve por razão abordar a proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecido pela expressão “*free data flow*”.

Este, por sua vez, reverberou junto aos outros Estados da União Europeia, haja vista que passou a exigir deles a elaboração de uma legislação similar.

Assim, o Estado que não promulgasse lei neste sentido sofreria limitações de ordem econômica ou outros empecilhos para fazer negócios com os países da União Europeia.

No Brasil já existia a previsão do Marco Civil da Internet e na Lei do Cadastro Positivo. Contudo, as questões relacionadas à segurança de dados eram analisadas de forma ampla, sem delimitações dos critérios considerados essenciais a proteção dos dados e da intimidade da população.

Neste ponto a Lei Geral de Proteção aos Dados inovou, ou seja, padronizou/normatizou a forma de tratamento e utilização das informações de outrem. Sem esta legislação não haveria hoje, no Brasil, delimitações acerca do tema, sendo tratado através de entendimentos jurisprudenciais.

2.1. LEI GERAL DE PROTEÇÃO AOS DADOS: PRINCÍPIOS E OBJETIVOS

A Lei nº 13.709/2018 é uma inovação legal no ordenamento jurídico brasileiro de grande proporção, haja vista que tanto as instituições privadas como as públicas, são submetidas as responsabilidades no que se refere o tratamento de informações classificadas como dados pessoais de pessoas físicas ou jurídicas.

O texto de lei é uma normatização que delimita princípios, direitos e obrigações concernentes ao uso de elementos informativos pessoais relacionados às pessoas.



A Lei de Proteção de Dados Pessoais, também conhecida pela sigla LGPD, foi promulgada pelo presidente Michel Temer no dia 14 de agosto de 2018 e foi originária do PLC n. 53/2018.

É um preceito legal carregado de tecnicismo que abrange diversos itens de controle para assegurar o cumprimento das garantias previstas na Constituição Federal, a nível de proteção dos direitos humanos, especialmente o da privacidade, liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

O prazo inicial estabelecido para adaptação às novas regras foi de dezoito meses, a partir da publicação. Ao fim deste prazo foi possível aplicar as penalidades lá dispostas, consideradas elevadas, seguindo a mesma tendência das demais regulamentações sobre a mesma matéria em outros países, inspirada, especialmente, pelo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais, também conhecido como GDPR.

Nesse sentido, para Arthur Pinheiro Bassan:

O surgimento da LGPD, assim sendo, amplia a tutela dos direitos do consumidor prevista no CDC, tendo em vista que as normas previstas pela LGPD não excluem aquelas definidas pelo CDC. Isso porque, conforme supracitado, a incidência em comum dos artigos. 7º do CDC e 64 da LGPD evidencia que direitos dos titulares dos dados pessoais devem ser interpretados sob a ótica da complementariedade, sempre com vistas de garantir, na maior medida, a tutela da pessoa humana (BASSAN, 2021, pág. 218).

Para o comitê de Segurança da informação, “o espírito da lei foi proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis”.

3. GERAL DE PROTEÇÃO AOS DADOS E A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

Apenas no século XX é que a questão da responsabilização criminal da pessoa jurídica começou a ganhar mais destaque e relevância para o campo penal. Em concreto,



essa mudança de paradigma se concentrou no próprio conteúdo do Direito Penal, como reflexo das significativas mudanças sociais, econômicas e políticas vivenciadas, a nível global, no comentado período.

Aqui, se refere ao já conhecido cenário de consolidação do fenômeno da expansão do Direito Penal abrangendo o contexto de solidificação do processo de globalização, que conduziu ao surgimento de novas modalidades de delitos e de novos atributos a atrair a intervenção penal.

Em síntese, o ponto que se quer destacar é que a chegada do século passado trouxe a percepção do protagonismo absoluto da pessoa jurídica, em especial por meio das grandes corporações e entidades financeiras.

Assim, surgiu a constatação de que as empresas teriam um papel decisivo na condução dos rumos da convivência humana diante de sua participação, não só nas atividades mais corriqueiras, mas especialmente nos episódios mais importantes da história, como crises financeiras e guerras.

Desta forma, tem-se como imperativo que as empresas detenham a capacidade de identificar, categorizar, qualificar e quantificar os seus bancos de dados, exigindo-se destas uma gestão sistemática. Isto porque muitas vezes a administração destes é negligenciada, quer por falta de percepção ou por falta de instrumentos eficientes.

Em muitos casos, a alta administração sequer tem conhecimento do volume de informações armazenadas pela organização. Diante deste cenário, a segurança da informação assume um papel estratégico na proteção contra diversas ameaças cibernéticas, onde se assenta a aplicação do criminal *compliance*. Na modernidade, é possível distinguir que existem duas classes de criminalidade empresarial.

Nas palavras de MOURA (2011, p. 60), a chamada “criminalidade desde a empresa” é definida por sua tendência centrífuga: refere-se aos delitos praticados no seio da empresa, que produzem efeitos externos, fora da organização empresarial.

Nesta seara, o problema que ressurgiu dos parâmetros que a lei estabelece os níveis de responsabilidade da pessoa jurídica em casos acidentais de vazamento ou violação de dados pessoais que estavam sob sua guarda.



3.1. RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EM SITUAÇÕES ACIDENTAIS DE PUBLICIZAÇÃO DE DADOS DE CLIENTES

No que se refere ao vazamento de dados no âmbito empresarial nos quais há a ofensa tipicamente relevante de bens jurídicos de terceiros alheios à organização empresarial, verifica-se duas possibilidades de ocorrerem. O primeiro deles é quando ocorre por uma ação externa, isto é, sem intenção dos empresários. Geralmente advém de um ataque hacker. O segundo ocorre por fraude oriunda da própria empresa. Nestes casos, há uma ação interna de funcionários ou responsáveis pelo empreendimento.

Dentre as falhas de segurança de sistemas de rede, o *data breach* é o incidente de segurança que importa em maiores repercussões ao usuário. Isto porque se trata de invasão, acesso indevido e roubo ou sequestro de dados pessoais de usuários de um determinado provedor de serviços na Internet, seja uma loja online, seja um site fornecedor de softwares e aplicações móveis, pagos ou gratuitos.

Dessa forma, difere-se o vazamento de dados de uma fraude ao fornecedor, uma vez que o prejuízo não concerne diretamente ao responsável pela loja virtual, e sim aos seus clientes, que tiveram seus dados expostos quando esperaram legitimamente que estes estariam seguros e devidamente criptografados pelos sistemas da fornecedora de serviços (PINHEIRO, 2010, pág. 37).

Já a denominada “criminalidade na ou dentro da empresa” consiste em delitos e violações executados no âmbito interno da organização, em princípio a bens jurídicos individuais de terceiros que lhe confiaram seus dados.

Em ambos os casos o problema reside em determinar o destinatário da imputação a partir das relações dos órgãos ou membros no funcionamento interno da organização. Mas qual seria a forma exata de responsabilizar uma pessoa jurídica por vazamento de dados indevidos?

Pois bem. No ordenamento jurídico existiam duas formas de responsabilidade penal de uma pessoa jurídica: o modelo hetero, onde ela responde de maneira indireta, em razão da prática de condutas ilícitas dos seus representantes e o modelo de autorresponsabilidade, onde ela responde por conta própria, avaliando sua própria conduta ou comportamento.



O que vemos normalmente é uma troca da responsabilidade individual, ainda que o crime ocorra dentro da organização empresarial. A preocupação que se deve estabelecer na análise das normas prescritivas relacionadas à proteção de dados deve se basear em uma sanção suficiente motivadora de determinada conduta. Isto é, o consequente normativo sancionador deve se caracterizar como um fator motivador a excelência do dever de proteger os dados.

É indiscutível que a empresa moderna se tornou importante sujeito do sistema econômico. A variedade de ramos empresariais na sociedade pós-moderna cada vez mais gera riscos e possíveis prejuízos de lesões que ofendem bens jurídicos de seus próprios membros ou daqueles alheios à organização empresarial, com ênfase as ofensas aos bens jurídicos coletivos ou transindividuais, como o vazamento massivo de dados de usuários interconectados a rede internet.

Toda a perspectiva de gestão de dados foi alterada. É preciso investir na transparência. Isto é, todo o processo de tratamento de dados deverá ser documentado e justificado, garantindo assim uma maior prestação de contas por parte da empresa, que ficará responsável por informar os processos e meios de segurança que são utilizados, além de assegurar que as informações que foram coletadas são de fato verdadeiras e condizem com a realidade, preservando assim os direitos do titular de dados.

Em caso de descumprimento dessas disposições, a partir da Lei Geral de Proteção aos dados, tratando-se de responsabilidade e obrigações assumidas em nome da empresa, pelos administradores e diretores, e quando essas pessoas praticarem atos irregulares de gestão de dados de clientes, as sanções surgiram com o cunho administrativo. É o que podemos ver da leitura do art. 52 da Lei 13.709/2018.

A Lei prevê que as sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Além disso, as sanções previstas pelos incisos X, XI e XII só podem ser aplicadas após já ter sido imposta ao menos 1 (uma) das sanções de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do *caput* deste artigo para o mesmo caso concreto.

Entre os itens que podem ser considerados na minimização de uma punição pela Autoridade fiscalizadora responsável, conforme previsto pelo próprio art. 52, § 1º, estão: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida; a condição econômica do infrator; a reincidência; o grau de dano causado; a cooperação do infrator; a demonstração de adoção de mecanismos e procedimentos para mitigar os danos; a adoção de política de boas práticas e governança; a pronta adoção de medidas corretivas; a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Assim, a gerência corporativa precisará focar nos princípios que foram previstos pela LGPD para que o negócio seja sustentável.

Conforme já consignado em linhas anteriores, a imputação de sanções administrativas faz com que os responsáveis pelo tratamento de dados de terceiros se atentem com maior preocupação à garantia da segurança das informações em utilização.

Dessa forma, observa-se que a Lei Geral de Proteção os Dados buscam estimular a aplicação de seus dispositivos numa seara preventiva. As sanções variam de advertências até a imputação de multa simples. Estas podem alcançar o percentual de 2% do faturamento, cujo valor fica limitado a um total de R\$ 50 milhões, além da suspensão das atividades relativas ao banco de dados.

É importante destacar que o dado cadastral pode ser requisitado nas mais diversas situações, servindo como direito probatório de violações. Imaginemos, ainda, outras possibilidades de utilização de dados pessoais para fins ilícitos, como, por exemplo, a utilização de um e-mail ou serviço de mensagem para envio de conteúdo que configure crime eleitoral ou utilize uma rede social para divulgação de propaganda eleitoral irregular.

As informações relacionadas a esse usuário são de extrema importância para a atribuição da autoria. É certo que, muitas vezes, podem não ser verdadeiros os dados fornecidos, tais como a data de criação da conta com o registro de conexão, e-mail vinculado e de recuperação da conta, mas podem ser úteis na individualização do responsável.

Eis que vejamos a Lei Geral de Proteção aos Dados aplicada num caso concreto no mês de agosto de 2021 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Noutra perspectiva, a Ministra Rosa Weber, relatora do ADin 5527, votou no sentido de que a disponibilização do conteúdo das comunicações privadas dos usuários de aplicações de internet somente pode se dar mediante ordem judicial para fins de persecução penal. Ressaltou em sua decisão, a importância da segurança de dados dentro de uma coletividade democrática e que as penalidades somente podem ser impostas aos provedores de conexão nas hipóteses de descumprimento da legislação referente à coleta, à guarda, ao armazenamento, tratamento de dados, bem como ao direito da privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Ademais, a medida que a tecnologia avança, os ataques maliciosos tornam-se mais sofisticados, encontrando formas de evadir as barreiras de segurança dos softwares. A criminalidade digital no âmbito empresarial esbarra no fato de que a invasão de um ambiente digital corporativo pode provocar consequências graves, que muitas vezes, não são esperadas – mas com um programa de criminal compliance bem articulado, é possível prever e investir em larga escala no segmento de *cybersecurity*.

No Direito Constitucional brasileiro não há referência expressa acerca da penalização por vazamento de dados como conduta criminal. No entanto, tal omissão legislativa é natural, uma vez que as mudanças trazidas pelas tecnologias digitais não haviam começado no Brasil ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, já que apenas no final dos anos 90 que a internet passou a apresentar crescimento exponencial.

Em uma relação empresarial, portanto, verificamos que os sócios ou administradores possuem a atribuição de dirigir as condutas realizadas/de responsabilidade da pessoa jurídica.

Dessa forma, são os responsáveis pelos atos delitivos praticados em razão da atividade econômica, mesmo que não tenha concorrido para a prática das condutas, consoante dispõe o art. 52 da LGPD.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As informações vêm caminhando no sentido oposto à manutenção da esfera privada dos indivíduos e de sua autodeterminação informativa, isto porque

invariavelmente em dadas situações não é possível conter o vazamento de dados pessoais, mesmo com a implantação de sistemas de segurança para o tratamento de dados pelas empresas.

Apesar dos responsáveis pelos dados terem o dever de garantir a privacidade e a segurança durante o tratamento das informações pessoais, ainda assim existem notícias de vazamento destas.

Um fator importante que não se deve esquecer é o de que as informações e os dados são os bens mais valiosos para as empresas e para os consumidores/usuários.

Para seu uso efetivo, deve garantir privacidade e segurança, usabilidade na medida certa, ou seja, não deve ser utilizada a ponto de interferir no cotidiano das pessoas, assim como deve ser compatível com diversos dispositivos e contextos. Apesar disso, ultimamente, tem-se tornado mais usual vermos notícias relatando vazamento de dados em redes sociais e ataques a empresas de tecnologia.

A contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço necessariamente acompanha uma cessão de informações e, não apenas o valor atribuído. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito; geralmente, nesses casos é quando ocorre a comercialização dessas informações.

Desta feita, a LGPD inaugurou uma temática pouco trabalhada e essencial a proteção dos direitos fundamentais, como privacidade, intimidade, honra, direito de imagem e dignidade. A necessidade de leis específicas como a LGPD para a proteção dos dados pessoais se tornou necessária em razão do crescimento desenfreado dos meios tecnológicos no âmbito empresarial.

A informação/dados tornou-se um ativo de grande importância pois o acesso a estes garante uma grande parcela de poder na sociedade aos seus operadores pois estes têm em mãos instrumentos de medição comportamental da sociedade os quais, acaso utilizados sem limitação, ensejaram em ganho de lucros pelo ramo empresarial na medida da violação de um direito fundamental de um particular.



REFERÊNCIAS

- COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 29. 15.
- BASSAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade Digital e Proteção dos Dados Pessoais**. O Direito ao Sossego. Editora Foco, 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEZHIN, Guilherme de Sá. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.961.10.PDF. Acesso em 20/10/2021.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Processo n. 0733785-39.2020.8.07.0001**. Relator Rômulo de Araújo Mendes.
- Lei Geral de Proteção aos Dados**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 12/10/2021.
- LGPD: a versão brasileira do regulamento europeu. Disponível em <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/lgpd-versao-brasileira-gdpr-dados-pessoais>. Acesso em 18/10/2021.
- MOURA, Bruno. **Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual**. Revista CEPPG – CESUC – Centro de Ensino Superior de Catalão, ano XIX, n. 25, 2011, p. 60.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**. Comentários a Lei nº 13.709/2018. 2ª Ed, Saraiva, 2020.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.
- Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (Texto relevante para efeitos do EEE)**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em 30/05/2022.
- Rosa Weber: Disponibilização de mensagens do WhatsApp só pode ocorrer para perseguição penal**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/327776/rosa-weber--disponibilizacao-de-mensagens-do-whatsapp-so-pode-ocorrer-para-persecucao-penal>. Acesso em 29/05/2022.



O PODER EMANA DO POVO, MAS O POVO PODE EXERCÊ-LO? AS LIMITAÇÕES DO PLEBISCITO À MANIFESTAÇÃO POPULAR

THE POWER EMANDS FROM THE PEOPLE, BUT CAN THE PEOPLE EXERCISE IT? THE LIMITATIONS OF THE PLEBISCITE ON THE POPULAR MANIFESTATION

DOI: 10.51859/AMPLA.EDL2318-7

Diogo Pinto Mendes Carlos ¹
 João Pedro Felipe Godoi ²
 Matheus Conde Pires ³
 Rafael Henrique Lemes da Rosa ⁴

¹ Graduado em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-Graduando Lato Sensu em direito civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e em direito processual civil pela Universidade de São Paulo (USP).

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB).

³ Doutorado em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Humanidades: Estudos Interdisciplinares em Educação, Cultura e Contemporaneidade, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB).

⁴ Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

RESUMO

A pesquisa pretende investigar o instituto de plebiscito, mecanismo de participação popular previsto no art. 14 da Constituição Federal como um dos instrumentos de participação direta do povo no processo político. A partir de uma possível contradição entre a teoria, representada pela função do plebiscito conferida pela Constituição, e a prática, observada pela baixa utilização desse instrumento na política brasileira, o trabalho busca responder a seguinte questão: como o plebiscito previsto na Constituição Federal de 1988 pode limitar a manifestação popular? Levanta-se como hipótese que os procedimentos previstos tanto no texto constitucional quanto na legislação infraconstitucional, principalmente a Lei nº 9.709/1998, limitam a manifestação popular no processo decisório. Trata-se de uma pesquisa descritiva, realizada por meio de levantamento bibliográfico, com leitura e fichamento de livros, artigos científicos, dissertações e teses; e de levantamento documental, especificamente

leitura de texto constitucional e legal. O método adotado é o método indutivo, partindo das premissas de que os procedimentos do plebiscito restringem ou impedem a manifestação popular, para concluir, de forma ampla, que o plebiscito limita a soberania popular, inclusive contextualizando no conflito entre constitucionalismo e democracia.

Palavras-chave: Plebiscito. Soberania Popular. Democracia. Constitucionalismo.

ABSTRACT

The research intends to investigate the plebiscite institute, popular participation mechanism provided for in art. 14 of the Federal Constitution as one of the instruments of direct participation of the people in the political process. From a possible contradiction between the theory, represented by the function of the plebiscite conferred by the Constitution, and the practice, observed by the low use of this instrument in Brazilian politics, the work seeks to answer the following question: how the



plebiscite provided for in the Federal Constitution of 1988 can limit popular demonstration? It is hypothesized that the procedures foreseen both in the constitutional text and in the infra-constitutional legislation, mainly Law nº 9.709/1998, limit the popular manifestation in the decision-making process. This is a descriptive research, carried out through a bibliographic survey, with reading and filing of books, scientific articles, dissertations and theses; and documental survey, specifically

reading constitutional and legal texts. The method adopted is the inductive method, starting from the premises that the plebiscite procedures restrict or prevent popular manifestation, to conclude, broadly, that the plebiscite limits popular sovereignty, including contextualizing the conflict between constitutionalism and democracy.

Keywords: Plebiscite; Popular Sovereignty; Democracy; Constitucionalism; Territory.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 expressa, logo no art. 1º, parágrafo único, que todo o poder emana do povo, exercendo esse poder por meio de seus representantes ou de forma direta, nos termos do texto constitucional. A participação direta da população no processo democrático se dá por meio dos mecanismos de participação popular: iniciativa popular, referendo e plebiscito. Tais instrumentos têm por objetivo efetivar o princípio da soberania popular, consagrado pelo art. 14 da CF.

Apesar da previsão desses mecanismos, e do aparente potencial democrático que possuem, observa-se uma baixa utilização desses instrumentos, limitando a participação popular no processo decisório ao sufrágio. Isto posto, analisando o instituto do plebiscito a partir dessa contradição entre uma Constituição que declara o povo como titular do poder soberano - conferindo-lhe mecanismos de participação no processo decisório – e a irrisória utilização dos instrumentos de democracia (semi)direta, questiona-se: como o plebiscito previsto na Constituição Federal de 1988 pode limitar a manifestação popular? Testa-se a hipótese de que os procedimentos pelos quais se realiza o plebiscito, na forma como foram previstos na Constituição de 1988 e na Lei nº 9.709/1998, podem oferecer obstáculos para uma participação efetiva do povo nas decisões políticas, esvaziando o potencial democrático do instituto.

Para tanto, a pesquisa inicia com o estudo dos mecanismos de participação popular previstos na Constituição de 1988, conceituando-os e buscando compreender as hipóteses de cabimento e o procedimento de cada um. Após, o trabalho será direcionado à análise do plebiscito especificamente, investigando de forma mais aguçada esse instituto, suas subdivisões, a competência para a sua convocação, bem



como o procedimento plebiscitário, com o intuito de entender de que modo a institucionalização do plebiscito, seja pela sua própria conceituação ou pelas formas que se realiza tal consulta, pode limitar a manifestação do povo no processo decisório.

Por fim, essa limitação causada pelo plebiscito será contextualizada na tensão entre o constitucionalismo e a democracia, duas tradições que, embora sejam coexistentes, acabam conflitando, uma vez que enquanto o constitucionalismo tem por função precípua o controle e a contenção do poder estatal, restringindo também o poder soberano do povo, a democracia, de onde advém a soberania popular, busca ultrapassar os limites impostos pelo constitucionalismo. Desse modo, busca-se relacionar a forma como o plebiscito, como instituto garantido pela Constituição, pode arrefecer o potencial democrático que o próprio texto constitucional se compromete a resguardar. Com isso, conclui-se que os procedimentos previstos pela CF e pela legislação infraconstitucional para a realização do plebiscito restringem a manifestação popular das decisões de questões relevantes para o povo, transmutando a natureza do plebiscito como um mecanismo de participação popular em um mecanismo de controle da manifestação do povo.

2. OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 confere alguns instrumentos que permitem a participação da população em assuntos de interesse coletivo, em escala local, regional ou nacional, em maior ou menor grau de intervenção, sendo as eleições a forma mais habitual do povo participar da vida política nacional, escolhendo os seus representantes nos Poderes Executivo e Legislativo.

Todavia, a participação popular garantida pela Constituição não se resume às eleições, existindo também mecanismos de participação popular que proporcionam uma abertura política ao povo ainda mais incisiva, sobre assuntos de interesse municipal, estadual e nacional, de forma direta ou semidireta, que são a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo (BENEVIDES, 2003, p. 33), institutos trazidos pelo art. 14 da Constituição Federal, o qual consagra o princípio da soberania popular.



Reconhecendo a soberania popular como a base de sustentação do sistema democrático, Auad *et. al.* (2004, p. 294) considera que o Estado brasileiro adotou “a democracia representativa conjugada a mecanismos de participação popular, ou seja, nossa democracia deve ser exercida, conjuntamente, por representantes livremente eleitos pelo povo e, na medida do possível, diretamente pelos cidadãos”. No mesmo sentido, Sanson (2007, p. 153) aduz que, ao conferir a titularidade da soberania ao povo, a Constituição de 1988 estabeleceu o exercício desse poder de forma indireta, por meio dos representantes eleitos, preponderante, e de forma direta – complementar -, em assuntos de interesse público que necessitem da participação ativa da população no processo decisório, por meio do plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Nesse passo, cumpre tecer alguns comentários acerca dos mecanismos de participação popular trazidos pela Constituição Federal de 1988, com vistas a delimitar as funções de cada e diferenciar, por consequência, estes institutos. Começando pela iniciativa popular, mecanismo este que abarca as formas de inclusão da população nas várias etapas do processo legislativo, desde a redação do texto legal até votações para a aprovação de uma proposta. Embora a iniciativa popular possa apresentar importantes diferenças em sua estrutura, dependendo do país que a adote, observa-se que o mencionado instrumento de participação popular possui uma dinâmica clara, sendo de fácil compreensão em uma primeira análise (BENEVIDES, 2003, p. 33).

Na ordem constitucional brasileira, a proposta de iniciativa popular para a criação de lei federal necessita da assinatura de um por cento do eleitorado nacional, distribuído em, no mínimo, cinco estados brasileiros, não podendo a representação de eleitores subscritores ser menor do que três décimos do eleitorado de cada um desses estados, como preceitua o art. 61, § 2º, da Constituição Federal. Ressalta-se ainda que a Constituição autoriza o instituto da iniciativa popular em âmbito estadual (art. 27, § 4º) e em âmbito municipal (art. 29, inciso XIII), exigindo-se, neste caso, a manifestação de no mínimo cinco por cento do eleitorado municipal.

Entretanto, a maior complexidade conceitual reside na diferenciação dos institutos do plebiscito e do referendo, possuindo divergências entre autores, na aplicação desses mecanismos pelos países e, inclusive, na contradição entre teoria e prática, como já ocorreu no Brasil, conforme será tratado adiante.



Nesse contexto, compartilha-se o paralelo estabelecido por Benevides (2003, p. 40) sobre ambos os institutos. Segundo a citada autora, o plebiscito e o referendo podem ser definidos e diferenciados sob dois aspectos: o da natureza do tema discutido e o do momento da convocação. Com relação à natureza, enquanto que o referendo está adstrito a discussões sobre questões legais e constitucionais, o plebiscito é mais abrangente, abarcando questões políticas de um modo geral, desde que envolva interesse público. Já no que toca ao momento da convocação, o referendo é convocado após a edição e a vigência de atos normativos, tendo o objetivo de confirmar (referendar) ou rejeitar as disposições legais já vigentes, ao passo que o plebiscito ocorre antes da adoção, pelo Estado, da medida discutida, sendo de fato uma consulta popular sobre um ato futuro.

Justamente pelo fato de terem ocorrido após a vigência dos preceitos entabulados na nova Constituição, entende Benevides (2003, p. 40) que os plebiscitos de 1993, que discutiram o tipo de regime e o sistema de governo, são, na verdade, referendos, tendo em vista que buscavam a confirmação ou rejeição da população sobre algo vigente à época.

Feitas as notas introdutórias sobre os mecanismos de participação popular presentes na atual ordem constitucional, afunila-se o objeto do estudo deste capítulo, passando a investigar especificamente o plebiscito, mecanismo este que tem o papel de inserir o povo no debate político local e nacional, possuindo classificações e especificidades que merecem ser destacadas, observando as disposições constitucionais que tratam deste mecanismo, em especial os arts. 14 e 18 da Constituição Federal, bem como a Lei nº 9.709/1998, que regulamenta o art. 14 da CF, disciplinando o procedimento a ser seguido no plebiscito, referendo e na iniciativa popular.

De acordo com Auad *et. Al.* (2004, p. 302), o plebiscito no Brasil pode ser dividido em plebiscito amplo e plebiscito orgânico. O primeiro leva à apreciação popular qualquer questão que possua interesse nacional, independentemente da matéria. Já o plebiscito orgânico, também chamado de geopolítico, (SANSON, 2007, p. 166), específico (AFFONSO, 1996, p. 21), ou de territorial (MACEDO, 2018, p. 70), apresenta à população questões relacionadas exclusivamente à redefinição territorial, em especial as hipóteses de desmembramento, subdivisão e incorporação entre estados e entre municípios, previstas no art. 18, § 3º e § 4º, da Constituição Federal. Conforme



observado por Macedo (2018, p. 68-69), o plebiscito para discussão de questões territoriais é previsto desde a Constituição de 1937, ainda que não se apresentasse nessa Carta o processo de incorporação, subdivisão e desmembramento de estados, o que só foi previsto, mediante plebiscito, na Constituição de 1946, como já mencionado.

Assim, percebe-se que os mecanismos de participação popular possuem a função de ampliar a participação popular em decisões políticas, chamando o povo para o cerne de discussões relevantes para o Estado brasileiro, inclusive, e principalmente, sobre alterações nos limites estaduais e municipais. Observa-se, por outro lado, que os procedimentos pelos quais são desenvolvidos tais mecanismos, especialmente o plebiscito, podem oferecer um obstáculo à manifestação do soberano nos debates sensíveis à sociedade, indo de encontro ao próprio objetivo da participação popular. Desse modo, focando nos plebiscitos previstos pela Constituição Federal, resta analisar os procedimentos previstos para a sua realização, a fim de compreender se tal instrumento abre margem para a manifestação do povo ou se funciona apenas no plano retórico, legitimando os poderes constituídos.

3. LIMITAÇÕES À MANIFESTAÇÃO POPULAR ENCONTRADAS NO PROCEDIMENTO DO PLEBISCITO

Como visto anteriormente, a Constituição de 1988 estabeleceu mecanismos para viabilizar a manifestação do povo em assuntos políticos, quais sejam, a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito. Assim, tais mecanismos têm por escopo conferir efetividade ao princípio da soberania popular, consagrado pelo art. 14 da Constituição Federal, além de ser erigido pelo Constituinte, juntamente à cidadania, como um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF).

Tendo como foco o estudo do plebiscito, busca-se investigar os procedimentos previstos para a realização do plebiscito, trazidos pela norma constitucional e pela legislação infraconstitucional, a fim de encontrar possíveis elementos impeditivos ou restritivos a participação do povo no processo político, de modo a minar o potencial democrático deste instrumento.

Ambas as modalidades de plebiscito, o amplo e o territorial, devem ser convocados pelo Congresso Nacional, o qual possui competência exclusiva para tal ato,



de acordo com o art. 49, inciso XV, da CF, mediante decreto legislativo proposto por um terço, no mínimo, dos membros de qualquer uma das Casas do Congresso Nacional. Logo no ato de convocação do plebiscito, portanto, já é possível encontrar um obstáculo à manifestação popular: a vinculação de todo o procedimento do plebiscito à iniciativa exclusiva do Congresso Nacional.

Nota-se que não há margem para que a população (total ou parcialmente) possa iniciar a tramitação do procedimento de um plebiscito. Ou seja, o povo pode ser consultado, mas somente se os parlamentares, eleitos pelo próprio povo, quiserem ouvi-lo. Macedo (2018, p. 71) pontua que “este artigo se constituiu em um impedimento à democracia semidireta, haja vista retirar do povo a legitimidade e competência em requerer plebiscitos ou referendos”. Nesse sentido, Benevides (2016, p. 26) elenca, dentre outras medidas necessárias “na defesa das formas de participação direta do cidadão em processos deliberativos”, a garantia de que o povo possa solicitar a convocação de plebiscitos e referendos, o que parece lógico, visto que, sendo o povo o titular do poder soberano, não há sentido que a sua manifestação dentro de um processo decisório esteja condicionada à vontade de seus representantes.

Soma-se a isso outro ponto limitador do potencial democrático do plebiscito orgânico, nesse caso específico, qual seja a ausência de definição legal dos temas que serão levados à consulta plebiscitária, havendo apenas a genérica previsão de “matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa” (BRASIL, 1998, *online*). Dessa forma, entende-se que caberia ao Congresso Nacional classificar, no caso concreto, determinada matéria como de acentuada relevância ou não, decidindo, discricionariamente, se a questão pode ser levada à consulta popular, o que acarreta um esvaziamento do plebiscito, haja vista que o Legislativo poderia deixar de levar ao crivo da população demandas que possuem acentuada relevância, submetendo à consulta popular apenas as discussões de menor importância, ou nem sequer utilizar os instrumentos de democracia semidireta (SANSON, 2007, p. 168), que é, inclusive, o que mais se observa na realidade brasileira, conforme aponta Affonso (1996, p. 14): “é pobre, como se vê, a rigor quase nenhuma, a experiência plebiscitária em nossa história política”.

Em uma primeira análise, o problema da indefinição temática não é visto no plebiscito territorial, tendo em vista que nesse caso existe a previsão das hipóteses de



utilização, apresentadas pelo art. 18, § 3º e § 4º da Constituição Federal. O § 3º prevê a possibilidade de alteração dos limites territoriais entre estados, ou a formação de um novo estado ou Território Federal, mediante a realização de plebiscito com a população diretamente interessada com a consequente aprovação de lei complementar sobre a matéria. Por sua vez, o § 4º preceitua a hipótese de mudanças nos limites intermunicipais, ou a criação de municípios, por meio de lei estadual, dentro do prazo conferido por lei complementar, consultando-se a população dos municípios envolvidos por meio do plebiscito, após a publicação dos Estudos de Viabilidade Municipal (BRASIL, 1988, *online*)¹.

Entretanto, esta modalidade de consulta plebiscitária também apresenta em seu procedimento barreiras específicas à manifestação popular. Além da exclusividade do Congresso Nacional para a sua convocação (os plebiscitos para tratar sobre alteração de limites municipais serão convocados pelas Assembleias Legislativas, conforme art. 5º da Lei nº 9.709/1998), o plebiscito territorial possui outros impeditivos à efetivação da soberania popular, como a não vinculatividade do resultado do plebiscito no processo de redimensionamento dos limites territoriais, ou seja, caso a população diretamente interessada opte pela alteração da divisa, cabe ao Congresso Nacional decidir se essa mudança ocorrerá de fato, após a tramitação de processo para aprovação de lei complementar, inclusive com a realização de audiências, onde serão ouvidas as Assembleias Legislativas dos estados envolvidos (art. 4º da Lei nº 9.709/1998). Dessa forma, o plebiscito previsto no art. 18, § 3º, da CF tem caráter meramente autorizativo (AFFONSO, 1996, p. 22), limitando consideravelmente o potencial democrático deste mecanismo de participação popular.

Aliás, antes mesmo da aprovação do decreto legislativo que convoca o plebiscito já há um processo moroso de deliberação e aprovação do projeto em várias comissões de ambas as Casas legislativas para só então ser remetido ao plenário. As apreciações

¹ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...]

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.



dos projetos de decreto legislativo nessas comissões já representam filtros ao chamamento popular, visto que, além da demora na deliberação, muitos desses projetos são vetados antes mesmo de chegarem ao plenário (PIRES, 2013, p. 325-326). Assim, Pires (2013, p. 325-327) sistematizou todo o procedimento de alteração de limites estaduais e de criação de novos estados em cinco fases: (i) aprovação do projeto de decreto legislativo em comissões de ambas as Casas (como a Comissão de Constituição e Justiça); (ii) aprovação pelas duas Casas do projeto de decreto legislativo convocando o plebiscito; (iii) realização da consulta popular por meio do plebiscito; (iv) apresentação e apreciação do projeto de lei complementar por uma das Casas; (v) sanção do Presidente da República.

Havendo a rejeição do projeto em qualquer das fases acima mencionadas, sua reapresentação só poderá ocorrer na próxima legislatura. Um dos efeitos colaterais dessa regra é o enfraquecimento de campanhas populares favoráveis à emancipação de uma região, como ocorreu com os “movimentos do Iguaçu e Santa Cruz que após serem rejeitados durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 e na Revisão Constitucional de 1993 encontram-se completamente paralisados” (PIRES, 2013, p. 331).

Nesse contexto, percebe-se que o processo legislativo em torno da alteração dos limites internos do território brasileiro é composto, majoritariamente, por discussões e decisões tomadas exclusivamente pelo Poder Legislativo, tendo o povo o direito de participar do processo decisório em apenas uma das fases, que nem sequer tem o poder de vincular sua decisão ao resultado do possível redimensionamento territorial, visto que a última palavra cabe ao Congresso Nacional. Fica visível, assim, como o procedimento do plebiscito territorial fragiliza o próprio instituto, servindo a consulta como um verniz democrático a uma medida que será decidida pela classe política.

Evidente, portanto, a contradição que permeia os procedimentos de plebiscito previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma demonstração de como esse mecanismo, ao desempenhar o papel de efetivação da soberania popular, é limitado, existindo uma série de procedimentos que acabam por impedir ou dificultar a participação popular nas discussões políticas, de modo a tornar o plebiscito, na prática, um instrumento de pouca efetividade no que tange à concretização da soberania popular. O tensionamento entre a democracia e o constitucionalismo pode explicar esse



esvaziamento do mecanismo de participação popular, haja vista que a Constituição, ao definir linhas e procedimentos norteadores do Estado, pode colidir e reduzir o poder soberano do povo, proveniente do regime democrático. No próximo capítulo, será desenvolvido justamente essa dinâmica, no contexto da deficitária contribuição democrática que apresenta o plebiscito.

4. A INFLUÊNCIA DA TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NAS DISFUNÇÕES PROCEDIMENTAIS DO PLEBISCITO

A Constituição Federal expressa logo no seu primeiro artigo que todo o poder emana do povo. Ainda, consagra a soberania popular como princípio constitucional (art. 14 da CF), dispondo que a efetivação desse postulado se dará por meio do sufrágio universal e dos mecanismos de participação popular, quais sejam, o referendo, a iniciativa popular e o plebiscito. Este último instrumento aparenta possuir um potencial democrático ao consultar o povo sobre determinada matéria de ordem política ou administrativa, antes que a medida tenha sido tomada.

Entretanto, como investigado no capítulo anterior, os procedimentos para a realização do plebiscito possuem mecanismos e fases que, além de trazer morosidade à tramitação do processo, deixam a consulta plebiscitária condicionada à vontade do Congresso Nacional, que tem a competência exclusiva para convocar o plebiscito de ordem nacional, podendo definir, inclusive, quais questões são suscetíveis à consulta popular. Dessa forma, o plebiscito perde consideravelmente a sua função como mecanismo de participação popular, possuindo uma função mais formal do que material, em termos de efetivação da soberania popular.

Analisa-se, neste capítulo, essa incongruência observada no instituto do plebiscito no Brasil a partir da tensão entre o constitucionalismo e democracia, apresentando alguns aspectos desse conflito que podem explicar o esvaziamento da função do plebiscito na prática. O constitucionalismo, é de se ressaltar, já possui em sua essência a função de controle do poder estatal e submissão do governo à Constituição (CHEURI; GODOY, 2010 p. 166). Conforme explicam Kozicki e Barboza (2008, p. 156), esse controle imposto pelo constitucionalismo tem por objetivo a proteção dos direitos fundamentais “mesmo que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do



Legislativo.” Por essa razão, Moreira Neto (1992, p. 22) relaciona o constitucionalismo com a ideia de contenção, afirmando que “o constitucionalismo foi a melhor das soluções para limitar essa expansão [expansão do poder estatal] e, com o aperfeiçoamento do Estado de Direito, introduzir mecanismos de controle”.

Nesse contexto, o problema encontrado é que o constitucionalismo, ao garantir a estabilidade por meio de mecanismos de controle, acaba por limitar a manifestação do povo, detentor do poder constituinte. Assim, em linhas gerais, o conflito entre o constitucionalismo e a democracia se dá por conta da limitação imposta pela Constituição ao povo, o qual é soberano em um regime democrático. Ou seja, de um lado o constitucionalismo impõe limites à democracia, ao fornecer meios previamente definidos para a participação popular, ao passo que a democracia tenta transpassar esses limites, a fim de garantir a manifestação soberana do povo. Desse modo, compreende-se que o constitucionalismo fornece

uma proteção do texto constitucional contra a própria soberania do povo, que ficou esvaziada na medida em que não seria mais possível admitir que uma manifestação espontânea do povo fosse considerada uma manifestação de sua soberania” (COSTA, 2011, p. 204).

Portanto, o constitucionalismo propicia uma supremacia da Constituição em detrimento da soberania popular, visto que restringe a participação do povo nos processos decisórios às hipóteses e às formas previstas na lei (COSTA, 2011, p. 204). Ademais o constitucionalismo utiliza-se do poder soberano do povo como forma de legitimação da estrutura institucional trazida pela ordem constitucional, seja por meio da representação, a partir do sufrágio universal, seja no plano discursivo, reconhecendo no texto constitucional a soberania do povo, ainda que fictícia (BERCOVICI, 2013, p. 310; COSTA, 2011, p. 203/223).

Em outras palavras, “a menção constitucional sobre a soberania popular se comporta como uma mera formalidade de legitimação do poder sem levar em consideração a própria sociedade que vive sob jugo desta ordem jurídica” (PIRES; LIMA, 2021, p. 177). Assim sendo, no constitucionalismo moderno, o poder constituinte do povo “se esgota na elaboração do texto constitucional” (COSTA, 2011, p. 223), de modo que “o povo utiliza seu poder para fundar os outros poderes que, a partir de sua criação, passam a dispor sobre o povo” (BERCOVICI, 2013, p. 310).



Transpondo esse cenário de tensão entre constitucionalismo e democracia para a discussão aqui proposta, percebe-se como a limitação que o primeiro proporciona à manifestação do poder soberano pode implicar no esvaziamento do plebiscito, apresentando procedimentos que acabam por impedir ou restringir a participação popular no processo decisório, como constatado por Pires (2013, p. 331). Observa-se que a própria institucionalização da participação popular, por meio dos mecanismos de participação (plebiscito, referendo e iniciativa popular, além do sufrágio), já é uma forma de canalizar o impulso democrático e de submeter a soberania popular à supremacia constitucional. Esse fator, por si só, já representa um cerceamento à democracia, uma vez que prescreve “a maneira pela qual o povo pode ou não se manifestar” (PIRES; LIMA, 2021, p. 177), ou seja, “o povo tem um poder absoluto e permanente, mas que somente pode ser exercido na própria instituição do texto constitucional” (COSTA, 2011, p. 223).

Não obstante à limitação ao poder do povo inerente à própria institucionalização do plebiscito, observa-se que as normas procedimentais que disciplinam esse mecanismo acabam por rifar completamente qualquer possibilidade de manifestação popular efetiva, implicando muito mais em uma forma simbólica de regime democrático (FACHIN; SILVA, 2017, p. 233) do que uma concretização de fato da soberania popular. Como visto no capítulo anterior, as diversas etapas presentes no procedimento do plebiscito fazem com que a maioria das matérias que poderiam ser discutidas não chegue ao povo, ficando barrado em um dos filtros trazidos por tais etapas.

Ademais, tanto a convocação do plebiscito, quanto a definição das matérias a serem objeto da consulta plebiscitária passam pelo crivo exclusivo do Congresso Nacional, o que pode evitar com que vários assuntos que afetem diretamente a vida da população sejam decididos à revelia da vontade popular, havendo praticamente, nesse caso, uma supremacia parlamentar, vez que todo o processo do plebiscito gira em torno da vontade dos congressistas, sendo a consulta popular um elemento incidental de um mecanismo que tem por finalidade garantir o exercício da soberania popular, conforme dispõe o art. 14 da CF.

Constata-se, assim, que o plebiscito, ao se propor como um mecanismo de participação popular e de viabilização de uma democracia direta, se comporta, na verdade, como um mecanismo de controle do poder soberano do povo, inviabilizando



a própria manifestação popular, quando tinha a função de garanti-la. Nesse cenário, é possível notar um exemplo de limitação à democracia ocasionada pelo constitucionalismo, na medida em que um mecanismo institucionalizado pela Constituição, qual seja, o plebiscito, acaba por afastar, por meio de uma série de operações, o povo do processo decisório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou investigar como o plebiscito, um mecanismo de participação popular instituído pelo art. 14 da Constituição Federal, pode, na prática, limitar o poder soberano do povo, por meio dos procedimentos que o disciplina. Inicialmente, foram abordados os mecanismos de participação popular trazidos pela Constituição, quais sejam, a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, contextualizando o conceito, o cabimento e as finalidades de cada instituto. Sequencialmente, a pesquisa rumou-se ao estudo específico do plebiscito, mecanismo este que realiza uma consulta à população sobre uma medida política antes de ser colocada em prática. Subdivide-se em plebiscito amplo, o qual não tem uma matéria específica, devendo se tratar apenas de uma questão de acentuada relevância; e o plebiscito territorial, atrelado ao processo de redimensionamento territorial e de formação de novos estados, territórios e municípios, conforme o art. 18, § 3º e § 4º, da CF.

No segundo capítulo, foram analisados os procedimentos que instrumentalizam o plebiscito no Brasil, nas suas duas modalidades. De início, notou-se que a forma de convocação do plebiscito já possui um caráter antidemocrático, na medida que a Constituição confere ao Congresso Nacional a competência exclusiva para a decretação do ato convocatório. Ademais, com relação ao plebiscito amplo, a ausência de delimitação das matérias a serem levadas ao crivo popular, embora aparente representar um apelo democrático ao não limitar a temática, produz o efeito contrário, ou seja, o afastamento do povo do processo decisório, tendo em vista que é o Congresso Nacional, mais uma vez, o único responsável para definir quais questões podem ser discutidas no plebiscito. Já no plebiscito territorial, observa-se que as várias fases procedimentais acabam por descaracterizar o potencial democrático do instituto,



conferindo uma burocracia excessiva ao processo plebiscitário e trazendo morosidade à deliberação, isso quando a questão chega a ser deliberada. Ademais, a decisão tomada pelo povo no plebiscito, caso seja favorável à alteração territorial, não é vinculativa, ou seja, é apenas uma das fases a serem seguidas no processo de redimensionamento territorial, cabendo ao Congresso Nacional a decisão definitiva sobre a questão.

Essas limitações procedimentais presentes no plebiscito refletem um conflito que serve de pano de fundo dessa problemática: a tensão entre o constitucionalismo e a democracia. Sendo assim, no terceiro capítulo, jogou-se luz sobre a disputa entre essas tradições, com a finalidade de compreender de que modo essa tensão reflete na forma como o plebiscito foi desenhado no Brasil. Constatou-se que a própria institucionalização da manifestação popular em mecanismos previstos pela Constituição já representa uma sensível redução do poder soberano do povo, na medida que a manifestação popular só é permitida se ocorrer dentro dos limites trazidos pela norma constitucional.

Ainda, observou-se que os procedimentos presentes no plebiscito funcionam como filtros à participação popular, impedindo que o povo pudesse decidir várias questões de seu interesse, havendo uma supremacia parlamentar no plebiscito, haja vista que praticamente todo o procedimento deste mecanismo gira em torno do Congresso Nacional, desde a convocação da consulta plebiscitária até a decisão sobre a matéria que já foi objeto do plebiscito. Desse modo, sem tratar de forma exaustiva as limitações do plebiscito, conclui-se que este instrumento, no Brasil, limita a manifestação, seja pelo seu procedimento previsto na Constituição e na lei ordinária, seja pela sua própria institucionalização, servindo como um mecanismo de controle ao poder soberano do povo em vez de um instrumento de participação popular.

REFERÊNCIAS

- AFFONSO, Alminio. Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 132, p. 11-27, out./dez. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176503>. Acesso em 25 abr. 2022.
- AUAD, Denise, *et. al.* Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 3, jan./jun. 2004. Disponível em:



<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/73>. Acesso em 16 ago. 2021.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 2003, 208p.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania ativa e democracia no Brasil. **Revista Parlamento e Sociedade**, v. 4, n. 6, p. 21-31, jan./jun./ 2016.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**. v. 88, p. 305-325, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019, 577 p. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**. v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R4fdDzgNCj6Y7ms4PgQXmhP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 07 de abril de 2022.

COSTA, Alexandre Araujo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Teoria e Sociedade**. n. 19.1, p. 198-227, jan./jun. 2011.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. **Ius Gentium**. v. 8, n. 1, p. 225-239, jan./jun. 2017.

KALIL, Daniela. **Plebiscito**. 2012. 239 f. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

MACÊDO, José Eduardo de Santana. **Cidadania além do voto**: a participação política como forma de aprimoramento democrático no Brasil. 2018. 128 f. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, Campus Higienópolis, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A legitimidade plena. **Revista de Informação Legislativa.** n. 114, p. 21-40, abr./jun. 1992.

PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo Neia. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da teoria constitucional de Sieyès. **Duc in Altum**, v. 13, n. 31, 2021.

PIRES, Warley Pereira. **A in-divisibilidade dos territórios estaduais no Brasil** – os projetos de desmembramento, subdivisão e incorporação de UFs – novos estados e territórios federais frente a manutenção dos atuais estados. 2013. 539 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Programa de Pós Graduação em Geografia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SANSON, Alexandre. **Dos institutos de democracia semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular) como fontes de fortalecimento da cidadania ativa.** 2007. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS E UNIÃO ESTÁVEL: ABANDONO DOS ANTIGOS PARADIGMAS NO DIREITO SUCESSÓRIO

HOMOAFFECTIONAL RELATIONSHIPS AND STABLE UNION:
ABANDONMENT OF OLD PARADIGMS IN SUCCESSION LAW

DOI: 10.51859/AMPLA.EDL2318-8

Alexsandro José Rabelo França ¹
Mayrannne Pinto Rocha ²

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA

RESUMO

O presente trabalho ocupou-se da evolução da união estável no ordenamento jurídico pátrio, abordando avanços sucessórios em relacionamentos homoafetivos e a discussão jurisprudencial da constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Objetiva, assim, identificar o atual conceito de família no sistema jurídico brasileiro, vislumbrando a evolução da união estável como entidade familiar e analisando os efeitos desse instituto no direito de herança. Utilizou-se método de pesquisa de investigação documental em jurisprudência e fontes bibliográficas. Desse modo, o trabalho almeja contribuir para obtenção de visão analítica sobre o assunto, percorrendo e apresentando constatações e considerações essenciais sobre os objetivos delineados.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito de Família. Sucessões. Homoafetividade. Jurisprudência.

ABSTRACT

The present work dealt with the evolution of the stable union in the country's legal system, addressing succession advances in homosexual relationships and the jurisprudential discussion of the constitutionality of art. 1790 of the Civil Code. It aims, therefore, to identify the current concept of family in the Brazilian legal system, glimpsing the evolution of the stable union as a family entity and analyzing the effects of this institute on the right of inheritance. A documental investigation research method was used in jurisprudence and bibliographic sources. In this way, the work aims to contribute to obtaining an analytical view on the subject, discussing and presenting essential findings and considerations about the objectives outlined.

Keywords: Civil Right. Family Right. Successions. Homoaffectivity. Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é notoriamente elogiada pelos estudiosos do Direito, haja vista o extenso rol de direitos consubstanciado na Carta Magna brasileira. Nas palavras de Mendes e Gonet (2012, p. 154-155), “a Constituição promulgada em 5



de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais”.

Para os autores, a atual Constituinte apresentou, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, os princípios do respeito à dignidade humana e o Título dos direitos fundamentais, e por essa e outras relevantes razões, foi digna de receber o adjetivo de “Constituição Cidadã” (MENDES; GONET, p. 155).

É possível observar que o art. 226, CF, concedeu especial proteção à família, considerando-a base da sociedade. Ainda como reflexo dessa proteção, a Lei Maior considerou como direito fundamental o direito à herança, bem como – haja vista a evolução do conceito de família em sociedade – reconheceu a união estável como entidade familiar, garantindo o dever da lei em facilitar sua conversão em casamento.

Não obstante esse reconhecimento, observa-se que a Constituição faz clara menção ao termo “homem e mulher” para fins da formação da união estável, circunstância que gerou diversas discussões por aparentar não abranger as uniões decorrentes de relacionamentos homoafetivos.

Diante desse cenário de possível violação de direitos, como o da liberdade e da dignidade da pessoa humana, questões relacionadas às uniões homoafetivas, tanto no âmbito constitucional como infraconstitucional, foram levadas aos Tribunais Superiores para que fosse possível assegurar e garantir o cumprimento de direitos de forma igualitária, abandonando antigos paradigmas que representam retrocesso social.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar os efeitos da união estável no tocante ao direito de herança, observando o progresso jurisprudencial do que atualmente se entende por “entidade familiar”.

Os objetivos específicos delineados são: a) identificar o atual conceito de família no sistema jurídico brasileiro, vislumbrando a evolução da união estável como entidade familiar; b) identificar o regime sucessório, reconhecido pela jurisprudência, à pessoa que viveu em união estável com o de cujus; c) traçar comentários acerca das relações homoafetivas e a quebra de paradigma.

O trabalho faz uso da metodologia de pesquisa bibliográfica, qualitativa, exploratória e documental, almejando observar as mudanças no conceito de unidade familiar e seus reflexos no direito sucessório em trabalhos já publicados, além de



pesquisa em diferentes fontes bibliográficas de obras que abordam a temática tratada, através de revistas, jornais, depoimentos, artigos, livros entre outros.

Para a construção do trabalho foi utilizado o método de pesquisa de investigação documental na jurisprudência, sobretudo nos seguintes julgados: Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Recurso Especial nº 1183378/RS.

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO PÁTRIO

Em razão da necessidade de o ser humano estabelecer relações afetivas, surge a formação da família, entendida como um conjunto de pessoas interligadas por laços de parentesco, sejam estes sanguíneos ou afetivos.

Nas contribuições do direito romano, a entidade familiar romana tinha a figura do pater famílias, que segundo Aurea Pimentel (1991) era o sacerdote, o senhor e o magistrado da família, exercendo os poderes espiritual e temporal à época unificados e, como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia.

Com a influência da família patriarcal e ascensão do Cristianismo, a Igreja Católica considerou o casamento um sacramento. No Brasil-Império, eram praticadas três modalidades distintas de casamento: o casamento católico; o casamento misto (católico e acatólicos) e o casamento entre pessoas de seitas dissidentes (PEREIRA, 1997).

Não obstante o Direito Canônico tratar sobre esse instituto e, portanto, da família, o Código Civil de 1916 foi influenciado pelo aspecto religioso e patriarcal, não sendo receptivo com a chamada família ilegítima (contraída sem o casamento). Diante das necessidades de mudanças, principalmente no que tange à separação entre Estado e Religião, o conceito de família foi tomando outras proporções.

A Constituição Federal de 1988, no § 4º, do artigo 226, garantiu especial proteção à família pelo Estado e a essência patriarcal foi mitigada. Previu que a entidade familiar é uma comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, não deixando mais o poder familiar somente a cargo do “homem da casa”.

A união entre pessoas de forma livre e independente, sem qualquer tipo de formalidade, sempre existiu, mas só recentemente encontrou amparo na legislação



nacional. Até 1977 não existia divórcio no Brasil, o que levava as pessoas separadas de fato a contrair uma nova relação amorosa ou viver como uma pessoa livre e sem formalizar outra relação.

O Código Civil de 1916 não foi receptivo com a chamada família ilegítima, ou seja, aquela constituída sem casamento, e embora reconhecesse a sua existência em sociedade, fez somente abordagens ao então chamado “concubinato”, com o escopo de proteger a família legítima (VENOSA, 2013).

Com a Constituição de 1988, avanços significativos, no que tange ao tema em comento, foram trazidos à baila, nesse sentido, o artigo 226, §3º assim dispôs: "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

A união entre pessoas não casadas passou a ser tratada dentro do Direito de Família. O Constituinte de 1988, considerou as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas um fato social. Retirando todo o aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob a proteção do Estado (PEREIRA, 1997).

Foi editada a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que assegurou o direito dos companheiros a alimentos e partilha na sucessão. A mesma foi alvo de diversas críticas, inclusive foi cogitado que a referida lei desprestigiava o casamento, atribuindo mais privilégios para a concubina em comparação com a esposa.

A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, foi editada com o propósito de regulamentar o §3º do artigo 226 da Constituição Federal. A referida lei previu em seu artigo 1º: "É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família".

Percebe-se que o artigo em comento, ao caracterizar a união estável, não fixou um prazo mínimo de convivência, bem como não fez referência à necessidade de filhos para a sua caracterização nem ao estado civil das pessoas, fazendo menção apenas à convivência duradoura, pública e contínua, com intenção de constituir uma família.

Por um longo período, os termos “união estável” e “concubinato” eram tidos como sinônimos, entretanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, essas expressões receberam distinções.

Conforme mencionado alhures, diante das necessidades de mudanças sociais que influenciam o Direito, o conceito de família foi tomando outras dimensões. Com a



crescente luta pelos direitos humanos nas relações homoafetivas, o Código Civil recebeu diversas críticas por não contemplar o relacionamento de pessoas do mesmo sexo em seus dispositivos legais.

Contudo, em 2011 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4277, decidiu favoravelmente a união estável homoafetiva. Conforme prolatou o ministro e relator Ayres Britto, a união homoafetiva não pode ser classificada como mera sociedade de fato, como se fosse um negócio mercantil – desse modo – deve ser excluída da interpretação da regra (art. 1.723) qualquer significado que impeça o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O atual conceito de família ou entidade familiar no ordenamento jurídico pátrio permite a dispensa de determinadas formalidades, tal como, o casamento. Tornou-se mais amplo e de modo a abranger a união entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, cumpre mencionar a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com base no entendimento firmado pelo STF, com relação à conversão da união estável em casamento quanto aos relacionamentos homoafetivos.

O Tribunal entendeu que, embora as redações dos artigos 226, § 3º, CF, e art. 1.723, CC, façam menção a "homem e mulher", a Constituição Federal dispõe de uma série de princípios que não podem ser dirimidos nas situações fáticas atuais, a exemplo, da dignidade da pessoa humana, dos objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (TJ/SC, 2019).

Importante julgado se trata do Recurso Especial nº 1183378/RS, onde o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento quanto ao pluralismo familiar na Constituição, impedindo afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

O princípio da isonomia foi a base da decisão do STJ, que ressaltou o direito à diferença como essencial para manifestação do direito à igualdade de maneira substancial, presente de forma clara e inequívoca no Acórdão:

[..] 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não



se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. (BRASIL, 2011)

Dessa forma, pode-se observar que o cenário legal, por meio das jurisprudências, tem caminhado no sentido de garantir a efetivação de direitos do ser humano, quais sejam, a convivência livre e justa, sem preconceitos de origem, raça, cor e sexo. E a unidade familiar é elemento essencial nessa efetivação, sendo a compreensão de seu alcance salutar para não haver violação de direitos.

3. A UNIÃO ESTÁVEL FRENTE AO DIREITO SUCESSÓRIO

É inegável que o casamento e a união estável são institutos diferentes, com requisitos diversos entre si para configuração de cada um. A solenidade exigida para a consolidação do casamento é um desses requisitos divergentes. Ainda assim, a desigualdade de tratamento apresentada até então não demonstra nexos, pois deveriam fazer jus à mesma proteção e o direito à meação e sucessão, tal como foi pelo STF, conforme será abordado neste tópico.

O fato de serem formas diferentes de constituição de família não justifica a estrutura até então vigente, em que o companheiro concorre com parentes de graus distantes. No tocante à sucessão hereditária no Código Civil de 2002, em que pese a inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários no art. 1.845 do Código Civil, o companheiro não foi considerado herdeiro.

Com todos esses avanços, embora o direito sucessório do companheiro tenha ganhado embates sob o aspecto da divisão patrimonial e sucessório, as normas jurídicas ainda conflitam com o caro princípio da isonomia entre cônjuge e companheiro, o que pode ser atestado pela discrepância entre o art. 1.829, que apresenta o cônjuge como herdeiro necessário, e o art. 1.790, que trata da sucessão do companheiro, todos do Código Civil de 2002.

Em relação à sucessão e união estável, o Código Civil no art. 1.790 menciona que a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Já a sucessão referente ao cônjuge, disciplinada no art. 1.829 do Código Civil, identifica-se uma maior abrangência



em relação aos bens deixados pelo de cujus, visto que, além do direito à metade de todos os bens comuns, meação (caso a sociedade conjugal esteja sob o regime de comunhão parcial de bens), o cônjuge sobrevivente também recebe uma quota da herança do falecido.

Nesse sentido, Gonçalves (2017) leciona que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, entretanto, sem receber, tratamento atribuído ao cônjuge sobrevivente, o qual tem maior participação na herança, sendo incluído no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos descendentes e ascendentes.

O tema foi levado ao STF, em sede de repercussão geral, cujo entendimento foi no sentido de afirmar que: “Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988”.

O Supremo Tribunal Federal afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família além do casamento. Entre essas modalidades existe a união estável convencional e a homoafetiva. O Código Civil, desequiparando para fins de sucessão o casamento e também as uniões estáveis, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do Código Civil foi considerado inconstitucional, visto que viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

O STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo, que estabelecia distinção entre regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, bem como decidiu pela aplicação do art. 1.829 do Código Civil, para ambos os casos, ou seja, independentemente da relação decorrer de casamento ou de união estável. Assim, o companheiro ou companheira concorrerá com os descendentes do falecido, não somente em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, conforme preconiza o art. 1.725 Código Civil.

Além da união estável, o entendimento abrange também outros tipos de união, como aquelas decorrentes de relacionamentos homoafetivos, numa evidente



interpretação extensiva – e justa – do que está contido no dispositivo constitucional supracitado.

4. RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E A QUEBRA DE PARADIGMA

Inegáveis são os avanços dos relacionamentos homoafetivos nas últimas duas décadas. Considerando a forte influência da religião sobre o Estado Brasileiro, até a primeira metade do séc. XX seria impensável o casamento entre casais homoafetivos ou mesmo a formação de família fora do casamento ou fora da religião (FIGUEIREDO e FIGUEIREDO, 2014, p. 104). O arcabouço ideológico trazido pelo direito canônico, que estabelecia entendimentos do que seria direito natural no instituto do casamento, trazendo entraves reais ao casamento entre indivíduos homossexuais. Até então a própria conduta era considerada um desvio patológico, o que só foi erradicado no Brasil em 1985, quando o Conselho Federal de Medicina removeu a homossexualidade do rol de patologias e aboliu o termo “homossexualismo”.

Da mesma forma, o conceito de unidade familiar foi evoluindo, adequando-se às mudanças por que passava a sociedade, gradativamente corrigindo distorções seculares que tanto tolhiam os direitos civis de diversos indivíduos. Importantíssima e histórica foi a decisão do STF no marco do ADI 4277, junto do ADPF 132, estabelecendo um novo patamar para a relação homoafetiva, que poderia, pela primeira vez, ser estabelecida de forma inequívoca como relacionamento afetivo, formando uma unidade familiar e, por essa razão, com direitos equiparados aos da união estável. Como foi visto, a união estável já estabelecia uma equiparação com o casamento. Tal alteração permitiu que o avanço com relacionamento homoafetivo fosse também trazido a esse patamar. O direito ao casamento tinha, enfim, sido universalizado.

Em seguida, a decisão do STJ no Recurso Especial 1183378/RS referendou tal entendimento, aperfeiçoando-o para estabelecer o casamento propriamente dito, sendo citada como precedente nos atos normativos de diversos tribunais estaduais que legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nessa decisão, por maioria a 4ª turma do STJ proveu recurso de duas mulheres que pediam habilitação ao casamento civil. Em consonância com o voto do relator, o ministro Luis Felipe Salomão, a turma

chegou à conclusão de que a dignidade da pessoa humana não é nem pode ser limitada em razão do uso da sexualidade.

Dessa forma, entendeu que a proteção jurídica representada pelo casamento não pode ser denegada pela orientação sexual, o que resultaria em injustificada e famigerada exclusão de famílias dessa proteção. O texto do acórdão foi elucidativo em apresentar a visão que estava vigorando nas cortes superiores:

[...] 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. [...] 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. (BRASIL, 2011)

No entanto, mesmo havendo tal previsão, o que se observou foi uma grande dificuldade para casais do mesmo sexo conseguirem materializar sua união em cartórios do país. Parte significativa da sociedade não reconhecia o direito desses casais e obstaculizavam sua materialização.

Mudanças dessa natureza sempre passam por um período de adaptação e as reações contrárias indicavam que ações mais enérgicas eram necessárias pelo poder público. No caso em questão, as recusas foram de tal forma preponderantes que ensejaram a edição da Resolução n° 175 em 14 de maio de 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Partindo do ministro Joaquim Barbosa, na época presidente do STF e do CNJ, a Resolução n° 175 teve aprovação da maioria dos conselheiros e determinava em seu artigo 1º que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. Permitia, assim, que os cartórios de todo o país convertam a união estável homoafetiva em casamento civil. Não somente permitia como também impedia que se recusassem a fazê-lo.

A conquista do direito de se casar gerou outras consequências legais para casais homossexuais, que antes eram restritas dos casais heterossexuais. Temos como



exemplo a possibilidade da partilha de bens e direito à herança patrimonial do cônjuge e à pensão alimentícia. Como forma de ilustração, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) atestou que foram registrados 19,5 mil casamentos homoafetivos nos cartórios brasileiros entre 2013 e 2016. Isso corresponde à média de aproximadamente 5 mil por ano, representando cerca de 0,5% do total anual de uniões do país.

Tanto o STJ quanto o STF apresentam uma série de julgados que refletem as mudanças da sociedade em relação aos direitos dos homoafetivos e dos transexuais em temas diversos, como a possibilidade de mudança no registro civil e a adoção de crianças. É perceptível que os reflexos de tais decisões reverberaram em muitas outras áreas do direito, como previdenciário e trabalhista. E ainda vão gerar outros efeitos legais à medida que mais casais homoafetivos irão usufruir dos direitos que agora lhe cabem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa e estudo realizados por meio das ferramentas mencionadas no presente trabalho, foi possível observar o progresso do reconhecimento de direitos referentes à pessoa que constitui família. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro cuidou de observar e incluir nas disposições legais aquilo que a sociedade há muito reconhecia como entidade familiar.

Isto está diretamente ligado à teoria dos direitos fundamentais e suas características, a exemplo, a historicidade – onde se entende que os direitos fundamentais não nasceram de uma única vez, sendo resultado de uma evolução e desenvolvimento histórico e cultural, implicando afirmar que ainda se encontram em formação, tal como ocorreu com o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. Posto isso, conforme discorrido no trabalho, por meio de fundamentação doutrinária e jurisprudencial, foi possível realizar diversas constatações.

Quando se observa o que tange ao atual conceito de família no sistema jurídico brasileiro e a evolução da união estável como entidade familiar, verificou-se que, com o advento do disposto no art. 226, §3º da Constituição Federal, bem como com as disposições das Leis nº. 8.971/1994, nº 9.278/1996 e do Código Civil, a união estável foi



considerada como entidade familiar, e não obstante a redação do Código Civil mencionar “homem e mulher” para fins de caracterização desse instituto, a decisão proferida no julgamento da ADI 4277 permitiu a união estável homoafetiva. Desse modo, conclui-se que o atual conceito de família ou entidade familiar no ordenamento jurídico pátrio permite a dispensa de determinadas formalidades, tal como, o casamento. Além disso, identificou-se que tal conceito se tornou mais amplo, de modo a abranger a união entre pessoas do mesmo sexo.

Paralelamente, assevera-se que, no tocante ao regime sucessório – reconhecido pela jurisprudência – à pessoa que viveu em união estável com o de cujus, cumpre mencionar que o Código Civil dispôs em seu art. 1.790: a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Já a sucessão referente ao cônjuge, disciplinada no art. 1.829 do Código Civil, identifica-se uma maior abrangência em relação aos bens deixados pelo autor da herança.

Avaliando as diferenças de regimes sucessórios entre cônjuge e companheiro, o STF, em sede de repercussão geral, considerou o art. 1.790 do CC inconstitucional, visto que viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Constatou-se, dessa forma, que, independentemente da relação decorrer de casamento ou de união estável, a aplicação deve ser do art. 1.829, e o companheiro concorrerá com os descendentes do falecido não somente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, devendo ser observando o regime de bens (art. 1.725, CC).

Acerca das relações homoafetivas, muitas mudanças foram promovidas para que seu direito fosse equiparado ao das relações heteroafetivas. Infelizmente, apesar de grandes avanços e das conquistas dos últimos anos, tudo que foi realizado foi por meio do Poder Judiciário. Dessa forma, não há lei federal brasileira que garanta a igualdade no direito ao casamento, resguardando os direitos da comunidade LGBTQI+.

Ainda assim, a proteção aos direitos dessa comunidade está em foco, tendo crimes como a homofobia e transfobia interpretados extensivamente como



modalidades de racismo pelo Supremo. Muito ainda precisa ser feito para que direitos que deveriam ser naturais tenham realmente o reconhecimento legal e social.

Diante do exposto, o trabalho contribuiu para a obtenção de uma visão analítica sobre a temática da sucessão e também da unidade familiar, sendo possível discorrer e demonstrar constatações e considerações essenciais para que o entendimento atual dos direitos concernentes à união estável e ao relacionamento homoafetivo fossem apresentados a contento.

É salutar ressaltar que tais decisões, alterando entendimentos jurisprudenciais até então vigentes, respeitam de forma clara a características essenciais quando se fala de Direitos Humanos. A historicidade, que mostra a construção constante e gradual dos direitos humanos ao longo da história, e a universalidade, que reforça a destinação desses direitos a todos os indivíduos, estão sempre presentes para proteger e coibir práticas de violações desses direitos.

Conforme visto durante todo o estudo, é imprescindível que a lei acompanhe a evolução dos costumes e práticas, sempre se pautando na proteção e exercício dos direitos e garantias fundamentais, elementos indissociáveis de uma legítima democracia substancial.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BRASIL. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm. Acesso em: 18 mai. 2022.
- BRASIL. **Lei nº. 9.278 de 10 de maio de 1996.** Regula o §3º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1183378/RS.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 25/10/2011. Disponível em:



<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF (Tribunal Pleno)**. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação: 14/10/2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf/inteiro-teor-110025878>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 646721/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 10/05/2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769815076/recurso-extraordinario-re-646721-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-769815086>. Acesso em: 25 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (7. Câmara Civil). **Apelação Cível 00080194320188240091**. Relator: Osmar Nunes Júnior. Data de Julgamento: 05/09/2019. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753726741/apelacao-civel-ac-80194320188240091-capital-0008019-4320188240091/inteiro-teor-753726796>. Acesso em: 25 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em 02 mai. 2022.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Coleção sinopses para concursos**. Editora Juspodivm, 2014, Bahia.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 11 ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS E SUA INTERFACE COM A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM TEMPOS DE PÓS MODERNIDADE

THE PERFORMANCE OF THE JUDICIARY FOR THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS BENEFITS AND ITS INTERFACE WITH THE CLAUSE OF THE RESERVATION OF THE POSSIBLE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM IN TIMES OF POSTMODERNITY

DOI: 10.51859/AMPLA.EDL2318-9

Jorge Leonardo Narcy ¹

Jucinei Borges ²

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Pitágoras *campus* Pouso Alegre – MG. Mestrado incompleto em Ciências da Saúde pela Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo – EEUSP. Especializando em Gestão do SUS pela Faculdade Suprema. Enfermeiro pela Universidade do Vale do Sapucaí – UNIVÁS. Gestor Municipal de Saúde na Prefeitura Municipal de Cachoeira de Minas-MG.

² Graduando em Direito pela Faculdade Pitágoras *campus* Pouso Alegre - MG.

RESUMO

A formação do Estado brasileiro evidenciou-se por desigualdades sociais e materiais prestacionais ligadas a direitos fundamentais de acepção positiva, sem o fortalecimento do Estado Intervencionista, com forte vertente patrimonialista no nível estamental. Embora a Constituição cidadã de 1988 tenha incorporado em seu texto diversos direitos fundamentais e garantias para sua execução com aplicabilidade imediata, depreende-se em tempos contemporâneos a não operacionalização desses pressupostos, com políticas públicas programáticas ineficientes ou pouco eficazes frente aos anseios sociais, cuja cláusula da reserva do possível tem sido invocada para justificar sua não concretização. Todavia, a usabilidade dessa teoria em solo pátrio tem apresentado conotação diversa de sua proposição inicial, caracterizando-se como cláusula da reserva do financeiramente possível, à revelia da razoabilidade e da essencialidade. Nesse ínterim, frente ao distanciamento fático de ações programáticas estatais à realidade

social nacional e, na ausência de comprovação de insuficiência de recurso financeiro, quando da aplicabilidade da reserva do possível nas lides atinentes à temática, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm apontado a atuação do Poder Judiciário como ferramenta garantidora à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Reserva do Possível. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The formation of the Brazilian State was evidenced by social and material inequalities related to fundamental rights of positive meaning, without the strengthening of the Interventionist State, with a strong patrimonialist aspect at the state level. Although the Citizen Constitution of 1988 incorporated in its text several fundamental rights and guarantees for its execution with immediate applicability, it is in contemporary times the

non-operationalization of these assumptions, with programmatic public policies inefficient or ineffective in the face of social anities, whose clause of the reservation of the possible has been evoked to justify their non-realization. However, the usability of this theory in the country has presented a different connotation of its initial proposition, being characterized as a clause of the reserve of the financially possible, in the absenteeity of reasonableness and essentiality. In the meantime, in view of the factic distancing of state programmatic actions

to the national social reality and, in the absence of evidence of insufficient financial resources, when the reservation of the possible in the issues related to the theme is applicable, both doctrine and jurisprudence have pointed to the performance of the Judiciary as a guarantee tool for the realization of fundamental rights in the Brazilian legal system.

Keywords: Fundamental Rights. The Reservation of the Possible. Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

A formação e o desenvolvimento do Estado Brasileiro e da sociedade nacional contemporânea estiveram permeados por um contexto de globalização capitalista que evidenciou ainda mais as já inúmeras problemáticas econômicas, sociais e históricas características de países de modernização tardia e de subdesenvolvimento, com forte vertente patrimonialista contrastando-se com importantes desigualdades sociais.

Esse cenário de construção de Estado Social minimamente intervencionista não foi capaz de abarcar a complexidade das demandas sociais apresentadas pela população brasileira, de modo que a transposição para o Estado Contemporâneo evidenciou ainda mais os flagelos socioassistenciais nacionais com demanda crescente de direitos fundamentais prestacionais ou de acepção positiva em face a políticas públicas pouco abrangentes e eficazes.

Embora a Carta Magna assegurou, aduzida pelo legislador e constituinte originário, o princípio da dignidade da pessoa humana e diversos direitos fundamentais, seja de acepção negativa, seja sociais, seja de interesses coletivos e difusos, bem como estabeleceu as garantias para sua efetivação, depreende-se em dias atuais notável distanciamento entre a operacionalização desses direitos com vista à garantia do mínimo existencial e a execução de políticas públicas capazes de atender tais demandas.

Nesse diapasão, não raramente, há dissonância entre a tutela dos direitos fundamentais prestacionais, frequentemente subjetivos, e a capacidade estatal de atender tais anseios em detrimento a orçamentos públicos escassos e destinados ao atendimento da coletividade, situação essa que tem sido justificada com a empregabilidade da cláusula da reserva do possível como mecanismo de negação à



efetivação de direitos fundamentais pelo Estado Brasileiro nos mais diversos níveis hierárquicos.

Nessa celeuma, o poder judiciário desponta-se como importante ferramenta dentro do ordenamento jurídico brasileiro para a consolidação e efetivação dos direitos fundamentais subjetivos e dos direitos fundamentais prestacionais frente à judicialização dessa temática, cada vez mais comum em solo pátrio.

O presente estudo, frente ao exposto, objetivou analisar a operacionalização do poder judiciário no contexto brasileiro para a efetivação de garantias fundamentais prestacionais em detrimento à cláusula da reserva do possível e, para tanto, utilizou-se da técnica da pesquisa bibliográfica.

Num primeiro momento, procurou-se entender as nuances da formação da sociedade contemporânea socioassistencialmente dependente de políticas públicas garantidoras de direitos sociais e, num segundo momento, abordou os direitos fundamentais prestacionais, a cláusula da reserva do possível e a atuação do poder judiciário no contexto da efetivação dos mesmos.

2. DA MODERNIZAÇÃO TARDIA À POSTULAÇÃO DE ESTRATOS SOCIAIS DEPENDENTES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS: A CONSOLIDAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Conforme evidencia Streck (2014), rompendo como o Medievalismo e permeado por determinados avanços, surge o Estado Moderno que, num primeiro momento figura-se como Absolutismo e depois como um Estado Liberal e culminando, por fim, no Estado Contemporâneo. E justamente nessa passagem pelo Estado Liberal, também chamado Estado Intervencionista, há a ampliação da função do Estado, tornando tutor e suporte da economia e atuando no desenvolvimento de capacidades visando a diminuição das desigualdades sociais.

Nesta perspectiva, atinge-se o nível de proteção de estruturas que trata de bens econômicos, sociais e culturais, visando dirimir desigualdades materiais existentes e, dessa forma, o Estado, até então neutro socialmente, atinge nuances ativas, tendo por finalidade alcançar bens materiais àqueles que desses são desprovidos, de modo a assegurar o bem-estar a diversos segmentos da população (DENICOL, 2015).



Corroborando esse entendimento, Mânica (2010) cita que a formação do Estado Social se dá com uma nova função do orçamento público, o qual abandona seu caráter de neutralidade e torna-se instrumento da administração pública, de forma a possibilitar o auxílio do Estado nas múltiplas etapas do processo administrativo. A concepção moderna de orçamento mostra-se, portanto, diretamente relacionada à ideia de políticas públicas, afinal, é a partir do Estado Social que surge, por meio de políticas públicas, a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social.

É, portanto, no Estado Social e Democrático de Direito, que o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais e sociais básicos (MÂNICA, 2010).

Todavia, em território brasileiro, essa passagem pelo Estado Liberal não se deu com fortalecimento da função social. Nesse sentido, Neves (2007) cita que, em países que vivenciaram tardiamente esse processo de modernidade, como o Brasil, a composição da sociedade está vinculada a uma profunda desigualdade econômica, que traz consequências significativas no que tange à reprodução de todos os sistemas sociais.

Sabe-se que na realidade social brasileira, tais elementos e o tal Estado (Social) não se realizaram plenamente, configurando-se em problemas políticos, sociais, econômicos e em dilemas para a participação popular. É certo que, no caso nacional, cujas relações sociais mantiveram-se regidas pela estratificação, o projeto nacional de modernidade não encontrou progresso suficiente, de forma que as sociedades menos favorecidas dependem de uma burocracia centralizada contraposta às oligarquias locais e aos grupos nacionais de interesse (SANTOS, 1997).

Para Soares (2012), as desigualdades sociais verificadas no país neste contexto da pós modernidade refletem as contradições geradas pelo modo capitalista de produção e das condições sócio-históricas presentes desde a formação de sua vida social. Tal situação dificultou o exercício da cidadania por grande parcela da população, contribuindo para reforçar o aspecto conservador em que se processou a modernidade brasileira, bem como o desenvolvimento socioeconômico, aparentemente independente da esfera política.



Nesse sentido, a construção da sociedade brasileira expressa uma ordem social precária vinculada a redefinições e adaptações precárias daqueles modelos de Estado Social vivenciado em países europeus, de forma que as instituições jurídicas e políticas converteram-se em instrumentos da burocratização patrimonialista no nível estamental (FERNANDES, 2006).

Torna-se evidente que nos países de modernidade tardia, como no caso brasileiro, existe uma democracia apenas formal. O que se verifica, concretamente, é um distanciamento entre o povo e seus representantes, ou seja, uma cisão entre o discurso jurídico e a realidade social e política. Tal situação torna-se facilmente visível quando se observa que ainda não foram garantidas as condições mínimas para uma existência digna a uma expressiva parcela da população. Isso mostra-se bastante claro no caso brasileiro, por exemplo, onde milhões de pessoas não possuem acesso à alimentação adequada, à moradia, a um sistema de saúde eficiente dentre outros (MAIA, 2009).

Depreende-se, nesta perspectiva, que o processo de formação do Estado e da sociedade contemporânea brasileira permearam-se por um contexto de modernização tardia, no qual o Estado Intervencionista e/ou Social não foi fortalecido e, conseqüentemente, caracterizou-se por enormes disparidades sociais. Obviamente, se não houve o fortalecimento das estruturas sociais, políticas e democráticas, as funções prestacionais e programáticas de Estado Social, com vista à garantia de direitos fundamentais sociais, que atem-se à acepção positiva e dependem da aplicabilidade de orçamento público para sua concretização, tampouco desenvolveram-se ou não desenvolveram-se com excelência, de modo que vislumbra-se nos dias atuais consideráveis desigualdades sociais e políticas públicas estatais pouco abrangentes e incapazes de atender, com qualidade, os anseios e as necessidades da população.

Há considerável parcela da população brasileira dependente, seja parcial ou totalmente, de políticas públicas prestacionais estatais, nas mais diversas áreas e afetas a direitos fundamentais sociais, as quais contrapõe-se diretamente com a capacidade fática de um Estado pós moderno pouco organizado e centralizado numa perspectiva democrática voltado ao patrimonialismo estamental, cuja operacionalização da função social, mostra-se incipiente e pouco abrangente.



Pensando nessa dicotomia entre as necessidades de enorme parcela da população e a capacidade do Estado em atender tais direitos fundamentais prestacionais, o constituinte originário reconhecendo ser a Carta Magna um instrumento de transcrição de direitos do cidadão, incorporou em seu texto diversos mecanismos de modo a assegurar a aplicabilidade e a eficácia desses pressupostos garantidores de direitos fundamentais, bem como ratificou o papel do Estado no desenvolvimento de tais funções programáticas.

A Constituição brasileira de 1988, entre direitos no catálogo e fora do catálogo, consagra uma das mais extensas listas de direitos fundamentais do mundo. O seu contexto global permite qualificá-la como um texto dirigente e compromissório, adotando um modelo de organização e garantias típico de Estados Sociais na medida em que inúmeros objetivos e tarefas são impostos para o Estado (num contexto de economia capitalista), sendo certo que tais incumbências normalmente devem ser realizáveis através da prestação de serviços públicos (SCHIER; SCHIER, 2018, p. 70-71).

A Constituição Federal de 1988 reconhece, portanto, que os direitos fundamentais sociais do homem são aqueles garantidos constitucionalmente, fornecidos por meio de prestações do Estado, que visam assegurar uma condição de vida digna a todos os membros da coletividade e que devem ser ofertados pelo próprio Estado por intermédio do poder público (SOUZA, 2013).

Temos, dessa forma, ao longo do texto constitucional, uma sucessão de categorias de direitos sociais voltados à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência, tecnologia e comunicação social, ao meio ambiente, à família, criança, adolescente e ao idoso, aos indígenas, dentre outros num rol exemplificativo (RABELO, 2013).

Todavia, essa riqueza de direitos fundamentais e deveres estatais faz despontar alguns problemas que são inerentes à (in)eficácia de Estado Social, dentre eles, a questão dos custos dos direitos fundamentais prestacionais e sua operabilidade pelo poder público, sendo certo que ambas influenciam diretamente as discussões sobre a efetividade dos direitos sociais no Brasil, conforme se verá nos capítulos seguintes.



3. DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS: DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988 À APLICABILIDADE EM TEMPOS CONTEMPORÂNEOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Considerando o contexto de igualdade material, uma vez que já se reconhecia as desigualdades fáticas existente em território brasileiro, tornou-se imprescindível que o Estado passasse a agir ativamente pela promoção de direitos para a classe social desfavorecida econômica, social e culturalmente, sob risco de que tais pessoas restassem inevitavelmente afastadas da possibilidade das condições mínimas de sobrevivência que deve ser aliada a um conceito de dignidade (CANOTILHO, 2003 *apud* GROBÉRIO, 2020).

A formação desse Estado no caso brasileiro, nessa perspectiva, os ditos direitos fundamentais, capazes de assegurar condições existenciais mínimas foram organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, a saber, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (RABELO, 2013).

Para Reis (2003) e Arango (2005), trata-se de uma novidade do constitucionalismo moderno, que visa concretizar as normas da Constituição, considerando inaceitável um Estado social e democrático permanecer cego diante das situações de discriminação, marginalização e desvantagem material.

A incontestável evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto, em grande medida, da aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa e da certeza de que inexistia outro documento mais adequado para consagrar os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 265).

A expressão direitos fundamentais abarca aquele conjunto de direitos que são inerentes e intrínsecos à condição de humano, de pessoa, direitos esses que estão diretamente atrelados e são indissolúveis à garantia de condições existenciais mínimas para uma vida digna. Portanto, dizem respeito ao mínimo existencial necessário para a garantia e a manutenção da dignidade da pessoa humana, bem como versa também sobre a manutenção de valores basilares à vida, como liberdade, igualdade, fraternidade, solidariedade dentre outrem.



Para Souza (2013), o mínimo existencial é o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, mas que exige prestações positivas deste. Consiste, portanto, em um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado.

A doutrina consolidou os direitos fundamentais dividindo-os esquematicamente entre direitos de primeira dimensão, ou de acepção negativa, direito de segunda dimensão, ou de acepção positiva, além dos direitos terceira dimensão ou coletivos e difusos. Resta notória divergência entre os juristas e doutrinadores quanto às gerações subsequentes ao de terceira dimensão.

Para Grobério (2020), os direitos de acepção negativa são considerados direitos fundamentais não onerosos, enquanto os direitos de segunda geração são direitos a prestações. Essa classificação dos direitos por *status* considera que os direitos civis e políticos teriam o status negativo, pois implicariam em um não agir ou omissão, por parte do Estado. Por sua vez, os direitos sociais e econômicos teriam um *status* positivo, já que a sua operacionalização necessitaria de um agir ou uma ação por parte do Estado, mediante o gasto de verbas públicas, daí advindo a expressão de direitos fundamentais prestacionais.

Consagrados na Constituição Federal de 1988, de maneira expressa, em seu artigo 6º, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, e a assistência aos desamparados (SIQUEIRA, 2017).

Os direitos sociais, conforme descreve Gilmar Mendes (2014) *apud* Siqueira (2017, p. 198),

são direitos fundamentais de prestação em sentido estrito que possuem pressupostos fáticos materiais relevantes para desenvolvê-lo e assegurar o referido direito, por meio de atos normativos do Estado, de auxílio pecuniário, como por exemplo, realização de políticas públicas as quais sempre necessitam do emprego de recursos públicos para a sua garantia.

Assim, ao contrário dos direitos de defesa que exigem uma abstenção estatal (acepção negativa), os direitos sociais só podem ser efetivados através de ações positivas dos Poderes Públicos, seja para regulamentá-los e/ou para implementá-los, daí serem tratados como direitos prestacionais ou de promoção (RABELO, 2013).



Conforme cita Mariana Camila Silva Catão (2012, p. 9):

os direitos sociais constituem-se como prestações positivas por parte do Estado e direcionadas ao indivíduo. Por tal motivo, estão vinculados à destinação, distribuição e criação de bens materiais, o que revela sua dimensão econômica. Desta feita, a efetivação dos referidos direitos enseja o gasto de recursos públicos, fato que os coloca numa posição de dependência em relação às circunstâncias econômicas do Estado.

Por caracterizarem-se pela necessidade de intervenção estatal positiva direta, os direitos prestacionais foram, durante determinado período após sua positivação nas Constituições, considerados de caráter programático, dependentes de integração legislativa e sujeitos à discricionariedade do administrador (BONAVIDES, 2003).

Apesar do exposto e mesmo estando explicitado na Constituição Federal de 1988, bem como tipificado como princípios de aplicabilidade imediata, porquanto foram alocados no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, denota-se nos dias atuais enorme distanciamento entre a norma constitucional e a aplicabilidade dos direitos sociais prestacionais, sobretudo pelo fato dos mesmos necessitarem de efetivação estatal, por intermédio das políticas públicas.

Para Souza (2013), o que se constata na realidade pátria é um completo descaso com a efetivação dos direitos sociais, notado pelo mau planejamento das verbas pelo Estado, conjuntamente com a criação de políticas públicas insuficientes para atender à demanda da população brasileira.

Com o passar do tempo, foi se reafirmando a necessidade de uma política pública que assegure esses direitos humanos, e mesmo com o texto constitucional prevendo, não deixam de existir os problemas ligados à precariedade e à ausência de políticas de eficiência da administração pública, que não podem ser justificados pela ausência de recursos, já que o Estado está obrigado a garantir o mínimo existencial (SOUSA; CHAGAS; FEIO; ARAUJO, 2021, p. 79569).

Torna-se evidente que a grande celeuma atinente à concretização dos direitos fundamentais prestacionais nos dias atuais atem-se ao (não) financiamento efetivo das políticas públicas estatais e, conseqüentemente, à não concretização do direito fundamental em detrimento a (in)capacidade de atendimento das demandas emergentes das desigualdades sociais intrínsecas ao Estado brasileiro.

Nessa perspectiva, Souza (2013) cita que a grande maioria dos direitos fundamentais sociais dependentes de prestação positiva, exigindo despêndido financeiro por parte do Estado, encontram restrições para a sua total efetivação em



detrimento à escassez de recursos financeiros, razão pela qual a cláusula da reserva do possível tem sido empregada como justificativa à não concretização dos citados direitos fundamentais prestacionais, conforme se verá nos capítulos seguintes.

4. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS: DA CRÍTICA À CLÁUSULA DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL EM TERRITÓRIO NACIONAL

No caminho para a solução do impasse envolvendo a operacionalização dos direitos

fundamentais prestacionais, um ponto a ser enfrentado é como atender ao compromisso constitucional em uma realidade onde os recursos para satisfazer as demandas fundamentais e/ou sociais são escassos (BAHIA; SILVA, 2016).

Para Sousa *et al.* (2021, p. 79569), tal situação econômica “está diretamente relacionado à efetivação dos direitos fundamentais ao ponto que são necessários os recursos financeiros, como já visto anteriormente, para a execução, assim, exigindo do Estado uma política econômica que seja capaz suportar as necessidades”.

Corroborando esse entendimento, Sarlet (2013) *apud* Bahia e Silva (2016, p. 4) cita que “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”.

Nesse ínterim, os direitos fundamentais prestacionais correspondem aos gastos de maior relevância ao Estado, pois muitos deles referem-se à distribuição de bens materiais e recursos que são raros e custosos na sociedade e a escolha acerca da aplicação destes recursos em determinadas áreas implica o sacrifício em outras, motivo pelo qual se utiliza como critério o princípio da reserva do possível, como um limite ao Estado no sentido de efetivar os direitos sociais (CALIENDO, 2013). Surge então a ideia de reserva de possível com vista a justificar a não concretização de direitos fundamentais prestacionais pelo poder público.

Para Rocha (2011, p. 27),

o argumento de apoio da doutrina da “reserva do possível” é, a princípio, muito forte: a efetivação dos direitos fundamentais depende da ação do Estado pela promoção de serviços públicos que, em certa medida, estão



condicionados à existência de recursos e aos demais limites de execução encontrados na estrutura pública. Porém, estes recursos não são suficientes para todas as expectativas criadas no Estado Social.

A fim de estabelecer uma efetividade da exigibilidade, em um caso concreto que se leve em consideração que o limite orçamentário é menor que o ideal para que atenda toda a coletividade, poderá sobrevir a imposição de gastos públicos. Apesar disso, ao analisar a situação do poder público, tal contexto poderá ser dilemático, uma vez que para dispor de todos os recursos necessários para a contemplação daquele caso concreto, seria preciso retirar de uma outra tutela (SOUZA; CHAGAS; FEIO; ARAUJO, 2021).

Assim, a reserva do possível tem sido invocada nos dias atuais pelos mais diversos entes federativos como óbice à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais estatais em detrimento à tutela do interesse da coletividade, em virtude da aplicabilidade do orçamento público encontrar-se empenhado para o atendimento de outra ação programática também de conotação social e/ou pela insuficiência dos mesmos perante demandas fundamentais onerosas. Faz-se mister, contudo, compreender a origem desse construto e ponderar criticamente se a aplicabilidade do mesmo afronta-se aos preceitos constitucionais tutelados no ordenamento jurídico brasileiro.

A expressão reserva do possível surgiu no Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento realizado em 18 de julho de 1972. Na ocasião, na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito Estatal que regulamentavam o ingresso aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970, em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (FALSARELLA, 2013).

Naquele caso, a Corte Alemã entendeu que o direito pleiteado, qual seja, o aumento do número de vagas na universidade, encontra limitação na reserva do possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sob pena de, em virtude das limitações de ordem econômica, comprometer a plena efetivação dos direitos sociais (SOUZA, 2013).

Desse modo, “foi empregada a expressão reserva do possível para se sustentar que não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja



exigência não é razoável” (SILVA, 2002 *apud* FALSARELLA, 2013). Portanto, a ideia de reserva do possível para o Tribunal Federal Alemão não se relacionava necessariamente com as possibilidades fáticas em termos de disponibilidade financeira, mas com o que é racional ao indivíduo exigir do Estado e, conseqüentemente, da sociedade (FALSARELLA, 2013), ou seja, à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação (MÂNICA, 2010).

No mesmo sentido, Mariana Barbabela De Castro Ramos (2014, p. 1) complementa que:

o Tribunal negou o pedido dos estudantes, ao fundamento de que só se pode exigir do Estado aquilo que se pode esperar, nos limites da possibilidade e da razoabilidade. No caso em questão, a Corte Alemã considerou não ser razoável esperar do Estado o oferecimento de vagas ilimitadas para o curso de medicina.

Todavia, verifica-se que houve certa deturpação e interpretação diversa do conceito de reserva do possível estabelecido no Tribunal Alemão e sua aplicabilidade em solo pátrio, uma vez que sua usabilidade no ordenamento jurídico brasileiro fez dessa uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa (SOUZA, 2013).

Nesse mesmo sentido, Grobério (2020) cita que a interpretação da teoria da reserva do possível alemã transformou-se, em solo brasileiro, numa teoria da reserva do financeiramente possível, sendo considerada como limite à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, condicionando a efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais à reserva do que é possível financeiramente ao Estado, haja vista que se enquadram como direitos fundamentais dependentes das possibilidades financeiras dos cofres públicos.

Outro ponto que faz-se imprescindível apreciar é que o sistema jurídico alemão não desenvolveu a ideia de reserva do possível para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos, como acontece no território brasileiro (SOUZA, 2013).

Corroborando com esse entendimento, Sousa *et al.* (2021) enfatizam que o princípio da reserva do possível é visto como uma falácia decorrente de um Direito



Constitucional Comparado equivocado, na medida em que a situação social brasileira não pode ser comparada àquela dos países membros da União Europeia. E, neste ponto, reside um grande perigo de interpretação de uma teoria à luz de realidades socioassistenciais tão divergentes.

É discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e históricas próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes. Desse modo, os institutos jurídicos constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, sendo impossível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos (DANTAS, 1996).

De modo geral, depreende-se que a reserva do possível originou-se, portanto, devido à existência de recursos materiais limitados para concretizar os direitos fundamentais, sobretudo sociais, e na razoabilidade da pretensão dedutiva para sua efetivação. Compreendendo-se assim como uma limitação fática e jurídica oponível (SIQUEIRA, 2017), de tal forma que condicionar a efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente à existência ou não de recursos disponíveis e, conseqüentemente, à decisão do administrador, causa uma grande insegurança jurídica em tempos contemporâneos (SOUZA, 2013).

A reserva do possível deve ser rechaçada quando invocada com o intuito de afastar a obrigatoriedade de efetivação dos referidos direitos pelo Estado, razão pela qual a mera alegação de insuficiência de recursos não é suficiente, devendo haver a clara comprovação dela. Ademais, em detrimento à ausência de condições financeiras de garantir integralmente todos os direitos fundamentais sociais, cabe ao Estado fazer escolhas, estabelecendo as prioridades e os critérios a serem seguidos, por meio da implementação de políticas públicas. Todavia, a discricionariedade nas condutas do administrador não permite que ele opte por concretizar ou não um direito fundamental, mas sim que, ao realizar a distribuição de recursos, faça uma ponderação no tocante aos bens jurídicos em apreciação (SOUZA, 2013).



Como se depreende do contexto brasileiro, o que tem acontecido frequentemente é o Poder Público agir sem razoabilidade, com a clara intenção de neutralizar os direitos fundamentais sociais, afetando de forma direta, mediante inércia estatal ou abuso governamental, as condições mínimas imprescindíveis para uma existência humana digna (SOUZA, 2013).

Para Rocha (2011), o condicionamento dos referidos direitos fundamentais prestacionais a uma definição orçamentária não pode ser interpretado como uma resposta definitiva para o problema, porque, se de um lado o orçamento é um complexo de natureza política ajustável e passível a uma margem de variação interpretativa, muitas vezes apenas jurídica, de outro lado, os direitos sociais como princípios constitucionais possuem um caráter de normatividade de aplicabilidade imediata que se impõe à legislação orçamentária e, portanto, depende de uma solução de conflito.

Nessa dicotomia entre a interpretação da reserva do possível e sua aplicabilidade voltada à disponibilidade do orçamento público com vista à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, Schier e Schier (2018, p. 75) mencionam que,

Em primeiro lugar, em face do §1º do art. 5º da Constituição de 1988, os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são de aplicabilidade imediata. Por essa razão, uma adequada compreensão desse dispositivo impõe que, no plano da reserva do possível, cabe ao Poder Público o ônus de comprovar concretamente a falta de recursos para a satisfação de um direito. Em outras palavras, a simples invocação de escassez de recursos não pode possibilitar o afastamento da satisfação de um direito social prestacional. Cabe à Administração Pública um ônus não só probatório, mas também um ônus argumentativo, no que tange com a falta de recursos. Em segundo lugar, e por decorrência de uma leitura sistemática do enunciado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais com o princípio da eficiência, além de provar a escassez de recursos, deve a Administração Pública também demonstrar a eficiência das políticas públicas existentes, a eficiência da aplicação de recursos no campo dos direitos sociais em discussão.

No mesmo sentido, segundo Ingo Sarlet (2013) *apud* Falsarella (2013) e Bahia e Silva (2016), é necessário compreender a aplicabilidade da reserva do possível no tocante à efetivação de direitos fundamentais em sentido mais amplo, abrangendo mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva, ou direitos fundamentais prestacionais. Para tanto, dividiu didaticamente a reserva do possível em três dimensões, contemplando, 1) a disponibilidade de fato dos recursos necessários à efetivação dos direitos fundamentais; 2) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, ou seja,



viabilidade orçamentária, administrativa e legislativa; 3) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação exigida.

Verifica-se, desse modo, que existe uma linha tênue entre a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais e sua operabilidade pelo poder público, com a utilização do viés da reserva do financeiramente possível. Todavia, há de se pensar que é o próprio poder público, representado pelo legislativo e executivo, que detém a prerrogativa e discricionariedade de elaboração do orçamento público e sua aplicabilidade para satisfazer, dentre outrem, os direitos sociais emanados da Constituição Federal por intermédio das políticas públicas prestacionais.

O debate em torno da reserva do possível centraliza-se sobre o debate acerca da própria essência da democracia e sobre a forma de satisfação dos direitos fundamentais, ou seja, entre a satisfação de um direito social, em plano individual, e a satisfação de direitos sociais no âmbito da universalidade e das opções definidas pelas políticas públicas (HACHEM, 2003).

O legislador, ao definir suas políticas públicas, democraticamente, através da lei, não está apenas tomando uma decisão abstrata sobre a utilização de recursos. Quando ele decide suas políticas, está decidindo sobre como atender ao mínimo existencial, não de um cidadão, mas de uma coletividade deles, direcionando os recursos que possui, os meios que detém e os objetivos que pretende atingir (HACHEM, 2013).

Portanto, a concretização de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais prestacionais deverá pautar o processo legislativo de elaboração das leis orçamentárias, bem como a discricionariedade do poder executivo em operacionalizar tais políticas com vista à efetivação de tais direitos sociais, conforme complementa Siqueira (2017), ao afirmar que os preceitos constitucionais, incluindo nestes a dignidade da pessoa humana e efetivação dos direitos fundamentais prestacionais devem ser observados pelo legislador e também pelo poder público no momento da elaboração das leis ou ainda de forma prévia a estas, destacando a previsão e reserva de recursos orçamentários para isso.

É por certo que o Estado tem o poder-dever de agir e garantir o cumprimento e efetivação dos direitos sociais; no mesmo plano, desenvolver políticas públicas e coletivas adequadas para tais fins, porém, o que se vê é algo bem diferente acontecendo. Contrapõe-se então um ponto paradoxal, pois, o próprio Estado é o responsável por elaborar mecanismos para atender os anseios e carências sociais, mas, faz uso de meios, tais como o já descrito na



cláusula da reserva do possível, com o objetivo de recuar ou ainda se escusar a cumprir tais direitos, vinculando-os a obtenção e disponibilidade de recursos financeiros para atendê-los (SIQUEIRA, 2017, p. 194).

O que se verifica no caso brasileiro, contudo, é a presença de um considerável distanciamento entre a abrangência de políticas públicas asseguradoras de direitos fundamentais de acepção positiva ou prestacionais, priorizadas por intermédio de orçamentos públicos elaborado por vieses diversos que não o atendimento ou reconhecimento da realidade fática de desigualdades sociais e a efetivação dos direitos sociais propriamente ditos, razão pela qual, muito frequentemente, lides envolvendo mínimo existencial e reserva do possível são levados para apreciação do poder judiciário, configurando essa a instância pretendida para a efetivação de garantias fundamentais, como se verá no capítulo seguinte.

5. DA TENTATIVA DE RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm evidenciado certa tentativa à relativização de direitos fundamentais sociais e/ou prestacionais por parte do poder público em detrimento à esgotabilidade ou escassez de orçamento, ainda que pese as prerrogativas constitucionais de efetividade de direitos sociais e garantia fundamentais, bem como saiba-se que tais pressupostos caracterizam-se como normas de aplicabilidade imediata. Nesse contexto, desponta-se a atuação do poder judiciário para dirimir tais conflitos, cada vez mais frequentes, bem como para a efetivação de direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional.

Verifica-se que, atualmente, o poder público, nos mais diversos níveis da federação, tem adotado a cláusula da reserva do possível para justificar a não concretização de um direito fundamental prestacional pelo ente estatal. Contudo, tal tese tem sido apresentada de modo diverso de sua propositura inicial no contexto do Tribunal Alemão e não costuma se referir à razoabilidade da pretensão, mas tão-somente à disponibilidade ou não de recursos, caracterizando-se pela reserva do financeiramente possível (FALSARELLA, 2013), tese defensiva essa que não vem sendo

aceita pelas decisões jurisprudenciais quando meramente alegada, exigindo-se a efetiva comprovação de ausência de recursos (SOUZA, 2013).

A discussão atinente à efetivação de direitos fundamentais prestacionais mostra-se de certo modo relativizado, mesmo diante de sua incontestável essencialidade e fundamentado na norma suprema positivada brasileira. Dessa forma, a limitada disponibilidade de recursos do Poder Público para prover as ilimitadas necessidades da coletividade é uma realidade que tem o condão de causar a insatisfação dos indivíduos que, frequentemente, acabam procurando o Poder Judiciário para a resolução do impasse (SOUZA, 2013).

Para Schier e Schier (2018, p.70),

a atuação do Poder Executivo mostra-se igualmente insuficiente (embora por razões diversas), revelando outros limites institucionais que esbarram em problemas vinculados com o sistema de governo, o modo de formação das escolhas públicas e tomada de decisões, os limites orçamentários, questões ideológicas, o autoritarismo, clientelismo e patrimonialismo no âmbito da Administração Pública, dentre outros fatores que dificultam a satisfação de forma “ótima” dos direitos sociais. Tais direitos, nesse quadro, são satisfeitos de modo insuficiente (prestação insuficiente) – ou até mesmo não são satisfeitos –, impondo que os cidadãos venham então a buscar tutela adequada no plano do Poder Judiciário. Trata-se de um círculo vicioso e complexo.

Passou-se então a assumir, nas hipóteses de direitos fundamentais, incluindo nestes os direitos fundamentais prestacionais, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Em verdade, não se trata de definição de políticas públicas, mas de simples respeito à Constituição (OLIVEIRA, 2006). De modo geral, em tais casos, a jurisprudência tomou postura firme no sentido de defender a supremacia dos direitos fundamentais, cuja efetivação se sobreporia a qualquer outro princípio ou fundamento de fato ou de direito (MÂNICA, 2010).

Percebe-se, de forma acentuada, a compreensão de que a única forma de efetivar os direitos sociais é por meio do Judiciário. Trata-se da cultura administrativa em que o chefe do Executivo ignora o seu dever de prestar assistência aos necessitados, na forma da lei, sob a justificativa de limitação e escassez dos recursos materiais do Estado. Daí a esperança ser a judicialização dos direitos sociais. Noutro falar, tem-se que a materialização desses direitos é vinculada, somente, à reserva do possível (RABELO, 2013, p. 86).

O resultado disso é que “o Brasil, quiçá, tem assistido a um dos mais amplos processos de judicialização de direitos sociais do mundo, colocando o Poder Judiciário



como importante protagonista no sítio da realização de direitos fundamentais” (SCHIER; SCHIER, 2018, p. 83).

De acordo com Maia (2009), a atuação mais incisiva do judiciário latino-americano na realização das promessas sociais positivadas encontraria fundamentação na realidade social de extrema desigualdade e pobreza, em que se busca nas neoconstituições e na realidade social desses países a legitimidade para uma atuação mais incisiva do Judiciário.

No tocante à atuação do Poder Judiciário em temas referentes às políticas públicas, segundo Souza (2013), para aqueles que defendem não ser esta cabível, fala-se que a referida matéria está ligada à discricionariedade e à conveniência do Poder Executivo, não podendo, portanto, ser objeto de pleito judicial, sob pena de desrespeitar o princípio da Separação dos Poderes. Todavia, a própria Carta Magna traz expressamente em seu art. 5º, inciso XXXV, a possibilidade de se recorrer às vias judiciais quando da violação de direitos: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. O desrespeito aos princípios e garantias fundamentais indissolúveis à existência humana já fundamenta a intervenção do Poder Judiciário, que deverá agir não de forma ilimitada, mas analisando sempre a situação concreta.

No que se refere à jurisprudência, pode-se verificar uma linha de transição. Após longo período de entendimento segundo o qual não cabe ao Judiciário intervir na definição de quaisquer políticas públicas, por óbice decorrente do princípio da separação de poderes e da discricionariedade administrativa, algumas decisões passaram conceber tal intervenção, nos casos em que se discutisse a efetivação de direitos fundamentais. Passou-se a admitir, assim, a prevalência absoluta dos direitos fundamentais (SARLET, 2001 *apud* MÂNICA, 2010, p. 12).

Para Souza (2013), a jurisprudência brasileira é tranquila no sentido de preservar a efetividade do mínimo existencial, entendendo que, por se enquadrar nos direitos fundamentais sociais, não se expõe à avaliação discricionária da Administração Pública. É nesse sentido decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação



material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

De acordo com Falsarella (2013), o próprio Supremo Tribunal Federal vem enfrentando alegações estatais de que determinadas prestações não poderiam ser fornecidas em face das limitações decorrentes da reserva do possível. Em geral, o Tribunal tem se posicionado pelo afastamento desse argumento, que não poderia justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial.

Todavia, a doutrina também apresenta algumas ponderações e/ou riscos à atuação do poder judiciário na efetivação de direitos fundamentais prestacionais. Nesse sentido, Souza (2013) cita que o que também não pode ocorrer é o Poder Judiciário, solícito aos pleitos dos indivíduos para obterem determinadas prestações judiciais, ordenar que as referidas prestações sejam executadas sem levar em consideração os fundamentos apresentados pela Administração Pública, que, naquele momento, pode se, faticamente, encontrar incapaz de atender aos pleitos em questão.

Complementa o mesmo autor que,

Esse tipo de decisão do Judiciário, no qual não existe uma análise cautelosa do caso em concreto, pode resultar em sérios problemas para a Administração Pública, posto que o administrador, para conseguir cumprir o determinado nas decisões judiciais, muitas vezes tem que retirar recursos de uma área específica para que sejam aplicados conforme o ordenamento judicial. Portanto, não se desprezam a aplicabilidade e a razoabilidade da Reserva do Possível em determinadas situações. O que se defende é que esse princípio não seja usado de forma aleatória, com simples alegações. Portanto, há necessidade de que o Poder Público demonstre, ou seja, prove que a negativa do oferecimento ao direito do indivíduo é para que não prejudique a efetivação de outros direitos ligados ao Mínimo Existencial da população (SOUZA, 2013, p. 541).

Nesse sentido, importante acrescentar que, diante da necessidade de implementação de políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais, com vistas à atenuação das desigualdades fáticas instaladas na sociedade, cabe ao Poder Judiciário



identificar quais as razões que instigaram a Administração a descumprir os comandos legais.

É sabido também que, em muitos casos, a judicialização dos direitos sociais deveria acontecer por meio das ações coletivas, e não a partir de inúmeras ações individuais, pois são direitos coletivos, tradutores do valor igualdade, solidariedade, além do que ensinaria um diálogo institucional agregado à preservação da isonomia, ou seja, tratamento igualitário aos titulares de direitos em idênticas condições (RABELO, 2013).

Não obstante, segundo Hachem (2013) *apud* Schier e Schier (2018), a jurisprudência brasileira pode ainda trazer o risco do que se pode chamar de liberalização ou de elitização dos direitos sociais, haja vista que a constante concessão de sentenças judiciais no campo dos direitos sociais prestacionais, envolvendo o mínimo existencial, eventualmente pode determinar o direcionamento dos recursos públicos ou para uma elite (econômica ou cultural) que tem acesso ao Poder Judiciário, ou ainda criar uma preferência para a satisfação dos direitos sociais de forma individualizada, eis que a quase unanimidade das demandas envolvendo a satisfação do mínimo existencial no plano judicial são demandas individuais, e não coletivas.

Contudo, o que é consenso entre os juristas, doutrinadores e operadores do Direito é que faz-se mister reiterar que os direitos sociais devem ter sua efetividade garantida e preservada pelo Estado, incluindo o Poder Judiciário e o poder Executivo, não somente no que se refere a prestação concedida por estes entes, mas também na garantia de respeito as demais prestações, fazendo uma justa medida entre os recursos disponíveis e a necessidade, razoável, de cumprimento dos deveres legais instituídos pela constituição (SIQUEIRA, 2017).

Denota-se que o Poder Judiciário tem assumido importante papel na efetivação de direitos fundamentais prestacionais, em consonância à tipificação alcançada pelas normas garantidoras de tais direitos asseguradas no rol exemplificativo descrito na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira evidencia o rechaço da aplicabilidade da cláusula da reserva do financeiramente possível quando da não comprovação no plano fático da pretendida alegação, bem como faz-se mister enfatizar, revisitando o ideal propositário de criação da cláusula, sua indelével e necessária associação com a razoabilidade, seja no plano do requerente, seja na perspectiva do Poder Judiciário, de forma a possibilitar o alcance do



direito fundamental prestacional emanado, no plano subjetivo e/ou coletivo, com a manutenção do interesse social da coletividade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação e a consolidação da sociedade brasileira em tempos de pós modernidade perpassaram por período no qual não se desenvolveram as estruturas programáticas típicas de Estado Social e/ou Intervencionista, diferentemente do que ocorreu em países desenvolvidos, não se concretizando as promessas da modernidade.

Desse modo e marcado por forte características do capitalismo, houve o fortalecimento do patrimonialismo estamental burguês e pouco desenvolvimento de mecanismos capazes de promover a materialização social de forma a dirimir as desigualdades sociais fáticas historicamente características da sociedade brasileira. Esse contexto deturpado, entrelaçado com o pouco fortalecimento do Estado enquanto democracia e, conseqüentemente, no campo político e social, também se caracteriza pelo distanciamento do Estado a parcela significativa da população a qual, cada vez mais, necessita de políticas públicas prestacionais e garantidoras de direitos sociais.

A própria Carta Magna, quando de sua propositura, reconhecendo que o poder emanava do povo, e sabendo do contexto social que figurava e caracterizava a nação, fez constar dentre seus princípios a dignidade da pessoa humana, bem como elencou direitos fundamentais, de acepção negativa, positiva e coletivos/difusos, assim como estabeleceu mecanismos coercitivos para efetivar a aplicabilidade de suas normas.

O poder público, nos diversos entes federativos, tem, por força constitucional, a prerrogativa de assegurar, por intermédio de políticas públicas, a efetividade fática de ações programáticas com vista a execução dos direitos sociais. Todavia, em tempos contemporâneos, tal situação tem sido rechaçada pelo Estado com a justificativa de insuficiência orçamentária em detrimento à coletividade, situação na qual invocam a cláusula da reserva do possível.

Denota-se, contudo, uma interpretação diversa da finalidade concepcional da cláusula da reserva do possível quando aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, a qual passou a ater-se somente à capacidade orçamentária e financeira, razão pela qual



tem sido denominada de reserva do financeiramente possível, à margem do princípio da razoabilidade e essencialidade da materialidade do direito social pretendido.

Nesse conflito de interesses, desponta-se a atuação do Poder Judiciário para dirimir as lides e, à luz dos preceitos constitucionais, concretizar e efetivar os direitos fundamentais prestacionais normatizados na carta positivada suprema dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina e a jurisprudência mostram que o poder público não pode se esquivar de sua responsabilidade legal e seu dever constitucional de assegurar e promover, por meio de políticas públicas, direitos fundamentais prestacionais, ainda que utilize em sua defesa a cláusula da reserva do possível. Neste caso, ainda sim, faz-se necessária a análise do caso concreto, bem como a comprovação fática de tal situação, aliada ao emprego da razoabilidade e essencialidade do direito fundamental social materializado.

REFERÊNCIAS

- ARANGO, R. **Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia**. In: MELLO, Cláudio Ari. Os desafios dos direitos sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BAHIA, S. J. C.; SILVA, D. B. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Curitiba, v.2, n.2, p. 01-20, 2016.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CALIENDO, P. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SALET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CATÃO, M. C. S. Entre a doutrina da proteção integral e a reserva do possível: uma análise da problemática em torno da efetivação preferencial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, v. 3, n. 1, p. 82-98, 2012.
- DANTAS, I. **Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DENICOL, K. A. Direitos fundamentais sociais e princípio da reserva do possível como condicionante à sua eficácia. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 76, p. 99-110, 2015.



- FALSARELLA, C. M. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. In: Nilton Carlos de Almeida Coutinho (Org.). *Advocacia e Direito Público: aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas*. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.
- FERNANDES, F. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**, 5ª ed. São Paulo: Globo, 2006.
- GROBERIO, S. C.; COURA, A. C. Reserva do possível no brasil: limites e aporias para efetivação do direito social à saúde. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v, 8. n. 1, p. 214-232, jan./jun. 2020.
- HACHEM, D.W. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.
- HACHEM, D. W. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 13, n. 53, p. 133-168, jan./mar. 2003.
- MAIA, M. S. F.; LEITE, R. A. Elementos para uma teoria da constituição dirigente adequada aos países da modernidade tardia. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v.29, n.2, p.141-162, 2009. Disponível em: < <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6418/4657>>. Acesso em: 05 de junho de 2022.
- MÂNICA, F. B. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica Sob a Reforma do Estado**, Salvador - BA, n. 21, p. 1-17, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=426>>. Acesso em: 05 de junho de 2022.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OLIVEIRA, R. F. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.
- RABELO, E. D. R. O. A fundamentalidade dos direitos sociais: conciliação do “mínimo existencial” com a “reserva do possível”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 1, n. 1, p. 82-92, 2013. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/8/pdf_5>. Acesso em: 05 de junho de 2022.



- RAMOS, M. B. C. **Clausula da reserva do possível: a origem da expressão alemã e sua utilização no direito brasileiro**. 2014, [online]. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40197/clausula-da-reserva-do-possivel-a-origem-da-expressao-alema-e-sua-utilizacao-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 05 de junho de 2022.
- REIS, J. C. V. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ROCHA, M. I. C. A doutrina da reserva do possível e a garantia dos direitos fundamentais sociais. **Ciência et Praxis**, v. 4, n. 7, P. 27-38, 2011.
- SANTOS, B. S. **Pela mão de Alice: o social e o político na transição pós-moderna**. São Paulo: Cortez, 1997.
- SCHIER, P. R.; SCHIER, A. C. R. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018.
- SIQUEIRA, D. P. Reserva do possível e os direitos sociais: da previsão normativa a concretização. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 46, p. 188-203, 2017.
- SOARES, G. S. Entre o projeto de modernidade e a efetivação da democracia: marcas deixadas na construção da vida social brasileira. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 109, p. 31-44, jan./mar. 2012.
- SOUSA, I. B. S.; CHAGAS, M. A. F.; FEIO, T. A.; ARAUJO, A. C. M. A reserva do possível: a falta de recursos financeiros do estado como justificativa para não implementação dos direitos sociais e sua ocorrência em tempos de pandemia. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.8, p. 79568-79590, 2021.
- SOUZA, L. D. F. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013.
- STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



O EXERCÍCIO EFETIVO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO AMBIENTE RURAL E O PAPEL DO ESTADO: INDO ALÉM DOS ASPECTOS MICROECONÔMICOS DA TOMADA DE DECISÕES

THE EFFECTIVE EXERCISE OF THE RIGHT TO EDUCATION IN THE RURAL ENVIRONMENT AND THE ROLE OF THE STATE: GOING BEYOND MICROECONOMIC ASPECTS OF DECISION-MAKING

DOI: 10.51859/AMPLLA.EDL2318-10

Rita de Cássia Marques Lima de Castro ¹
Paulo Sergio de Castro ²

¹ Doutora em Ciências – Programa de Pós-graduação em Integração da América Latina - Universidade de São Paulo. Professora e investigadora na USP (CORS, NESPI, Centro de Pesquisas Psicologia, Sociedade e Educação na América Latina, Cátedra José Bonifácio) e no Centro Latinoamericano de Estudios em Epistemología Pedagógica-CESPE.

² Pós-Graduando – Doutorado em Ciências pela Universidade de São Paulo (Programa de Pós-graduação em Integração da América Latina) e Doutorado em Direito – Universidad de Buenos Aires. Pesquisador no Centro Latinoamericano de Estudios em Epistemología Pedagógica-CESPE.

RESUMO

Com base em pesquisa bibliográfica, este trabalho de natureza básica, objetivos exploratórios e descritivos e abordagem qualitativa buscou discutir a importância do exercício efetivo do direito à educação e o papel do Estado latino-americano e caribenho na promoção da educação no ambiente rural, voltando-se para uma abordagem que vai além dos aspectos microeconômicos da tomada de decisões. Considerando a educação como um direito universal e levando em conta seus objetivos fundamentais, compreende-se que a defesa do exercício efetivo do direito à educação é a defesa da dignidade humana e dos próprios ideais democráticos dos países latino-americanos e caribenhos que desejam lutar por manter a sua liberdade e o pluralismo; assim, o papel do Estado reveste-se de importância se o compreendermos como garantidor do exercício efetivo do direito à educação, tanto no âmbito individual quanto no coletivo e, nesse âmbito, a tomada de decisão por fechar escolas em ambientes rurais mostrou-se como uma tomada de decisão inefetiva e baseada no curto prazo, com foco puramente econômico. Sendo a educação um poderoso baluarte da democracia,

visto que sustenta os princípios democráticos por preconizar todos os valores apresentados de tolerância, respeito, solidariedade, cumpre reforçar o exercício do direito individual e coletivo à educação como forma de potencializar o desenvolvimento pleno não somente do indivíduo, mas da própria comunidade, do Estado e da coletividade humana.

Palavras-chave: Direito à educação. Direitos Humanos. Educação rural. Estado e Educação. Democracia.

ABSTRACT

Based on bibliographic research, this work of basic nature, exploratory and descriptive objectives and qualitative approach sought to discuss the importance of the effective exercise of the right to education and the role of the Latin American and Caribbean State in promoting education in the rural environment, focusing on towards an approach that goes beyond the microeconomic aspects of decision making. Considering education as a universal right and taking into account its fundamental objectives, it is understood that the defense of the effective



exercise of the right to education is the defense of human dignity and the democratic ideals of Latin American and Caribbean countries that wish to fight for maintain their freedom and pluralism; thus, the role of the State is of importance if we understand it as a guarantor of the effective exercise of the right to education, both individually and collectively, and, in this context, the decision-making to close schools in rural environments proved to be a ineffective and short-term decision-making, with a purely economic focus. As education is a powerful bulwark of democracy, since it supports

democratic principles by advocating all the values presented of tolerance, respect, solidarity, it is necessary to reinforce the exercise of the individual and collective right to education as a way of enhancing the full development not only of the individual, but of the community itself, of the State and of the human collectivity.

Keywords: Right to education. Human rights. Rural education. State and Education. Democracy.

1. INTRODUÇÃO

Na literatura, é evidenciado que a educação é revestida de diversas dimensões como a política, a cultural e a socioeconômica. Essas diferentes dimensões fundamentam o direito à educação em dois grandes direitos: o individual e o social, e tal relação entre dimensões e direitos se constitui o ponto central desta investigação. O objetivo geral é discutir a importância do exercício efetivo do direito à educação E o papel do Estado latino-americano e caribenho na promoção da educação no ambiente rural, voltando-se para uma abordagem que vai além dos aspectos microeconômicos da tomada de decisões.

O motivo de tal recorte está em que o direito à educação, tido e reconhecido como um direito universal, implica a compreensão holística dos papéis dos agentes que a promovem e, no caso do ambiente rural, em geral mais desprovido do exercício dos direitos humanos, esta compreensão mais abrangente se constitui de vital importância. Uma tomada de decisão focando em apenas um aspecto, ou em aspectos de curto prazo, trarão danos e violarão o direito à educação em sua expressão real.

Cumpramos lembrar, como tanto é evidenciado nos diversos documentos universais sobre a educação, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos da Criança, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que a educação é um direito fundamental do ser humano porque o contraponto a ela, que é a ignorância, privará este ser humano de sua própria dignidade e, ademais, a privará dos meios que possibilitam o reconhecimento da pessoa em sua totalidade (MEHEDI, 1999).



Logo, temos diversas implicações quando não se efetiva o direito à educação e, no caso específico do recorte proposto, essas implicações reverberam a tal ponto no desenvolvimento das nações latino-americanas e caribenhas que afetam não somente o âmbito individual, como também o âmbito da comunidade, do próprio Estado e da coletividade humana.

Postas essas motivações e justificativas, apresenta-se a estrutura deste documento que foi construído com metodologia de natureza básica, objetivos exploratórios e descritivos, abordagem qualitativa e com aplicação de pesquisa bibliográfica como técnica utilizada: após a introdução, tem-se a revisão bibliográfica, na qual se abordam os principais conceitos sobre educação e o papel do Estado; em seguida, abrange-se o tema de educação e desenvolvimento, segue-se com a temática do fechamento das escolas rurais na América Latina e no Caribe, discutem-se as evidências dessa tomada de decisão sobre o fechamento das escolas vis-à-vis a teoria e apresentam-se as considerações finais.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Há muito o que discutir acerca da educação formal e seus objetivos ou benefícios para o indivíduo e para a comunidade. Iniciemos esta breve revisão bibliográfica com um compilado de análises, publicado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em relatório apresentado em 1999, na forma de documento técnico E/CN.4/Sub.2/1999/10, de autoria de Mustapha Mehedi e se justifica utilizar tal documento porque, além de trazer vários aspectos centrais da compreensão acerca dos objetivos e do próprio papel da educação formal, tal documento resgata uma discussão fundamental sobre o alcance da educação, o que vai ao encontro do objetivo central desta presente investigação:

2.1. OBJETIVOS DA EDUCAÇÃO

Há quatro objetivos fundamentais que são atribuídos à educação:

- 1) propiciar o desenvolvimento da personalidade, das atitudes e das capacidades do ser humano
- 2) fortalecer o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais
- 3) desenvolver a capacidade de cada pessoa participar, de forma efetiva, na sociedade em que vive

- 4) fomentar a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos étnicos, raciais ou religiosos, bem como promover as atividades das Nações Unidas visando manter a paz (MEHEDI, 1999).

Considerando a educação como instrumento para o alcance desses objetivos considerados fundamentais, é patente observar que o efeito da educação é mais amplo do que aquele que alcança apenas a esfera individual e que o direito à educação deve abarcar essa abrangência. O próprio Mehedi (1999) define que o alcance do direito à educação irradia entre três esferas, que o autor considera como círculos concêntricos: o primeiro, mais nuclear, seria o que abarca o ser humano; o segundo, que contém o primeiro, trata da comunidade local e o terceiro, que contém o segundo e o primeiro, trata da coletividade humana em seu conjunto.

Na terceira conferência mundial sobre o futuro da educação, em uma perspectiva latino-americana, realizada no Rio de Janeiro, em 2018, destaca-se a ideia de que a educação é considerada o mais eficaz instrumento que se pode aplicar para que os povos evoluam. Não é novidade a ideia em si, mas as conclusões que a conferência apresenta reforçam os preceitos fundamentais aqui apresentados, visto que se destaca que, para alcançar essa evolução, é preciso que haja acessibilidade, qualidade e expansão do alcance da educação, desde o ensino infantil ao superior. Recomenda-se uma mudança no paradigma atual e a busca de uma educação que crie valores considerados humanistas (grifos nossos), uma educação que compreenda o âmbito individual e o coletivo (TERCEIRA, 2018).

Además de esos cuatro objetivos, que cabría calificar de fundamentales, los instrumentos internacionales y regionales mencionan otros: a) La transmisión general del patrimonio cultural ; 13 b) El fomento de la conciencia nacional ; 14 c) La contribución al desarrollo económico y social de la comunidad ; 15 d) El desarrollo del sentido de las responsabilidades morales y sociales ; 16 e) El desarrollo de la aptitud crítica y del juicio individual ; 17 f) El desarrollo del respeto por el medio natural

2.2. EDUCAÇÃO E ESTADO

Gentili (2009) estimula uma discussão acerca dos papéis da educação e do Estado em sociedades consideradas democráticas e relembra que, apesar de a Declaração de 1948 ter trazido à educação a atribuição de uma dimensão de direito coletivo e ter



aplicado ao Estado a responsabilidade de garanti-la aos cidadãos, a educação é revestida de uma importância tal que se houver a violação do direito à educação para uma única pessoa que seja podemos considerar que se viola o direito de todas as pessoas. Isto porque o pesquisador considera, e reiteramos esta perspectiva, que conceito de inclusão social assim o é se for total – ou seja, como o próprio autor afirma, não existe inclusão social parcial.

“Um princípio semelhante aplica-se aos direitos humanos. (...) O direito à educação, como direito humano fundamental, ou pertence a todos ou não pertence a ninguém.” (GENTILI, 2009, p. 1075).

A questão do Estado como garantidor de direito é relevante. Refletindo sobre a educação como um direito que deve pertencer a todos, não há como olvidar a reflexão de Gentili (2009), assim como é preciso partir da discussão sobre a ação de alguns Estados latino-americanos que fecharam escolas rurais, adotando uma política centralizadora, estabelecida em critérios de caráter eminentemente de ordem econômica, visando reduzir custos e alcançar o que a administração clássica denomina eficiência, que é otimizar o uso dos recursos.

Ainda sobre o Estado e a educação, pode-se discutir que um direito tão importante quanto é o da educação é um direito que precisa ter a ingerência do ente estatal. O que se pode constatar é que o Estado tem um papel fundamental na garantia do acesso à educação, mas que é salutar e democrático que haja, além do Estado, outros agentes que ofereçam a educação, para que haja pluralismo na oferta, para que haja possibilidade de escolha, e para que haja liberdade do exercício da profissão docente. Núñez, González e Ascorra (2020) observaram, em seu trabalho de pesquisa sobre o fechamento das escolas rurais, que o Estado, quando atua de uma forma garantidora do direito à educação, traz mais possibilidade de uma ação em prol da manutenção de um acesso sem discriminação à escola; logo, quando esse Estado reduz o seu papel garantidor, a tendência é diminuir, também, o acesso universal, o direito coletivo à educação.

2.3. EDUCAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

Há diversos estudos que demonstram o impacto positivo da educação formal na tomada de decisões (um compilado de 30 artigos avaliados pode ser encontrado em

Lima de Castro e Macchione Saes, 2018), na otimização do uso de recursos, na compreensão mais ampla dos elementos que afetam determinado fenômeno como: uma mudança no clima e o que isto afeta a colheita, um bloqueio ou embargo econômico em algum país e as consequências para a economia de outro país, uma guerra como a que ocorre, em 2022, entre Rússia e Ucrânia. Se no dia a dia as decisões a serem tomadas já implicam uma complexidade de fatores que precisam ser analisados, amplia-se essa complexidade quando diversas crises ocorrem em paralelo, conforme vivemos nos últimos anos, criando o que o chefe da Organização Mundial de Comércio (OMC), Ngozi Okonjo-Iweala, define como “policrise”, composta por pandemia, crise alimentar, crise energética e guerra (CHEFE, 2022, s/p.).

O direito à educação, sob esse prisma, é um direito que perpassa o direito individual – sua falta ou uma limitação ao direito de educação de qualidade representa um dano a uma coletividade; todos são afetados negativamente pela quebra ou redução desse direito que, em nosso entendimento, é absolutamente fundamental para que se quebre o ciclo de desigualdade secular que tende a crescer nos países latino-americanos, condenando-os a muitos anos de corrida para o alcance de melhores condições de vida.

Se observarmos a Declaração Mundial sobre Educação para todos, ela reforça o que vimos defendendo: a educação formal deve ser de acesso a todos. Isto se deve ao fato de que a educação formal vai além de satisfazer necessidades básicas ou essenciais para a aprendizagem – ela significa a ferramenta para as pessoas desenvolverem, de forma plena, as suas capacidades, ela abarca conhecimentos, sim, associação entre teoria e prática, mas também valores e atitudes, que permitam às pessoas viverem e trabalharem de forma digna, como está no artigo 1º, parágrafo 1º da referida declaração (DECLARAÇÃO, 1990).

No mesmo parágrafo, ainda há outros aspectos igualmente relevantes para sustentar a argumentação em prol do acesso à educação formal e de seu exercício como um direito coletivo. Trata-se de relacionar a educação formal com a participação plena (grifos nossos) do desenvolvimento e da melhoria da qualidade de vida, bem como a capacidade de aprender de forma contínua ao longo da vida e de tomar decisões fundamentadas (DECLARAÇÃO, 1990), reforçando o que os estudos sobre educação e impacto positivo nas nações vêm demonstrando.

Este tópico sobre a educação se mantém relevante, ademais, porque a América Latina e o Caribe, em especial, que sofrem há séculos com a desigualdade, tendem a ver ampliar o fosso entre as classes sociais à medida que se reduz o acesso à educação, isto porque a educação tende a suavizar as discrepâncias derivadas de aspectos relativos ao desenvolvimento socioeconômico das nações. Logo, torna-se essencial, para o desenvolvimento dos países latino-americanos e caribenhos, o foco na educação e a luta para que o direito efetivo ao seu acesso, no nível individual e no coletivo, seja mantido como uma necessidade imperativa.

2.4. O FECHAMENTO DE ESCOLAS RURAIS EM PAÍSES IBEROAMERICANOS

Arteaga Martínez e Juárez Bolaños (2020) apresentam, em uma revisão de literatura realizada, os principais motivos que levam os Estados a procederem ao fechamento de escolas em ambientes rurais; estes motivos se baseiam em quatro postulados, como denominam os autores: 1) a manutenção de escolas em pequenos locais rurais é uma decisão custosa, do ponto de vista econômico, para o Estado; 2) pode-se oferecer melhores condições de ensino de forma eficiente (ou seja, com menor custo econômico) se houver a concentração de estudantes e de recursos em escolas maiores e mais consolidadas; 3) escolas maiores oferecem educação de maior qualidade, se comparadas às pequenas; 4) em escolas maiores, o ensino especializado é valorizado positivamente, tanto nas licenciaturas como nas áreas.

Tais postulados se baseiam em estudos norte-americanos e em experiências realizadas no próprio país, mas Arteaga Martínez e Juárez Bolaños (2020) citam estudos norte-americanos (BERRY; WEST, 2005; MILLS; MCGEE; GREENE, 2013) que se opõem a esses ganhos puramente econômicos, pois demonstram que estudantes em instituições menores têm mais rendimento, completam mais anos na escola, apresentam melhores salários.

O fundamento que sustenta esses postulados é claramente econômico, voltado para a busca da eficiência nas operações, o que significa otimização no uso dos recursos. Mais adiante, no capítulo de discussões, aprofundaremos a discussão acerca desses postulados. Para esta seção, é importante sublinhar, contudo, que esses postulados foram contrapostos e comparados a outros estudos e, na América Latina, por exemplo, aulas em espaços menores, como os que comumente ocorrem nas escolas rurais,

apresentam-se como mais efetivas e com mais aprendizado, e isso ocorre porque pesquisas mostram que escolas com poucos estudantes têm se mostrado altamente positivas em termos de gerar aprendizado e estimular a convivência social, além de permitirem que os estudantes aprendam com cooperação, uns ensinando os outros (NÚÑEZ, 2013).

Williamson (2020) e Núñez, González y Ascorra (2020), estudando a problemática do fechamento das escolas no Chile, reforçam, respectivamente, (1) a questão da importância da cooperação como base para que se possa ter uma governança que possibilite o exercício efetivo do direito à educação e (2) o impacto negativo na coesão social quando o Estado define pelo fechamento de escolas rurais e por uma concentração da oferta da educação em espaços geográficos distantes do ambiente rural. As conclusões dos investigadores ilustram o que Ostrom (1988) defende como importante: o vigiar, no sentido de ‘pôr atenção’ à democracia como algo frágil, que necessita de constante reforço e de distintos atores para exercerem o exercício da ação democrática, bem como destacam que uma ação de cerceamento ou limitação dos direitos à educação impactarão, sim, na coesão social.

3. DISCUSSÕES

Ao realizar a breve revisão bibliográfica, destacamos a perspectiva da educação como algo que envolve o caráter individual e o social. Resgatamos a fala de Mehedi (1999) para ilustrar, a seguir, uma figura elucidativa dessa relação ampliada com uma contribuição nossa visando sustentar a argumentação que virá a seguir:

Figura 1 – As dimensões da educação e sua relação com democracia e desenvolvimento dos povos



Fonte: Autoria própria.

Neste ponto, cumpre-nos observar o quão relevante é compreender a educação além do limite do indivíduo – primeiramente, ao sair da esfera individual propriamente dita, a educação evidencia um aspecto colaborativo e cooperativo que, em nosso entendimento, é fundamental para o desenvolvimento dos povos e para o fortalecimento de ações democráticas. Isto porque a democracia é sustentada pela confiança e esta é construída com uma educação voltada à compreensão, ao aceite das diferenças, à tolerância, à solidariedade e à busca da paz, exatamente o que preconizam declarações como as já citadas sobre os Direitos Humanos, sobre o Direito das Crianças, bem como a Convenção da Unesco que luta contra a discriminação.

Baseamos nossa argumentação em trabalhos como o de Ostrom (1998), um clássico estudo em que a autora comenta sobre a reciprocidade como um conjunto de estratégias que são ensinadas às sociedades para que haja não somente a identificação de pontos em comum para estimular a decisão para agir cooperativamente. Estratégias são ensinadas, visto que normas de reciprocidade também são fruto de aprendizado que podem ser fortalecidas à medida que se estimulam ações de cooperação e de interação entre as pessoas. Isso só é possível, em nosso entendimento, quando se aplica o conceito de educação que vai mais além da satisfação das necessidades do ser humano; quando se chega ao nível da comunidade local e até da coletividade humana, teremos o incentivo à educação como cooperação e o reforço do direito à educação em

sua dimensão universal, o que estimula a construção de relações entre diversos atores e amplia possibilidades de governança regional.

Pode-se contra-argumentar que a defesa da educação no nível individual visando ao pleno desenvolvimento do potencial humano favorece a colaboração, pois se conforma em uma formação da pessoa com foco na qualidade das relações que essa pessoa terá com seu próximo; de fato, estamos de acordo com essa perspectiva da educação que considera como plenitude de formação a dimensão universal das relações humanas; contudo, o que defendemos de diferente, neste ponto, é a forma com que esse desenvolvimento do pleno potencial do ser humano deva ser abordada; entendemos que a forma com que a educação é enfocada, na América Latina e no Caribe, não alcança esse pleno potencial porque se limita a reforçar conhecimento e competição, sem dar o devido foco à construção das relações de solidariedade, tolerância, respeito às culturas e construção colaborativa de relações de longo prazo.

Entramos, agora, no papel do Estado no fechamento das escolas rurais como uma prova de que essa forma de focar na competição e nas soluções de curto prazo evidenciam esses aspectos mais limitantes que derivam da educação mais utilitarista e que impede a efetividade do direito à educação como um direito coletivo, o qual, segundo Mehedi (1999) pode ser denominado como um direito de solidariedade. A opção por abordar a temática da escola rural evidencia o quão importante é a estruturação das comunidades em prol do exercício efetivo do direito à educação. Quanto mais frágil for a estrutura para o exercício desse direito, maior será o dano causado quando a ação do ente governamental ou do tomador de decisão tiver um foco meramente utilitarista ou de curto prazo, como abordado com mais detalhamento, a seguir.

Juárez Bolaños (2020), na introdução da obra que agrupa estudos importantes sobre a política de fechamento de escolas rurais em países da Ibero América, já nos alerta acerca do ponto central que leva os Estados a adotarem políticas que focam em aspectos econômicos: trata-se da busca pela otimização dos recursos e por eficiência no controle das escolas; e nós propomos um complemento a essa classificação do enfoque – dado que a economia é uma Ciência Social em sua essência, esse enfoque é, na verdade, um enfoque reducionista, alcançando apenas a parte microeconômica da economia como ciência.

Por que afirmamos que este enfoque é reducionista? Porque a economia, enquanto ciência social, incita à tomada de decisão considerando múltiplos aspectos; dentre eles, os efeitos sociais, além dos econômicos, que determinada decisão irá causar. É o caso do fechamento das escolas rurais em diversos países, tanto da América Latina e do Caribe quanto da Espanha (país ibero-americano que foi abordado na obra estudada).

Se compreendemos o direito à educação como um direito intimamente relacionado à dignidade humana e a educação como uma poderosa forma de modificar a vida de uma pessoa, trazendo-lhe mais possibilidade de uma alteração de patamar social e econômico, a decisão de concentrar o acesso à educação, em um ambiente já escasso de opções como o ambiente rural, é uma decisão minimamente arriscada e não eficaz, e até ousamos afirmar que tampouco é eficiente, visto que afeta, no longo prazo, a formação das pessoas e impede ou reduz significativamente o desenvolvimento socioeconômico dessa pessoa.

A educação reduzida é uma causa da falta de desenvolvimento socioeconômico ou de sua postergação por décadas, impactando negativamente toda uma nação. Gentili (2009) aponta que quando a educação deixa de ser direito de todos e prevalecem aspectos mercantilistas, fortalece-se o caráter individualista de educação, sendo que, quando predominam valores individualistas, o que se encontra é um reforço à educação com foco exclusivo na criação do que o mercado entende como valor. Logo, sublinha-se, aqui, o papel do Estado como um direcionador, não um monopolista, mas um estimulador do foco que se espera e um divulgador dos motivos que levam o Estado a incentivar o exercício da educação como expressão de um direito universal que deve ser democrático em sua essência, isto é, que deve ser um direito de todos, sem qualquer traço de discriminação, para que ocorra a construção de solidariedade, comunidade e coletividade.

Quando o foco é na educação para satisfazer as necessidades de um indivíduo, evidencia-se o aspecto competitivo das relações; corre-se mais risco de haver totalitarismos e dificulta-se a coesão social. Para evidenciar essa afirmação, pode-se recorrer à história das democracias latino-americanas e caribenhas e até à história da humanidade – o exercício do direito à educação é um dos primeiros a ser cerceado em tempos de ditadura ou de totalitarismo, isto porque a educação voltada à cooperação,



à erradicação do analfabetismo e da intolerância é eminentemente, uma educação democrática, em que não há monopólios educativos nem uma preponderância de um agente controlador. Exemplificando esses pontos e contrapondo-os à teoria abordada neste trabalho de investigação e reflexão:

Retomando à questão do fechamento das escolas rurais, destacamos o apresentado pelo próprio organizador da obra coletiva sobre os impactos do fechamento das escolas nesses ambientes, Juárez Bolaños (2020); ao comentar a obra de Núñez, González y Ascorra (2020), o pesquisador alerta que, em oposição ao papel centralizador do Estado no tocante às decisões sobre a oferta da educação em escolas rurais, a real participação das comunidades rurais na tomada de decisão e no gerenciamento da oferta das escolas rurais apresenta-se como um desafio para a construção das sociedades efetivamente democráticas na América Latina e, a esse comentário acrescentamos o fato de que essas conclusões evidenciam o quanto os princípios da educação e de seu exercício efetivo dos direitos estão profundamente relacionados à construção e à manutenção de atitudes democráticas. Remete-nos ao compilado de documentos e declarações de Mehedi (1999), tão atual quanto na ocasião em que foi redigido, no qual se destaca que a educação é uma poderosa arma contra o totalitarismo.

Notemos, ainda, a relação dessa questão com o exercício efetivo do direito à educação: ao se fecharem escolas em ambientes rurais, dificulta-se sobremaneira o acesso da comunidade à educação, pois vale lembrar que ambientes rurais são, em sua grande maioria, desprovidos de diversas facilidades como saneamento urbano, transporte, internet etc.; logo, a tendência à evasão se torna uma realidade cada vez mais impactante às comunidades. Portanto, o fechamento das escolas é uma redução à possibilidade do exercício efetivo do direito à educação, com o agravante de que estamos tratando de um ambiente duplamente alijado de seus direitos em vários âmbitos. Por isto, destacamos o direito à educação no ambiente rural como título deste trabalho e o papel do Estado com essa ótica de ir além da tomada de decisões com caráter reducionista e focando no curto prazo.

Não bastassem os aspectos positivos da educação formal, apresentados na seção anterior, há um ponto focal da nossa argumentação em prol da educação reforçado nas palavras de Mehedi (1999), que afirma que o alcance com sucesso do direito coletivo à



educação deriva de uma condição essencial: a igualdade de acesso de todas as pessoas aos serviços de educação em instituições de ensino eficazes, de acordo com suas necessidades específicas, sem qualquer tipo de discriminação. (grifos nossos). A educação precisa estar à disposição de todos; logo, o fechamento das escolas rurais fere a condição essencial para que ocorra, de fato, o direito coletivo à educação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de investigação buscou discutir a importância do exercício efetivo do direito à educação e o papel do Estado latino-americano e caribenho na promoção da educação no ambiente rural, voltando-se para uma abordagem que vai além dos aspectos microeconômicos da tomada de decisões.

Apresentando-se a educação como um direito universal e tendo retomado os objetivos fundamentais da educação, assim como todos os aspectos que levam a educação a ser um pilar do desenvolvimento dos povos, como a formação plena das pessoas, o reforço ao respeito à paz, à solidariedade, à tolerância e às diversas culturas, pôde-se identificar o quanto o papel do Estado reveste-se de importância se o compreendermos como garantidor do exercício efetivo do direito à educação, tanto no âmbito individual quanto no coletivo.

Com o recorte realizado focando no fechamento das escolas rurais em países da América Latina, evidenciou-se o quão danoso é tomar essa decisão em uma perspectiva reducionista ou de curto prazo, pois o resultado é uma violação do direito à educação em sua expressão real e o aprofundamento das desigualdades já tão gritantes em termos de direitos dos povos latino-americanos e caribenhos, ainda mais em ambientes rurais, desprovidos de vários direitos, além do direito à educação propriamente dito.

A defesa do exercício efetivo do direito à educação é a defesa da dignidade humana e dos próprios ideais democráticos dos países latino-americanos e caribenhos que desejam lutar por manter a sua liberdade e o pluralismo. A educação é um poderoso baluarte da democracia, visto que sustenta os princípios democráticos por preconizar todos os valores apresentados de tolerância, respeito, solidariedade. Portanto, cumpre reforçar o exercício do direito individual e coletivo à educação como forma de



potencializar o desenvolvimento pleno não somente do indivíduo, mas da própria comunidade, do Estado e da coletividade humana.

REFERÊNCIAS

- ARTEAGA MARTÍNEZ, Paola; JUÁREZ BOLAÑOS, Diego. Los programas de cierre de escuelas rurales, ¿alternativas de equidad y mejora educativa?. In: JUÁREZ BOLAÑOS, Diego (Coord.). **Políticas de cierre de escuelas rurales en Iberoamérica**. Debates y experiencias. México: Red Temática de Investigación de Educación Rural / Editora Nómada, 1era edición, marzo de 2020. p. 13-32. Disponível em: <https://inide.iberomx/assets_front/assets/libros/2020/librocierreescuelas-digital.pdf>. Acesso em 12 jun.2022.
- CHEFE da OMC vê caminho difícil para acordos comerciais em reunião global. Na abertura da 12ª Conferência Ministerial da OMC, Ngozi Okonjo-Iweala falou em uma 'policrise' causada pela pandemia de Covid-19, a guerra na Ucrânia e crises de alimentos e energia. Reportagem publicada em 12 jun. 2022 no **Portal de Notícias G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/06/12/chefe-da-omc-ve-caminho-dificil-para-acordos-comerciais-em-reuniao-global.ghtml>>. Acesso em 12 jun.2022.
- DECLARAÇÃO Mundial sobre Educação para Todos (Conferência de Jomtien – 1990). Aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos, em Jomtien, Tailândia, de 5 a 9 de março de 1990. Publicada no *site* da **UNICEF BRASIL**. 1990. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990>>. Acesso em 12 jun.2022.
- GENTILI, Pablo. O direito à educação e as dinâmicas de exclusão na América Latina. **Educação & Sociedade** [online], v. 30, n. 109, p. 1059-1079, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-73302009000400007>>. Acesso em 12 jun.2022.
- JUÁREZ BOLAÑOS, Diego. Introducción. In: JUÁREZ BOLAÑOS, Diego (Coord.). **Políticas de cierre de escuelas rurales en Iberoamérica**. Debates y experiencias. México: Red Temática de Investigación de Educación Rural / Editora Nómada, 1era edición, marzo de 2020. p. 7-12. Disponível em: <https://inide.iberomx/assets_front/assets/libros/2020/librocierreescuelas-digital.pdf>. Acesso em 12 jun.2022.
- LIMA DE CASTRO, Rita de Cássia Marques Lima; MACCHIONE SAES, Maria Sylvia. Contribuição da educação formal para a eficiência na agricultura: uma análise a partir da revisão da literatura. **INTERCIENCIA**, v. 43, p. 98-105, 2018. Disponível em: <https://www.interciencia.net/wp-content/uploads/2018/03/98-CASTRO-43_02.pdf>. Acesso em 12 jun.2022.



- MEHEDI, Mustapha. E/CN.4/Sub.2/1999/10. Ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. El ejercicio del derecho a la educación, inclusive la educación en materia de derechos humanos. Contenido del derecho a la educación. Documento de trabajo presentado por el Sr. Mustapha Mehedi no *site* da **Organização das Nações Unidas (ONU)**. 1999. Disponível em: <[http://www.oidel.org/doc/Mehedi/Documento%20de%20trabajo%20sobre%20el%20derecho%20a%20la%20educaci%F2n%20\(M.%20Mehedi\).pdf](http://www.oidel.org/doc/Mehedi/Documento%20de%20trabajo%20sobre%20el%20derecho%20a%20la%20educaci%F2n%20(M.%20Mehedi).pdf)>. Acesso em 12 jun.2022.
- NÚÑEZ, Carmem Gloria. El Cierre de Escuelas Rurales en Chile: ¿Una política de Estado?. **Observatorio Chileno de Políticas Educativas**. Por el derecho ciudadano a participar de la educación pública. Agosto de 2013. Disponível em: <http://rededucacionrural.mx/documents/131/Articulo_Nunez_2013_Chile_HwNqmjs.pdf>. Acesso em 12 jun.2022.
- NÚÑEZ, Carmen Gloria; GONZÁLEZ, Bryan; ASCORRA, Paula. Más allá de la lógica económica: consideraciones y recomendaciones frente al cierre y fusión de escuelas rurales en Chile. In: JUÁREZ BOLAÑOS, Diego (Coord.). **Políticas de cierre de escuelas rurales en Iberoamérica**. Debates y experiencias. México: Red Temática de Investigación de Educación Rural / Editora Nómada, 1era edición, marzo de 2020. p. 53-85. Disponível em: <https://inide.ibero.mx/assets_front/assets/libros/2020/librocierreescuelas-digital.pdf>. Acesso em 12 jun.2022.
- OSTROM, Elinor. A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action: Presidential Address, American Political Science Association, 1997. **American Political Science Review**, v. 92, n. 01, p. 1–22, march.1998. doi:10.2307/2585925.
- TERCEIRA Conferência Internacional sobre o Futuro da Educação**. “Perspectivas da América Latina”. 2018. Disponível em: <<http://futureeducation.cesgranrio.org.br/>>. Acesso em 12 jun.2022.
- WILLIAMSON. Guillermo. ¿Concentración o descentralización cooperativa de escuelas rurales? In: JUÁREZ BOLAÑOS, Diego (Coord.). **Políticas de cierre de escuelas rurales en Iberoamérica**. Debates y experiencias. México: Red Temática de Investigación de Educación Rural / Editora Nómada, 1era edición, marzo de 2020. p. 33-52. Disponível em: <https://inide.ibero.mx/assets_front/assets/libros/2020/librocierreescuelas-digital.pdf>. Acesso em 12 jun.2022.



A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE PUBLIC LIGHTING CONTRIBUTION

DOI: 10.51859/AMPLLA.EDL2318-11

Gabriel Alves Fonseca ¹

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador do Núcleo de Criminologia e de Política Criminal (NCPC), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9865072002810804>.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo geral verificar a inconstitucionalidade formal e material da contribuição de iluminação pública, inserida na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 39/2002. Corolários desse objetivo geral, dois objetivos específicos foram igualmente perquiridos: (1) tecer um panorama geral acerca da contribuição de iluminação pública; e (2) expor os argumentos em defesa da constitucionalidade da contribuição de iluminação pública. No que concerne à metodologia empregada, houve a instrumentalização prioritária de livros e artigos científicos, sobretudo de autores especializados em áreas como o Direito Tributário e o Direito Constitucional. Outrossim, os objetivos refletiram a própria estrutura de desenvolvimento do trabalho, sendo os dois primeiros capítulos referentes aos objetivos específicos e o terceiro e último capítulo atinente ao objetivo geral. Ao final da investigação realizada, concluiu-se pela necessidade da declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39/2002 e, por conseguinte, da contribuição de iluminação pública.

Palavras-chave: Contribuição de iluminação pública. Inconstitucionalidade formal. Inconstitucionalidade material.

ABSTRACT

The general objective of this work was to verify the formal and material unconstitutionality of the public lighting contribution, inserted into the Federal Constitution of 1988 by Constitutional Amendment 39/2002. Corollary to this general objective, two specific objectives were also pursued: (1) to make a general overview of the public lighting contribution; and (2) to expose the arguments in defense of the constitutionality of the public lighting contribution. Regarding the methodology used, books and scientific articles were used as a priority, especially from authors specialized in areas such as Tax Law and Constitutional Law. Furthermore, the objectives reflected the very structure of the work's development, with the first two chapters referring to the specific objectives and the third and last chapter referring to the general objective. At the end of the investigation, it was concluded that it is necessary to declare the unconstitutionality of Constitutional Amendment 39/2002 and, consequently, of the public lighting contribution.

Keywords: Public lighting contribution. Formal unconstitutionality. Material unconstitutionality.



1. INTRODUÇÃO

A contribuição de iluminação pública foi inserida na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 39/2002, em uma reação política do Congresso Nacional ao entendimento jurisprudencial capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal que reputou como inconstitucionais as antigas taxas de iluminação pública, sobretudo por estas não disporem dos caracteres constitucionais de especificidade e divisibilidade que distinguem as taxas de serviço, já que a iluminação pública é um serviço geral. Desde então, os Municípios e o Distrito Federal passaram a poder, mediante lei ordinária local, instituir a contribuição de iluminação pública, desde que com a observância dos princípios constitucionais tributários e das limitações ao poder de tributar como um todo.

Em que pese a contribuição de iluminação pública possua uma natureza jurídico-tributária, isto é, seja um tributo conforme os caracteres definidores do Código Tributário Nacional, há uma grande controvérsia doutrinária acerca de qual espécie tributária melhor representa tal tributo, sobretudo pelo fato de que os serviços gerais – como o de iluminação pública – são, em regra, custeados por impostos, e não por contribuições. Em distintos posicionamentos doutrinários, a contribuição de iluminação pública é, por vezes, reputada como um imposto, um tributo com natureza jurídica inédita ou uma contribuição especial anômala e diferenciada. Essa controvérsia acaba por suscitar dúvidas quanto à própria constitucionalidade da contribuição de iluminação pública.

Com vistas a fazer ao menos uma frente inicial a todas essas questões, sem ter havido, todavia, uma pretensão de esgotamento destas, o presente trabalho propôs-se a perquirir, ainda que em caráter sumário, a possibilidade de reconhecer-se a inconstitucionalidade da contribuição de iluminação pública. A justificativa desse esforço investigativo residiu no fato de que os contribuintes brasileiros vêm pagando um tributo que é comumente apontado como inconstitucional, o que exige, naturalmente, uma análise mais percuciente sobre sua (in)constitucionalidade.

Quanto aos objetivos que nortearam a presente pesquisa, estes foram precipuamente três, sendo um geral e os dois restantes, específicos. O objetivo geral foi verificar a inconstitucionalidade formal e material da contribuição de iluminação



pública, inserida na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 39/2002. Corolários desse objetivo geral, os dois objetivos específicos foram: (1) tecer um panorama geral acerca da contribuição de iluminação pública; e (2) expor os argumentos em defesa da constitucionalidade da contribuição de iluminação pública.

No que concerne à metodologia empregada, houve a instrumentalização prioritária de livros e artigos científicos, sem prejuízo do pontual cotejo desse material bibliográfico com os textos normativos conexos aos objetivos investigados (sobretudo, o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal de 1988) e com as decisões jurisprudenciais reputadas como relevantes para a tratativa trazida à baila (notadamente, decisões do Supremo Tribunal Federal). A bibliografia consultada foi de autores especializados em áreas como o Direito Tributário e o Direito Constitucional.

Por fim, cumpre dizer, ainda a título introdutório, que a estrutura de desenvolvimento do presente trabalho foi desenvolvida de modo a abrigar, nos dois primeiros capítulos, a investigação decorrente dos dois objetivos específicos, ao passo que o objetivo geral foi trabalhado no terceiro e último capítulo do desenvolvimento do artigo. Tais capítulos serão, pois, abordados nas linhas subsequentes.

2. UM PANORAMA GERAL ACERCA DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, cumpre dizer que era comum muitos Municípios brasileiros custearem o serviço de iluminação pública mediante taxas de serviço. Pela dicção do art. 145, II, da Constituição Federal, as taxas de serviço somente podem ser instituídas pelos entes políticos “pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (BRASIL, 1988). Vale destacar que, consoante as definições trazidas pelo art. 79, II e III do Código Tributário Nacional, os serviços públicos serão específicos “quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas”, e divisíveis “quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários” (BRASIL, 1966).

Ocorre que a iluminação pública, como bem pontua Roque Antonio Carrazza (2013, p. 730), é um serviço público geral e prestado à universalidade das pessoas, não



sendo, pois, um serviço público específico e divisível. Na mesma esteira, Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle (2016, p. 423) também entendem que a iluminação pública é um serviço geral, posto que é prestado pela Administração não a usuários determinados, mas sim à coletividade como um todo. E, como bem aduz André Parmo Folloni (2003, p. 26), sendo um serviço público geral e carente dos atributos da especificidade e da divisibilidade, a iluminação pública jamais pode apresentar-se como hipótese de incidência de uma taxa de serviço.

Por essa razão, o Poder Judiciário passou a reputar como inconstitucionais as taxas de iluminação pública, inclusive a partir da jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para o qual a taxa de iluminação pública é um “tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais” (BRASIL, 1999). Tal entendimento veio a culminar na edição, pela Corte Constitucional, da Súmula nº 670 (em 2003) e da Súmula Vinculante nº 41 (em 2015), ambas com o seguinte enunciado: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.” (BRASIL, 2003; BRASIL, 2015).

Como reação a essa tendência jurisprudencial de afastamento da possibilidade de remuneração do serviço de iluminação pública por meio de taxas de serviço, e diante da pressão política de muitos Municípios, em 2002, o Congresso Nacional acabou promulgando a Emenda Constitucional nº 39, por meio da qual foi inserido o art. 149-A à Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (BRASIL, 2002).

Ingressou no Texto Constitucional a contribuição de iluminação pública (CIP), também referida como contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (COSIP). Importa registrar que o novel art. 149-A da Constituição Federal não criou a contribuição de iluminação pública, mas tão somente possibilitou, com certo grau de liberdade, a instituição do aludido tributo pelos Municípios e pelo Distrito Federal (por este não ser dividido em Municípios), mediante lei ordinária local que defina atributos



como o fato gerador, a base de cálculo, as alíquotas e os contribuintes, e que também seja condicionada pelos princípios, pelas limitações, pelas condições e pelos pressupostos que a Carta Magna traça para a exigência de tributos (ALEXANDRE, 2017, p. 110; CARRAZZA, 2013, p. 729; LUSTOZA, 2015, p. 218).

Sobre essa última condição, em que pese o art. 149-A, *caput*, da Constituição Federal faça menção apenas ao disposto no art. 150, I e III, isto é, especificamente aos princípios da legalidade, da irretroatividade, da anterioridade e da noventena tributárias, tal indicação é meramente exemplificativa, pelo que a contribuição de iluminação pública deve submeter-se ao crivo dos demais princípios constitucionais tributários – sejam os vinculados à segurança ou à justiça – e das limitações ao poder de tributar como um todo (CARRAZZA, 2013, p. 729; TORRES, 2007, p. 649).

Outrossim, importa assentar que a contribuição de iluminação pública possui uma natureza jurídico-tributária, vez que tipifica uma obrigação compulsória de dar moeda que é inconfundível com uma sanção por ato ilícito, que é instituída por meio de uma lei e que é cobrada em seus estritos termos, na esteira do art. 3º do Código Tributário Nacional (CARRAZZA, 2013, p. 729). Esse dispositivo assim define o tributo: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (BRASIL, 1966). Tem-se, portanto, um ajuste da contribuição de iluminação pública ao conceito genérico e legal de tributo (CARRAZZA, 2013, p. 729).

Todavia, apesar de ser pacífico o reconhecimento de que a contribuição de iluminação pública é um tributo, há grande controvérsia doutrinária acerca de qual espécie tributária melhor representa sua natureza, sobretudo pelo fato de que os serviços gerais – dentre os quais figura a iluminação pública – são comumente custeados por impostos, e não por contribuições (REGO, 2018, p. 813).

Nessa esteira, são diversos os posicionamentos doutrinários acerca da espécie tributária que identifica a natureza jurídica da contribuição de iluminação pública: autores como Luís Eduardo Schoueri (2022), Roque Antonio Carrazza (2013, p. 730) e Sacha Calmon Navarro Coêlho (2020) entendem que a contribuição de iluminação pública é, em verdade, um imposto; já autores como André Parmo Folloni (2003, p. 31) e Ricardo Alexandre (2017, p. 112) sustentam que a contribuição de iluminação pública



é um tributo com natureza jurídica inédita; ainda, autores como Alexandre Rego (2018, p. 813) e Ricardo Lobo Torres (2007, p. 647) inclinam-se à proposição de que a contribuição de iluminação pública é uma contribuição especial anômala e diferenciada.

Considerando que, desde o plano controvertido da natureza jurídica da contribuição de iluminação pública, há grande controvérsia acerca da sua constitucionalidade ou não, importa passar ao exame de tal controvérsia, a fim de aferir se o tributo em tela é efetivamente constitucional ou não.

3. OS ARGUMENTOS EM DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Ao analisar a controvérsia sobre a constitucionalidade ou não da contribuição de iluminação pública, Aurora Tomazini de Carvalho (2004, p. 242) entende, no tocante à Emenda Constitucional nº 39/2002 que inseriu tal tributo na Constituição Federal, que: (1) não há qualquer inconstitucionalidade por vício formal, visto que todas as etapas constitucionalmente prescritas para a promulgação da referida emenda foram cumpridas; (2) não há qualquer inconstitucionalidade por vício material, na medida em que a aludida emenda (2.1) respeitou a forma federativa de Estado (posto que majorou a independência financeira dos Municípios e do Distrito Federal sem restringir a autonomia de qualquer ente político), (2.2) observou o princípio da segurança jurídica (já que a própria Constituição prevê a possibilidade de alteração em seu texto) e (2.3) não violou o direito individual de propriedade (vez que o mero desconforto econômico ao contribuinte não é juridicamente relevante).

A autora em comento ainda sustenta que uma eventual inconstitucionalidade formal e/ou material deve, em verdade, ser aferida não no art. 149-A da Constituição Federal, mas sim nas leis infraconstitucionais municipais e distrital que instituam a contribuição de iluminação pública e que desrespeitem os contornos delimitados pelas normas constitucionais, mormente as de competência e as relativas às cláusulas pétreas (CARVALHO, 2004, p. 243).

Igualmente proclive à conformação da contribuição de iluminação pública à Constituição Federal, Walber de Moura Agra (2018, p. 785) entende que cessou qualquer discussão acerca da constitucionalidade do tributo em questão, posto que este



foi constitucionalizado com o fim de aumentar a arrecadação dos Municípios e do Distrito Federal, e com observância expressa aos princípios da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade.

Paralelamente, posicionando-se favoravelmente à constitucionalidade da contribuição de iluminação pública, Ricardo Lobo Torres (2007, p. 647) sustenta que, em que pese o mencionado tributo seja uma contribuição especial anômala – especial porque encontra-se topograficamente presente no rol das contribuições especiais do art. 149 da Constituição Federal, e anômala porque não é revestida das características materiais, subjetivas e principiológicas que são próprias das contribuições especiais –, nem por isso ele é inconstitucional, vez que a Carta Magna também prevê outras contribuições especiais anômalas, a exemplo do PIS (Programa de Integração Social) e do PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público).

A controvérsia acerca da contribuição de iluminação pública chegou ao Supremo Tribunal Federal, o qual, em 2009, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 573.675-0, em sede de repercussão geral, não vislumbrou inconstitucionalidade no tributo em tela, tendo este sido definido como um “tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte” (BRASIL, 2009).

Todavia, conforme indica Ricardo Alexandre (2017, p. 112), no julgamento supramencionado, a Corte Suprema parece ter invertido a ordem natural de análise da natureza jurídica da contribuição de iluminação pública, vez que teria sido mais adequado definir o aludido tributo com base em parâmetros legais e constitucionais prévios, para, a partir dessa definição, verificar a observância ou não da referida contribuição às diretrizes e às restrições que informam a espécie tributária na qual ela venha a se encaixar. O autor em comento destaca que se mostra insuficiente apenas apontar que a contribuição de iluminação pública não é uma taxa ou um imposto, como fez o Supremo Tribunal Federal:

De maneira mais clara, se de acordo com os parâmetros constitucionais e legais um tributo é uma taxa de serviço, há de se exigir que o serviço remunerado seja específico e divisível, de forma que o tributo corresponda a uma “contraprestação individualizada”. Assim, se um tributo remunera um serviço, sem que haja uma contraprestação individualizada, aparentemente trata-se de uma taxa inconstitucional, não parecendo correto concluir que



“não se trata de taxa”. Da mesma forma, se um tributo é um imposto, não pode ter sua receita vinculada a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as exceções previstas no art. 167, IV, da CF/1988. Ao que parece, havendo vinculação fora das exceções, há imposto inconstitucional, não se devendo concluir simplesmente que “não se trata de imposto”. Teria sido mais aceitável afirmar que a contribuição de iluminação pública é um tributo submetido a um regime jurídico totalmente diferenciado dos existentes até o advento da EC 39/2002. (ALEXANDRE, 2017, p. 112).

Como se vê, nem mesmo com o enfrentamento da questão pela Corte Suprema houve uma pacificação quanto à natureza jurídica da contribuição de iluminação pública, o que, por conseguinte, implica dizer que a própria constitucionalidade do mencionado tributo não pode ser afirmada com solidez. Inclusive, em que pese haja posicionamentos favoráveis à constitucionalidade da contribuição de iluminação pública, a doutrina majoritária não economiza nas críticas ao referido tributo, o qual, comumente, é apontado como sendo inconstitucional, por razões que serão brevemente expostas a seguir.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Ao fazer-se uma reflexão mais minuciosa acerca da contribuição de iluminação pública, é possível inferir com segurança que tal tributo, presente no art. 149-A da Constituição Federal e inserido pela Emenda Constitucional nº 39/2002, padece de inconstitucionalidades tanto no plano formal quanto no plano material, as quais serão apontadas nas linhas subsequentes.

Primeiramente, impende atentar que a votação da proposta que resultou na Emenda Constitucional nº 39/2002 deu-se de maneira irregular, tendo em vista que não foram obedecidos os períodos previstos nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, já que os dois turnos necessários para os parlamentares proferirem seus votos ocorreram cumulativamente no mesmo dia, muito provavelmente para que não incidisse o retardamento tributário que resultaria dos princípios da legalidade e da anterioridade tributárias (TAVARES; OLIVEIRA; LEPESQUEUR, 2020, p. 134).

Não se pode olvidar que um dos limites formais ao poder constituinte reformador repousa no art. 60, § 2º, da Constituição Federal, que prevê que uma proposta de emenda constitucional (PEC) “será discutida e votada em cada Casa do



Congresso Nacional, em dois turnos” (BRASIL, 1988). A respeito do intervalo temporal necessário entre os dois turnos de votação de uma PEC, o Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência pacífica no sentido de que “a Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior” (BRASIL, 2013).

Entretanto, como bem critica Paulo Gustavo Gonet Branco (2018, p. 118), a adoção de interregnos temporais ínfimos – por vezes, de minutos – entre uma votação e outra no trâmite de uma PEC mostra-se incompatível com o propósito de propiciar um debate mais profundo e extenso acerca da mais importante produção normativa, qual seja, a elaboração de normas constitucionais. Assim, por esse viés, infere-se que o trâmite de votação da Emenda Constitucional nº 39/2002 não seguiu a *ratio* insculpida no art. 60, § 2º, da Constituição Federal, pelo que a contribuição de iluminação pública comporta, desde seu processo de elaboração, um vício de inconstitucionalidade formal. Ainda, conforme se verá a seguir, o mencionado tributo também se encontra eivado de inconstitucionalidade material.

Primeiramente, é preciso rememorar que o art. 145, *caput*, da Constituição Federal e o art. 5º do Código Tributário Nacional catalogam os tributos em três espécies tributárias, quais sejam: (1) impostos; (2) taxas; e (3) contribuições de melhoria (BRASIL, 1966; BRASIL, 1988). Trata-se da teoria tripartida, segundo a qual, na linha sustentada por autores como Octavio Campos Fischer (1994, p. 245, grifos no original), “as espécies tributárias autônomas em nosso ordenamento jurídico-tributário são *os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria*, sendo [...] que *os empréstimos compulsórios* configuram-se como impostos (possível teoricamente como taxas) e *as contribuições especiais, como impostos ou taxas*”.

Com efeito, conforme reforça André Parmo Folloni (2003, p. 29), se o art. 145 da Constituição Federal outorgou aos entes políticos uma competência rígida para instituir apenas impostos, taxas e contribuições de melhoria, infere-se que todos os demais tributos constitucionais se enquadram nestas três espécies tributárias, não podendo, pois, haver a criação de um tributo ulterior a tais espécies, já que somente estas têm legitimidade constitucional.



Nessa esteira, Sacha Calmon Navarro Coêlho (2020) aduz que, à luz da teoria tripartida, é imperiosa a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39/2002, vez que a contribuição de iluminação pública por ela originada não pode ser classificada como imposto (eis que o fato gerador é vinculado a uma atividade estatal), como taxa (pois não se relaciona com o exercício do poder de polícia administrativa ou com a prestação de um serviço público específico e divisível) ou como contribuição de melhoria (já que não envolve a realização de obras públicas benéficas ao contribuinte).

Importa destacar que, mesmo que se considere a contribuição de iluminação pública como um imposto – como o faz parte da doutrina –, ainda assim, o referido tributo não resiste ao crivo da constitucionalidade material.

Primeiramente, conforme o art. 155, § 3º, da Constituição Federal, o imposto que recai sobre a energia elétrica é o ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços), de competência legislativa dos Estados. E, ao considerar-se a contribuição de iluminação pública como um imposto, dá-se azo para que os Municípios e o Distrito Federal invadam a competência dos Estados e possam adentrar, por vias tortas, em uma das fontes mais expressivas de receitas destes últimos, o que representa uma repercussão negativa na autonomia dos Estados e, por consequência, uma afronta à cláusula pétrea da forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal) (MACHADO SEGUNDO, 2019; OLIVEIRA, 2003, p. 302-303; TAVARES; OLIVEIRA; LEPESQUEUR, 2020, p. 135-136).

Ainda nesse cenário, em sendo a contribuição de iluminação pública um imposto, tem-se uma hipótese de bitributação, visto que dois entes políticos distintos (Município/Distrito Federal e Estado) passam a tributar, mediante imposto, um mesmo fato gerador relativo à energia elétrica (TAVARES; OLIVEIRA; LEPESQUEUR, 2020, p. 135-136). Não se pode olvidar que, em razão de o Texto Constitucional estipular uma rígida repartição de competências tributárias, a bitributação é, em regra, vedada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo legítima tão somente: (1) na hipótese de instituição de impostos extraordinários pela União, na iminência ou no caso de guerra externa (art. 154, II, da Constituição Federal); e (2) na hipótese de tributações por Estados-nações diversos (ALEXANDRE, 2017, p. 260-262).

Ademais, reputando-se a contribuição de iluminação pública como um imposto, e considerando, como pontua Roque Antonio Carrazza (2013, p. 731), que a única



materialidade ajustável ao tributo em comento é a propriedade, a posse, o domínio útil ou o direito de superfície de um imóvel situado em um Município ou no Distrito Federal, tem-se, na prática, um adicional do IPTU (imposto predial e territorial urbano) ou do ITR (imposto sobre a propriedade territorial rural), se o imóvel for localizado, respectivamente, na zona urbana ou na zona rural. Ocorre que, consoante a Constituição Federal, se o IPTU pode ser instituído pelos Municípios e pelo Distrito Federal (arts. 147 e 156, I), o ITR só pode ser instituído pela União (art. 153, VI) (BRASIL, 1988).

Assim, conforme elucida Roque Antonio Carrazza (2013, p. 731), ao outorgar aos Municípios e ao Distrito Federal a competência para criar e arrecadar um adicional de um imposto federal, qual seja, o ITR, na forma de uma contribuição com a destinação específica de custear a iluminação pública, a Emenda Constitucional nº 39/2002 incorreu em uma incontornável inconstitucionalidade.

Ainda, a qualificação da contribuição de iluminação pública como um imposto acaba por implicar na criação de uma exceção não prevista no art. 167, IV, da Constituição Federal, que veda, em regra e salvaguardadas as ressalvas previstas no próprio dispositivo, a vinculação de receitas de impostos a órgãos, fundos ou despesas. Isso porque o art. 149-A da Constituição Federal determina que o tributo nele previsto deve ter o produto de sua arrecadação destinado ao custeio do serviço local de iluminação pública (CARRAZZA, 2013, p. 732). Em outras palavras, enquanto os impostos, em regra, não possuem afetação, a contribuição de iluminação pública possui afetação (TAVARES; OLIVEIRA; LEPESQUEUR, 2020, p. 136).

De mais a mais, mesmo que eventualmente admita-se, à revelia da teoria tripartida, que as contribuições especiais sejam espécies tributárias autônomas, ainda assim a contribuição de iluminação pública não poderia ser perfeitamente enquadrada no seio destas contribuições. Tanto é assim que mesmo a parcela da doutrina que entende a contribuição de iluminação pública como uma contribuição especial reconhece que o referido tributo não pode ser subsumido às hipóteses previstas no art. 149, *caput*, da Constituição Federal:

Muito embora a tributação do serviço de iluminação pública seja considerada uma contribuição especial, [...] não encontra-se presente no rol de contribuições descritas no art. 149 da CF/88 [...]. Dessa forma, não se trata de uma contribuição de intervenção no domínio econômico, primeiramente por



não ser de competência da União, além de não ter como finalidade o controle ou regulação de um dos setores da economia. Não se trata também de uma contribuição social, uma vez que estas ou estão relacionadas com o plano social, quando caracterizada como contribuição social geral, ou com a seguridade social, o que não é possível visualizar na COSIP. Por fim, não se refere a uma contribuição relativa aos interesses das categorias profissionais ou econômicas, porque não versa, ou possui qualquer natureza voltada para o sistema de trabalhadores e empregadores. (TAVARES; OLIVEIRA; LEPESQUEUR, 2020, p. 136).

Com efeito, a iluminação pública é um serviço que é prestado para toda a coletividade, e não apenas a um grupo específico de contribuintes, pelo que seu custeio não pode ser cobrado mediante uma contribuição. Em verdade, o único caso no qual a Constituição Federal admite a criação de contribuições a serem cobradas da sociedade em geral é o das contribuições especiais da seguridade social, ressalva que, além de constar dentre as normas constitucionais originárias, deve-se a uma finalidade socialmente relevante, o que não ocorre com a contribuição de iluminação pública (MACHADO SEGUNDO, 2019). Afinal, de acordo com o art. 194, *caput*, da Constituição Federal, a seguridade social tem como escopo “assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Como bem sustenta Estevão Horvath (2004, p. 48-49), nem mesmo o poder constituinte reformador usufrui de competência para ampliar o rol de tributos previstos nas normas constitucionais originárias, sendo a contribuição de iluminação pública, pois, inconstitucional, inclusive porque o custeio do serviço de iluminação pública – tal como o custeio de qualquer outro serviço público – não está encampado pelas finalidades outorgadas às contribuições pelo poder constituinte originário.

Por fim, pode-se dizer que, além de a contribuição de iluminação pública possibilitar uma afronta à cláusula pétrea da forma federativa de Estado, como já explicado alhures, tal tributo também enseja um atentado à cláusula pétrea protetora de direitos fundamentais.

Com efeito, ao criar uma figura tributária anteriormente inexistente através da inserção, no Texto Constitucional, da contribuição de iluminação pública, o poder constituinte reformador acabou por atropelar os direitos individuais e fundamentais à propriedade e à liberdade do cidadão contribuinte (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), os quais comportam a condição privilegiada de cláusulas pétreas constitucionais (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal). Isso porque o tributo trazido



pelo art. 149-A não pode ser encaixado em qualquer das espécies tributárias cuja instituição foi expressamente autorizada pelas normas originárias da Constituição Federal, pelo que padece, pois, de uma inafastável inconstitucionalidade (FOLLONI, 2003, p. 30-31).

Destarte, mediante o cotejo dos breves argumentos expostos no presente trabalho, infere-se que a contribuição de iluminação pública é um tributo que não resiste ao crivo da constitucionalidade, tanto no plano formal quanto no plano material. Afinal, não se pode olvidar, conforme destaca Ricardo Alexandre (2017, p. 109), que o tributo em questão resultou, em verdade, uma manobra decorrente de uma pressão política exercida por Municípios, que visava, sobretudo, fugir das restrições impostas às taxas pelo art. 145, II, da Constituição Federal. Assim, mostra-se imperiosa a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39/2002, por esta ter concebido um tributo que, conforme exposto supra, é eivado de inconstitucionalidades nos planos formal e material.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, viu-se que, em que pese haja posicionamentos favoráveis à constitucionalidade da contribuição de iluminação pública, após uma reflexão mais minuciosa, é possível inferir com segurança que tal tributo, presente no art. 149-A da Constituição Federal e inserido pela Emenda Constitucional nº 39/2002, padece de inconstitucionalidades tanto no plano formal quanto no plano material.

A inconstitucionalidade formal decorre do fato de que o trâmite de votação da Emenda Constitucional nº 39/2002 não seguiu a *ratio* insculpida no art. 60, § 2º, da Constituição Federal.

Já a inconstitucionalidade material é resultante dos fatos de que a contribuição de iluminação pública: (1) não pode ser classificada como um imposto, uma taxa ou uma contribuição de melhoria, pelo que não observa a teoria tripartida; (2) se reputada como um imposto, permite que os Municípios e o Distrito Federal invadam as competências dos Estados quanto ao ICMS e da União quanto ao ITR – em violação da cláusula pétrea da forma federativa de Estado –, bem como instituam uma vedada bitributação, em uma hipótese de afetação, ademais, que não encontra-se nas ressalvas feitas à regra de não



afetação dos impostos; (3) não pode ser enquadrada junto às demais contribuições especiais; (4) viola a cláusula pétrea protetora dos direitos fundamentais à propriedade e à liberdade do cidadão contribuinte.

Desse estado de inconstitucionalidades nos planos formal e material, urge a necessidade da declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39/2002 e, por conseguinte, da contribuição de iluminação pública presente no art. 149-A da Constituição Federal. Afinal, se os Municípios e o Distrito Federal precisam arrecadar receitas para o custeio da iluminação pública, não podem fazê-lo mediante um tributo inconstitucional.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Série IDP. p. 101-133.

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano CXXVI, n. 191-A, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1 (publicação original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 39, de 2002. Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2002. Seção 1, p. 2 (publicação original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc39.htm. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Seção 1, p. 12452 (publicação original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 28 maio 2022.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425 Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator do acórdão: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 14 mar. 2013. Processo eletrônico. **Diário da Justiça Eletrônico nº 251**, divulgado em 18 dez. 2013 e publicado em 19 dez. 2013 (publicação original). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 233.332-6 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgado em 10 mar. 1999. **Diário da Justiça**, 14 maio 1999, p. 24 (publicação original). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254319>. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 573.675-0 Santa Catarina. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 25 mar. 2009. Repercussão geral – mérito. **Diário da Justiça Eletrônico nº 94**, divulgado em 21 maio 2009 e publicado em 22 maio 2009 (publicação original). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593814>. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 670. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. Sessão Plenária, 24 set. 2003. **Diário da Justiça**, 09 out. 2003, p. 4 (publicação original). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula670/false>. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 41. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. Sessão Plenária, 11 mar. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico nº 55**, 20 mar. 2015, p. 2 (publicação original). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula796/false>. Acesso em: 28 maio 2022.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. O art. 149-A da Constituição Federal introduzido pela EC 39/2002 e a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública. In: **XVII Congresso Brasileiro de Direito Tributário**, 2004, São Paulo. Brasília: RDT, 2004. v. 1. p. 239- 250.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Não paginado.

FISCHER, Octavio Campos. As espécies tributárias no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Cadernos



de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, v. 28, n. 0, p. 227-248, 1994. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9379/6472>. Acesso em: 28 maio 2022.

FOLLONI, André Parmo. Natureza jurídica da “contribuição” sobre iluminação pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 14, p. 19-32, out./dez. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/722/410>. Acesso em: 28 maio 2022.

HORVATH, Estevão. Classificação dos tributos. In: BARRETO, Aires Fernandino; BOTTALLO, Eduardo Domingos (coord.). **Curso de iniciação em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 37-50.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Impostos municipais para concursos: ISSQN, IPTU e ITBI**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*. Não paginado.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. A chamada contribuição de iluminação pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, p. 295-310, jul./set. 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45456/45029>. Acesso em: 28 maio 2022.

REGO, Alexandre. Arts. 145 a 162. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.). **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 9. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 799-863.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*. Não paginado.

TAVARES, Carlos Henrique Costa; OLIVEIRA, Larissa Caitano de; LEPESQUEUR, Érico Lucas Souto. O caráter *sui generis* da tributação do serviço de iluminação pública frente ao sistema tributário brasileiro. **Direito em Revista**, v. 5, n. 5, p. 122-139, jan./dez. 2020. Disponível em: http://revistas.icesp.br/index.php/DIR_REV/article/view/1401/1032. Acesso em: 28 maio 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os tributos na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. IV.



AMPLLA
EDITORIA



9 786553 810518