Polifoni Academia Paulist de Direito



Edição Especial 2022

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CAPES/QUALIS A3

N. 9 Nova Série

2022

Outono/Inverno

ISSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X



SUMÁRIO - SUMMARY:

EDITORIAL - MASTHEAD

01 –

INTRODUÇÃO – INTRODUCTION

08 – Alfredo Attié Jr.

Ark:/80372/2596/v9/001

MEMÓRIA – MEMORY

O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO PROCESSO – CONSTITUTIONAL LAW AS A PROCESS

16 – Alfredo Attié Jr

Ark:/80372/2596/v9/002

MEMÓRIA – MEMORY

CORPORATIVISMO ESTATAL E SOCIETAL: ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PROPOSTA DE DEFENSORIA-GERAL DA JUSTIÇA – STATE AND SOCIETAL CORPORATISM: THE PROSECUTION'S STATUTES AND A PROPOSAL FOR AN AGENCY OF PUBLIC DEFENSE

29 – Alfredo Attié Jr

Ark:/80372/2596/v9/003

DIREITO DO AUTOR. DIREITO CIVIL. DIREITO COMPARADO.

A PROTEÇÃO DE PUBLICAÇÕES DE IMPRENSA NA DIRETIVA (UE) 2019/790: CONVERGÊNCIAS E POSSIBILIDADES EM RELAÇÃO AO DIREITO DO AUTOR NO BRASIL – THE PROTECTION OF PRESS PUBLICATIONS UNDER THE DIRECTIVE (EU) 2019/790: CONVERGENCIES AND POSSIBILITIES IN RELATION TO COPYRIGHT IN BRAZIL

70 – Antonio Carlos Morato

Ark:/80372/2596/v9/004

DIREITO CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL.

RAPPORTI CONTRATTUALI E PANDEMIA – RELAÇÕES CONTRATUAIS E PANDEMIA

85 – Rogério Doninni

Ark:/80372/2596/v9/005

DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL.

EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E DA COFINS, A CARGO DO CONTRIBUINTE-SUBSTITUÍDO: POSSIBILIDADE JURÍDICA E EXEGESE DO JULGAMENTO DO RE 574.706/PR. QUESTÕES CONEXAS – ICMS-ST CALCULATION SYSTEM, TAX BASIS OF THE CHARGES PIS AND COFINS, AND ITS EXEMPTION WHEN DUE BY THE TAXPAYER SUBSTITUTED. ANALYSIS OF THE RATIONALE IN THE CERTIORARI 574706-PR

106 – Roque Antonio Carrazza

Ark:/80372/2596/v9/006

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI Nº 14.230/21: BREVÍSSIMAS NOTAS – ADMINISTRATIVE IMPROPRIETY AND THE STATUTE Nº 14.230/21: BRIEF NOTES

128 – Jaques de Camargo Penteado

Ark:/80372/2596/v9/007

DIREITO INTERNACIONAL. DIREITOS HUMANOS. ANTROPOLOGIA JURÍDICA. DIREITOS HUMANOS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL NA ANTROPOLOGIA JURÍDICA FRANCÓFONA – HUMAN RIGHTS AND INTERCULTURAL DIALOGUE IN FRANCOPHONE LEGAL ANTHROPOLOGY
148 – André Ricardo dos Santos Lopes
Ark:/80372/2596/v9/008

DIREITO INTERNACIONAL. DIREITOS HUMANOS. HISTÓRIA.
JOAQUIM NABUCO E A SOCIEDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DAS ATUAÇÕES INTELECTUAL E POLÍTICA – JOAQUIM NABUCO AND THE CIVIL SOCIETY: ANALYSIS OF HIS INTELLECTUAL AND POLITICAL ACTIVITIES
166 – André Ricardo dos Santos Lopes
Ark:/80372/2596/v9/009

DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO DO TRABALHO. PREVIDÊNCIA SOCIAL.
AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E SEUS EFEITOS: ESTIMANDO OS POSSÍVEIS EFEITOS MACROECONÔMICOS DA REDUÇÃO OU MESMO O FIM DA ARRECADAÇÃO DO FGTS NO BRASIL – SOCIAL CHARGES AND THEIR EFFECTS: ESTIMATING THE POSSIBLE MACROECONOMIC EFFECTS FOLLOWING THE REDUCTION OR EVEN THE TERMINATION OF COLLECTION OF THE RETIREMENT FUND IN BRAZIL
188 – Leonardo Michel Rocha Stoppa
Ark:/80372/2596/v9/010

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DOS ANIMAIS. TEORIA DO DIREITO.
DIREITO CONSTITUCIONAL DOS ANIMAIS – CONSTITUCIONAL LAW OF ANIMALS
216 – Marcia Raicher e Eduardo do Nascimento Rocha
Ark:/80372/2596/v9/011

DIREITO PRIVADO. DIREITO CONSTITUCIONAL.
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A NOVA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – CONSTITUTIONAL REVIEW: A NEW INTERPRETATION OF ARTICLE 52, ITEM X, OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION
235 – Angela Valente Silva Dias
Ark:/80372/2596/v9/012

DIREITO INTERNACIONAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. SOCIOLOGIA DO DIREITO. ESPETÁCULO E CORRUPÇÃO: A ESPETACULARIZAÇÃO QUE CORROMPE A COMUNICAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES POLICIAIS – SPECTACLE AND CORRUPTION: THE SPECTACULARIZATION THAT CORRUPTS COMMUNICATION FROM POLICE INSTITUTIONS
256 – Danilo Tosetto
Ark:/80372/2596/v9/013

DIREITOS HUMANOS. DIREITO E RELIGIÃO. SOCIOLOGIA JURÍDICA. CRIMINOLOGIA. ANÁLISE DE CONTEÚDO DA FALA DE VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADAS POR LÍDERES RELIGIOSOS QUE AS LEVA A VIA CRUSIS DO DANO EXISTENCIAL – CONTENT ANALYSIS OF THE TESTIMONY OF VICTIMS OF SEXUAL VIOLENCE BY RELIGIOUS LEADERS THAT LEADS THEM TO A VIA CRUSIS OF EXISTENTIAL DAMAGE
270 – Talitha Camargo da Fonseca
Ark:/80372/2596/v9/014

DIREITOS HUMANOS. SOCIOLOGIA. COMUNICAÇÃO. DIREITO AGRÁRIO.
ÁREAS DE TERRAS TOMADAS DOS CAMPONESES DURANTE A GUERRILHA DO ARAGUAIA É SUPERIOR A MUNICÍPIOS BRASILEIROS E CIDADES EUROPEIAS – AREA OF LAND TAKEN FROM PEASANTS DURING THE ARAGUAIA GUERRILLA IS LARGER THAN SEVERAL NATIONAL MUNICIPALITIES AND EUROPEAN CITIES
305 – Eduardo Reina e Irene Gomes
Ark:/80372/2596/v9/015

TEORIA DO DIREITO. DIREITO PÚBLICO. DIREITO PRIVADO.
DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO – DICHOTOMY BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE LAW
330 – Teresa Cristina Della Monica Kodama
Ark:/80372/2596/v9/016

DIREITO CONSTITUCIONAL. SOCIOLOGIA JURÍDICA.
FEDERALISMO, INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E CRISE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO – FEDERALISM, POLITICAL INSTITUTIONS AND THE CRISIS IN CONTEMPORARY BRAZIL
344 – Afonso Soares de Oliveira Sobrinho
Ark:/80372/2596/v9/017

DIREITO E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. DIREITO E GÊNERO.
IGUALDADE DE GÊNERO NA ERA DIGITAL: PROCESSO EDUCATIVO E A UTILIZAÇÃO DO METAVERSO PARA INCLUSÃO – GENDER EQUALITY IN THE DIGITAL AGE: EDUCATIONAL PROCESS AND THE USE OF THE METAVERSE FOR INCLUSION

368 – Lúcia Helena Polleti Bettini e Rosana Maria Pires Barbato Schwartz

Ark:/80372/2596/v9/018

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

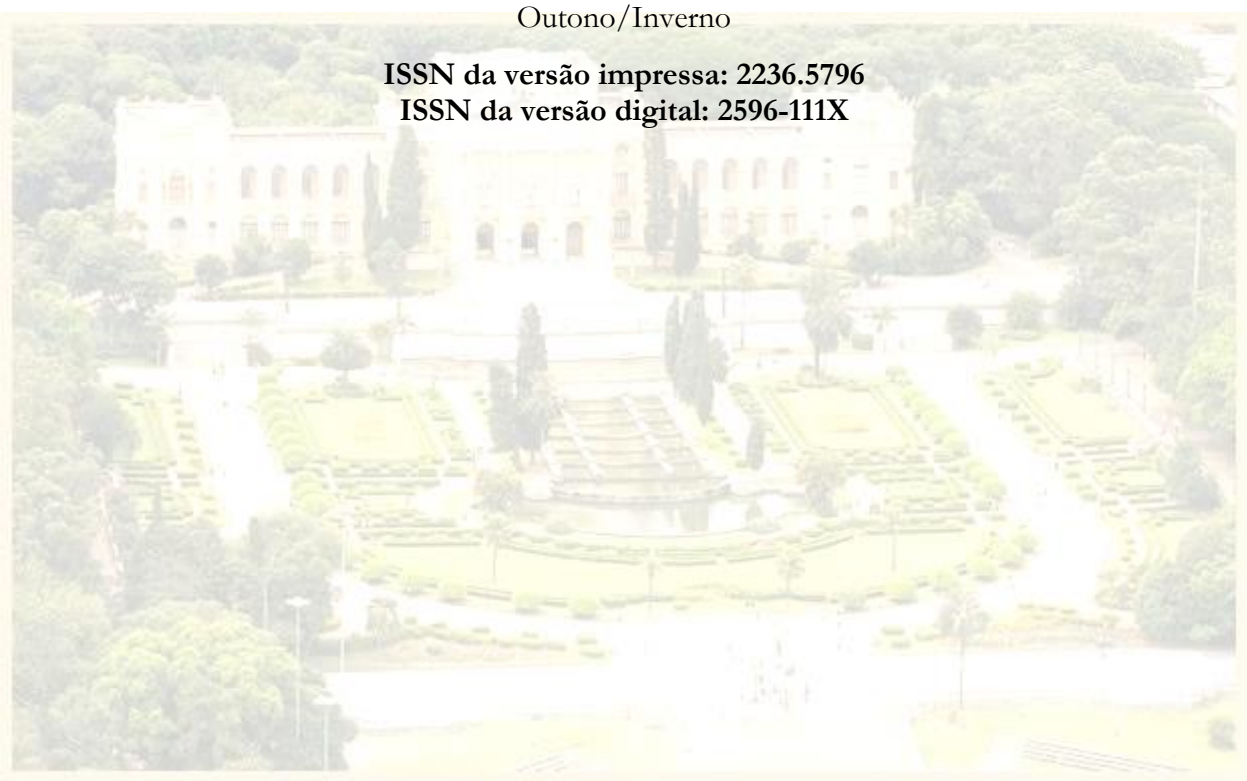
QUALIS/CAPES: A3

N. 9 Nova Série

2022

Outono/Inverno

ISSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X



São Paulo

2022

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

EQUIPE EDITORIAL/MASTHEAD

EDITOR CHEFE
ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

EDITORA ADJUNTA
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

DIRETORIA EDITORIAL
ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)
ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN
ROQUE CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)
WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

DIRETORA EXECUTIVA
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

ASSISTENTES DE EDIÇÃO
CELSO DE OLIVEIRA SANTOS
JULIÁN CUASPA ROPAÍN

REVISÃO DE LÍNGUA ESTRANGEIRA
FRANCISCO LUÍS DE FREITAS MARZAGÃO BARBUTO ATTIÉ - NEW YORK UNIVERSITY/ CRAIG NEWMARK GRADUATE SCHOOL OF JOURNALISM AT CUNY – NY - EUA

GERENTE DE PRODUÇÃO EDITORIAL
DIEGO DE ANDRADE SILVA

DIAGRAMAÇÃO E ARTE
DIEGO DE ANDRADE SILVA

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CONSELHO EDITORIAL:

ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA - EPM/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO -NETI USP
ALÍPIO DE SOUSA FILHO - INSTITUTO HUMANITAS/UFRN – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (RN)
ANTONIO CARLOS MORATO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
CARLOS EDUARDO A. BOUCALT - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO" - UNESP
CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA - ESPANHA
EDUARDO PELEGRINI DE ARRUDA ALVIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
ELZA ANTONIA PEREIRA CUNHA BOITEUX - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
ENEIDA HADDAD - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO" - UNESP
FLÁVIA PIOVESAN - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO/ HARVARD LAW SCHOOL – EUA
FLÁVIO HUMBERTO PASCARELLI LOPES – ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO AMAZONAS
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
FRANCESCO SIDOTI - UNIVERSITÀ DI AQUILA - ITÁLIA
FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP/ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - MPSP
GISELDA M. F. NOVAES HIRONAKA - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
HELENO TAVEIRA TORRES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP
HUMBERTO ÁVILA – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS/UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP
ILTON GARCIA DA COSTA - UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE DO PARANÁ – UENP
JOÃO GRANDINO RODAS - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP / CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES
JOSÉ JORGE RODRIGUES BRANCO - FACULDADE SANTO ANGELO - FASA/INSTITUTO NOVOS PARADIGMAS - INP
JORGE LUÍS MIALHE - CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO - UNISAL
JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – BRASÍLIA (DF)
KAZUO WATANABE - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUCIANA CORDEIRO DE SOUZA FERNANDES - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
LUIS EDUARDO SCHOUERI - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
MANOEL DAVID MASSENO - INSTITUTO POLITECNICO DA BEJA - PORTUGAL
MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
MARCOS AUGUSTO PERES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
MARIA CRISTINA DE CICCO - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO - ITÁLIA
MARIA PEREZ PEREIRA - UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA – ESPANHA
MARIA TERESA DE MENDONÇA CASADEI – UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO – MATO GROSSO DO SUL
MAURO JOSÉ DO NASCIMENTO CAMPELLO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA - UFR
MICHEL CANUTO DE SENA - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS
MICHAEL J. FLOYD - CUMBERLAND SCHOOL OF LAW, SAMFORD UNIVERSITY - ESTADOS UNIDOS
RAPHAEL DE CARVALHO VASCONCELOS - UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO -UFRRJ

RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP/ CONSELHO SUPERIOR DA CAPES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN
ROQUE ANTONIO CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
VANESSA VILELA BERBEL – INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ – CAMPUS PALMAS
WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
WLADIMIR CERVEIRA DE ALENCAR - UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - RIO DE JANEIRO

EQUIPE CONSULTIVA/REVISORES

CONSELHO CIENTÍFICO:

ANTONIO CARLOS MARCATO
ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
ARNOLDO WALD
ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO
CANDIDO RANGEL DINAMARCO
EDUARDO REALE FERRARI
ESTEVÃO MALLET
GHEYSA MARIELA ESPÍNDOLA
HAMILTON DIAS DE SOUZA
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
JOÃO DÁCIO ROLIM
KATIA MARIA ABUD
LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
MARCO AURÉLIO TAVARES FRANCISCO
MAURIDES RIBEIRO
NELSON NERY JUNIOR
NEWTON DE LUCCA
OTÁVIO PINTO E SILVA
PEDRO B. DE ABREU DALLARI
PAULO DE BARROS CARVALHO
SERGIO SEIJI SHIMURA
VICENTE PLÁ Y TREVAS

CONSELHO CONSULTIVO:

ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO
CÁSSIO DE MESQUITA BARROS JUNIOR
CARLOS ROBERTO HUSSEK
CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO
DANIEL WILLIAN GRANADO
DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI
DOMINGOS SAVIO ZAINAGHI
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO
MANOEL ALCEU AFFONSO FERREIRA
MARIA CRISTINA ZUCCHI
MILTON PAULO DE CARVALHO
NELSON MANNRICH
NELSON FARIA DE OLIVEIRA
ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO
REGINALDO FERREIRA LIMA
RITA GIANESINI
SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA
THEREZA CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM
TERESA CELINA ARRUDA ALVIM
VANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO
YOSHIAKI ICHIHARA

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 9 Nova Série

2022

Outono/Inverno

ISSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X

Todos os artigos científicos aqui publicados foram apreciados por membros do Conselho Editorial, Conselho Científico e/ou Conselho Consultivo da **Academia Paulista de Direito (APD)**, ou ainda, por Revisores especialmente convidados para a edição, com sistema de avaliação D*ouble Blind Peer Review*, preservando a identidade de autores e avaliadores e garantindo a impessoalidade e o rigor científico necessários para a avaliação de um artigo.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** é uma revista empenhada em assegurar os mais elevados padrões de ética e boas práticas na publicação, baseando-se no Código de Conduta e Normas de Boas Práticas para Editores de Revistas do Comitê sobre Ética na Publicação – COPE (http://publicationethics.org).

Todos os colaboradores desta edição da **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**: concordam que a publicação de seu artigo é feita em caráter exclusivo, em meio eletrônico; cedem seus direitos autorais de publicação; autorizam a indexação de seu artigo em bases de dados nacionais e internacionais, diretórios, bibliotecas digitais e bases bibliométricas em que a **Polifonia** estiver e vier a ser inserida.

Os nomes e endereços informados na **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** são usados unicamente para serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou à terceiros.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual e não cobra nenhuma taxa para nenhum leitor fazer o download de artigos e resenhas para seu próprio uso acadêmico.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** é licenciada por uma licença CREATIVE COMMONS: Atribuição – Não Comercial – Sem Derivações 4.0 Internacional



É permitido: copiar, distribuir, exibir e executar a obra e criar obras derivadas, sob as seguintes condições: a. ATRIBUIÇÃO de crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante; b. USO NÃO COMERCIAL; c. SEM DERIVAÇÕES - Se você remixar, transformar ou desenvolver o material, não poderá distribuir o material modificado. Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra: Licença Jurídica (licença integral): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

QUALIS/CAPES: A3

N. 9 Nova Série

2022

Outono/Inverno

SSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO:

AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO
ANDRÉ RICARDO DOS SANTOS LOPES
ANGELA VALENTE SILVA DIAS
ANTONIO CARLOS MORATO
DANILO TOSETTO
EDUARDO REINA
EDUARDO DO NASCIMENTO ROCHA
IRENE GOMES
JAQUES DE CAMARGO PENTEADO
LEONARDO MICHEL ROCHA STOPPA
LÚCIA HELENA POLLETI BETTINI
MARCIA RAICHER
ROGÉRIO DONNINI
ROQUE ANTONIO CARRAZZA
ROSANA MARIA PIRES BARBATO SCHWARTZ
TERESA C. DELLA MONICA KODAMA
THALITA CAMARGO DA FONSECA

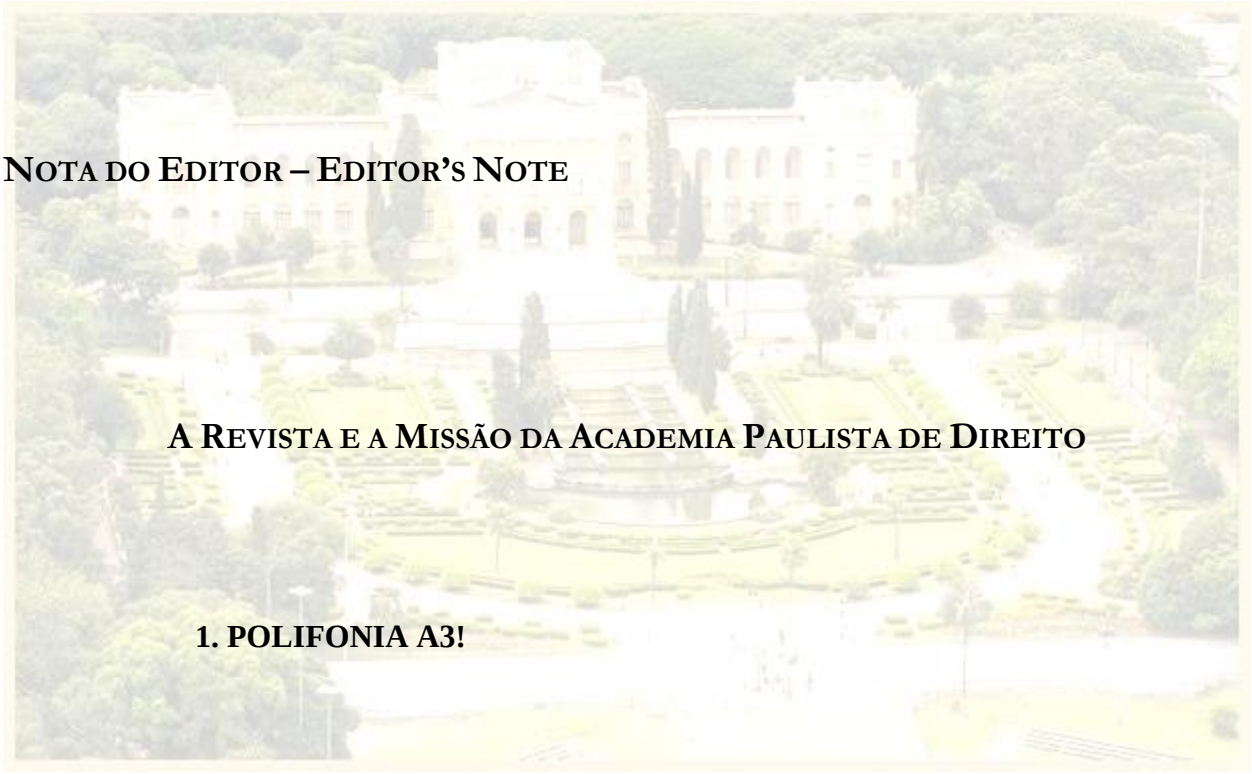
REVISORES DESTA EDIÇÃO:

CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA - ESPANHA
EDUARDO PELEGRINI DE ARRUDA ALVIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
FRANCISCO LUÍS DE FREITAS MARZAGÃO BARBUTO ATTIÉ - NEW YORK UNIVERSITY/ CRAIG NEWMARK GRADUATE SCHOOL OF JOURNALISM AT CUNY – NY - EUA
JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - BRASÍLIA (DF)
LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
MANOEL DAVID MASSENO - INSTITUTO POLITECNICO DA BEJA - PORTUGAL
MARCO AURÉLIO TAVARES FRANCISCO - CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES
MARIA CRISTINA DECICCO - UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI CAMERINO
NELSON FARIA DE OLIVEIRA – COMUNIDADE DE JURISTAS DE LÍNGUA PORTUGUESA - CJLP
RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP/ CONSELHO SUPERIOR DA CAPES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
VANESSA VILELA BERBEL – INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ – CAMPUS PALMAS

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO



NOTA DO EDITOR – EDITOR'S NOTE

A REVISTA E A MISSÃO DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

1. POLIFONIA A3!

A **POLIFONIA Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, que entra em seu sexto ano de publicação, recebeu, no dia 29 de dezembro de 2022, o resultado de sua primeira avaliação pelo Sistema Qualis-CAPES, correspondente à análise feita pela Coordenadoria de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, de seus números publicados entre 2018 (ano em que foi lançado o número 1, e, ainda, publicado o número 2) e 2020 (correspondente aos números 5 e 6), passando por 2019 (números 3 e 4), tendo sido classificada no patamar A3, colocando-se, assim, entre as melhores revistas do País.

Trata-se de uma conquista de extrema importância, que coroa os esforços da equipe editorial e de redação da **POLIFONIA**, que desde a criação da Revista Internacional da Academia Paulista de Direito envidou esforços elogiáveis para construir uma publicação de excelência científica e de utilidade ímpar para os debates acadêmicos e da sociedade.

Hoje, a **POLIFONIA** já caminha para seu décimo número – que se seguirá ao presente número 9, correspondendo aos trabalhos aprovados e apresentados no III Congresso Internacional da **Academia Paulista de Direito**, realizado na Itália, em novembro de 2022, na Università deli Studi di Camerino, com a qual a **APD** possui importante parceria, que já dura cinco anos.

Ainda em 2023, a revista chegará ao seu décimo-segundo número, no sexto ano de sua presença marcante no cenário científico e cultural brasileiro e internacional.

No número inaugural, apresentei o projeto e os planos da Revista, recontando a história das publicações da Academia, demonstrando o liame de expressão dessa que é a instituição mais recente – em seus cinquenta anos de existência - do que tenho denominado de "processo civilizacional do direito" em nosso País.

A **POLIFONIA** tem caráter notadamente inter e transdisciplinar, bem como inter e transeccional, em sua integração com o projeto editorial da Academia e com a Missão desenhada, a partir de setembro de 2017,e sua conformação simbólica, bem como com a criação e desenvolvimento dos trabalhos dos ACADEMIA PESQUISA, institutos criados, igualmente, a partir de setembro de 2017, para o desenvolvimento de estudos, pesquisas, sempre com a participação da sociedade e em extensão dos trabalhos acadêmicos concretizados pelos membros - Acadêmicos e Acadêmicas Titulares, Honorários e Eméritos - da **APD** e por pesquisadores e pesquisadoras ligados às várias Cátedras.

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES realiza a avaliação e a classificação dos periódicos, como resultado do esforço de diversas gerações de colaboradores e colaboradoras, editores e editoras, membros do comitê editorial, autores e autoras, e avaliadores e avaliadoras *ad hoc*, que têm contribuído para aprimorar a qualidade das publicações. A CAPES é um órgão vinculado ao Ministério da Educação - MEC, responsável por coordenar a expansão e consolidação do sistema de pós-graduação brasileiro. Também atua na

formação de professores da educação básica e na promoção do acesso e divulgação da produção científica no Brasil e no exterior, além de outras atribuições.

O Qualis-CAPES é um sistema de avaliação e classificação de periódicos científicos utilizado desde 1988, sendo importante indicador do impacto da produção científica, utilizado para compor a avaliação dos programas de pós-graduação no Brasil. O resultado da avaliação desses cursos pode ser consultado, aqui.

Na avaliação dos periódicos, foi estabelecida uma classificação única dos periódicos, independentemente da quantidade de áreas de avaliação em que tivessem sido mencionados. Classificação por áreas-mães que agrupa os periódicos conforme a área na qual apresentou maior número de publicações nos anos de referência. Estabelecido o Qualis de Referência – por meio do uso combinado de indicadores bibliométricos e modelo matemático, construiu-se uma lista de periódicos, considerando, ainda o número de citações do periódico nas bases: Scopus (CiteScore), Web of Science (Fator de Impacto) e Google Scholar (índice h5).

A par de tais critérios técnicos, pesou-se de modo positivo participação de representantes de instituições diversas daquela que publica o periódico, bem como de regiões diversas do País e a presença de autores e autoras estrangeiros.

Claro que os índices e resultados e mesmo os sistemas e critérios de avaliação devem sempre ser tomados *cum grano salis*. Entretanto, uma classificação que reconhece, logo na primeira vez em que a Revista é avaliada, tal grau de excelência, cobre de orgulho a **Academia Paulista de Direito** e os que participaram e acreditaram na **POLIFONIA** e em seu projeto, ora realizado com êxito elogiável.

Devo salientar, uma vez mais, o empenho de colaboradores e colaboradoras, desde a equipe editorial e de redação até os avaliadores e avaliadoras *ad hoc*, bem como a confiança de autores e autoras dos artigos, salientando o incansável trabalho desenvolvido pela Editora-Executiva, Doutora Roberta de Bragança Freitas Attié.

Devo acrescentar que se trata de uma Conquista coletiva da **Academia Paulista de Direito**. Assim, é apenas mais uma conquista, dentre as tantas alcançadas não apenas nestes últimos cinco anos, mas no curso de toda a sua história.

Há, ainda, muito a fazer não apenas pela **APD**, pela **POLIFONIA** e pelos demais componentes da Missão que estabelece a **Academia Paulista de Direito** como uma nova forma

de Universidade, mais adequada a nosso tempo e ao tempo que desejamos e construímos juntos, no sentido do aperfeiçoamento não apenas do direito e da justiça, portanto da política e da democracia, mas igualmente daquilo que podemos ser no concerto dos povos e das nações: um farol que ilumine o percurso da constituição de uma vida melhor, em que natureza, democracia e justiça possam ser preservadas para indicar a construção da felicidade de viver com o outro que nós mesmos somos e constituímos.

2. O NÚMERO ATUAL

A nona edição de **POLIFONIA** traz artigos de variados temas e aponta percursos passados e futuros de diferentes formações e histórias. Este número, rigorosamente, prepara o número seguinte, o décimo, que trará as contribuições brasileiras e estrangeiras apresentadas no III Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito.

É o momento, também de anunciar que a **Academia Paulista de Direito** realizará pelo menos dois eventos no corrente ano: seu IV Congresso Internacional e a celebração do jurista ítalo-brasileiro (se assim a homenagem a sua memória permite indicar – de modo semelhante ao que foi o desejo de outro expoente da cultura italiana em nosso País, Victor Brecheret), Tullio Ascarelli, sendo bem possível que pelo menos um dos eventos ocorra em território europeu.

Neste ano, ainda, teremos vários encontros dos ACADEMIA PESQUISA já criados e a criação de novos Núcleos. Novas parcerias serão realizadas, sendo as primeiras delas com o Comitê Esperançar, e com o movimento de afirmação dos povos indígenas em situação urbana. A par disso, uma série de eventos com as entidades que já são parceiras da **APD** serão realizados.

Tomarão posse novos Acadêmicos e Acadêmicas Titulares, Honorários e Eméritos, no curso desses tantos eventos, mas sobretudo no IV Congresso, em que poderemos celebrar o cinquentenário, como era meu desejo realizar no ano passado, o que não se deu pelos obstáculos estipulados pela necessidade de ajudar para que o projeto da democracia brasileira fosse restabelecido. Marco desse engajamento da **APD** foi a participação decisiva na Nova Carta aos

Brasileiros, devendo, aqui, ser prestada homenagem ao jurista Miguel Reale Jr, que tomará posse como Acadêmico Emérito, no presente ano.

Dois artigos, na Seção Memória da Revista visam a recuperar o momento constituinte, no qual se fundaram as raízes definitivas do desejo democrático brasileiro, com a apresentação de propostas e realização de debates que tanto enriqueceram nossa cultura jurídica.

3. O DIFÍCIL MOMENTO PARA O DIREITO E A POLÍTICA BRASILEIROS

Após um período extremamente aviltante e hostil em relação ao direito e à política, em que constantes insultos contra a democracia e a justiça estavam vinculados a um regime anticonstitucional, portanto, ao descumprimento deliberado de políticas públicas e deveres e à violação de direitos, iniciamos o ano de dois mil e vinte e três de modo inesperadamente contraditório. Por um lado, a celebração do Estado Democrático de Direito e da diversidade do povo brasileiro. Por outro, porém, os ataques e a tentativa de golpe, representados não apenas pela invasão do espaço público, da Praça dos Três Poderes e aos marcos arquitetônicos, culturais e históricos de Brasília, mas igualmente pelos insólitos e insolentes acampamentos em torno de quartéis, reivindicando a ditadura, sob o nome de "intervenção militar."

A par do caráter criminoso de tais atos – e das omissões que fizeram por incentivar tais práticas atentatórias contra o Estado Democrático de Direito e de índole terrorista – lições devem ser tiradas dessa condição, que levanta um problema de ordem institucional e societal, ao qual o Brasil é chamado a encontrar uma solução, aguardada pela sociedade internacional, que também vive a onda do extremismo de direita e a revivescência do ideários e das práticas fascistas e nacional-socialistas que encaminharam à Era dos Totalitarismos.

É evidente que sem a transformação cultural de um País que já tem impresso o passado colonial e escravista – que hesita em abandonar, acertando contas com violências e injustiças que se normalizam no cotidiano -, não haverá ruptura com a constante ameaça do autoritarismo e da negação do humano.

Contudo, no plano do que deve o Estado, por seus governantes, empreender com urgência – Maquiavel ensinava que o mal deve ser realizado de uma vez, imediatamente – há necessidade de fazer funcionar o aparto penal, por meio da abertura de processos (de ordem civil, administrativa e criminal) para apurar, sentenciar e, no caso de efetiva responsabilidade, reconhecida após o due-process-of-law, punir os culpados pela implantação e execução de um projeto anticonstitucional e pelos atos concretos dessa execução.

Há, porém, um compromisso que se exige, a todo tempo, da sociedade civil e suas instituições e movimentos, que é o de permanecer sempre em vigilância, indicando o que deve ser feito e o que não é admissível fazer, do ponto de vista da Constituição.

A **Academia Paulista de Direito** sempre esteve atenta a esse dever e, nos últimos seis anos, não se hesitou em, corajosamente, manifestar sua adesão à Constituição e ao estado Democrático de Direito, sendo protagonista dos principais momentos de resistência e afirmação políticos e jurídicos, ao ter sempre como norte o exemplo de seus fundadores e fundadoras.

A partir desse momento, esse compromisso se acentua, pois o Brasil necessita da presença e da expressão das melhores qualidades de nossa natureza, para reencontrar seu percurso em direção da felicidade humana, na paz, na segurança, na justiça, na democracia, na igualdade, na liberdade, na solidariedade e no cuidado. A **Academia Paulista de Direito**, portanto, o reafirma, ao dizer que seu vínculo com o processo civilizatório do direito, em nosso país e na Comunidade Internacional, é inalienável.

Precisamos aprimorar nosso direito, nossas instituições, nossa educação jurídica, nossas práticas forenses e político-jurídicas, nossas relações cotidianas. Os juristas que compõem

a **Academia Paulista de Direito** não se recusarão em colaborar e, mesmo, protagonizar os sinais de tais mudanças.

A estrutura da **Academia** está dada, suas parcerias, seu engajamento jovem e com o olhar nas futuras gerações, sua Missão, seu Projeto de uma Nova Universidade, seus Símbolos, suas Publicações, tudo isso que se reflete em suas ações e no reconhecimento crescente da sociedade brasileira e internacional, não apenas no âmbito jurídico.

Um dos motes que tanto vêm inspirando nosso trabalho está na certeza de que *das Leben gehört den Lebenden an*, e, portanto, *wer lebt, muss auf Wechsel gefasst sein*. Portanto, vida, viventes, mudança, são os móveis de nossa Constituição, em seu sentido mais profundo.

Preparemo-nos para essa tarefa a que nos obriga a existência, em sua alteridade, e o direito, como justiça, e a política, como democracia.

Boa leitura, permanecendo o convite à participação nesse e nos tantos outros projetos da **Academia Paulista de Direito**.

Meu agradecimento mais importante dirige-se a todos os Acadêmicos e Acadêmicas: *ἄνευ γὰρ φίλων οὐδεὶς ἕλοιτ' ἂν ζῆν, ἔχων τὰ λοιπὰ ἀγαθὰ πάντα*.

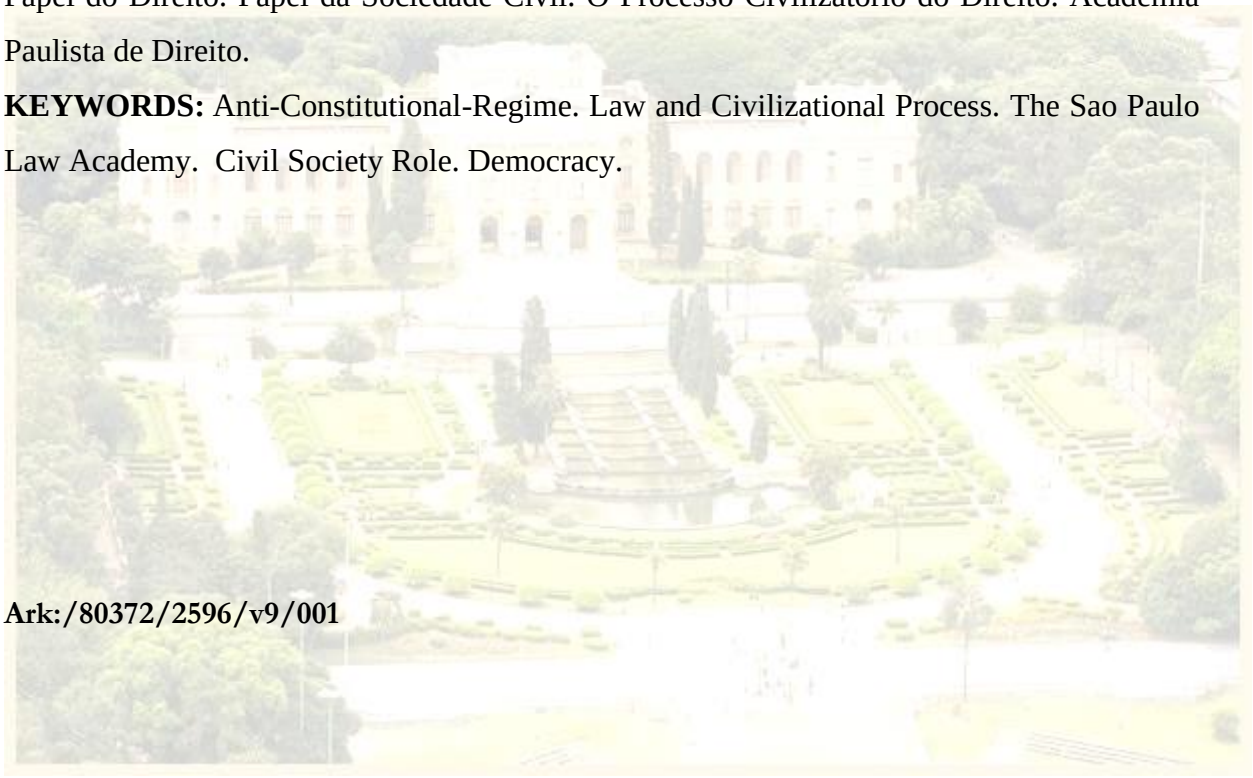
ALFREDO ATTIÉ JR
TITULAR DA CADEIRA SAN TIAGO DANTAS
PRESIDENTE DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

RESUMO:

A **POLIFONIA** e sua primeira avaliação Qualis. Entre as Melhores Revistas Brasileiras. **Academia Paulista de Direito**, sua Missão. O Momento Político-jurídico brasileiro. Tarefa constitucional da Academia e da Sociedade Civil. O Regime Anticonstitucional e sua Superação. Academia para as Novas Gerações. Vida, Viventes, Mudança.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Anticonstitucional. Superação. Ameaças à Democracia. Papel do Direito. Papel da Sociedade Civil. O Processo Civilizatório do Direito. Academia Paulista de Direito.

KEYWORDS: Anti-Constitutional-Regime. Law and Civilizational Process. The Sao Paulo Law Academy. Civil Society Role. Democracy.



Ark:/80372/2596/v9/001

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO PROCESSO (1)

Alfredo Attié Júnior (2)
Mestre pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo: O presente trabalho recupera a natureza histórica e conceitual do Estado como forma de alienação da capacidade política, iniciando uma crítica à Constituição e ao processo como instrumento de efetivação da vontade constitucional, propondo a restauração da questão do fundamento do pensamento político e da sociedade.

Abstract: I. Reconstruction of historical and conceptual nature of the State as a form to alienate political capacity; II. Critical view of constitutional law and procedure as a mean to achieve constitutional will; III. Restoration of political thought and society fundamental.

Unitermos: O termo Estado; Soberania; Contrato; Direito Constitucional; Fundamento da Sociedade.

"De ma part. je pense bien et ne suis pas trompé puis qu'il n'est rien si contraire a dieu tout libéral et debonnaire que la tirannie, qu'il reserve la basa part pour les tirans et leurs complices quelque peine particuliere" (3)

I.

A sentença de La Boétie, "Rimbaud do pensamento" (4), lança nosso olhar para um instante que, a toda prova, tomou-se imemori ao menos para os teóricos do direito. Não por sua antiguidade criar empecilho para seu alcance pela reminiscência, mas porque obliterado na construção da moderna ciência jurídica.

Trata-se do momento de constituição de uma forma social que, por assumir princípio absolutamente diverso daquele até então reinantes, subverteu a cena política.

Com efeito, os séculos XV, XVI e XVII europeus assistiram à introdução de um elemento novo na situação de poder. Habermas (5) bem resume o processo: "d'une part la centralisation et du même coup la bureaucratisation du pouvoir, transformant l'appareil étatique du gouvemement des princes, d'autre part l'expansion de la circulation capitaliste des marchandises et un bouleversement progressif du mode de production familiai. Car ce nouveau complexe d'interêts dépendant du marché et non plus de la familie qui caractérise les économies nationales et territoriales, se développe tant et si bien sous l'égide d'une autorité accédant à ce moment à la souveraneté qu'on peut concevoir celle-ci, en tant qu'elle jouit dans la societé civile d'un pouvoir pratiquement absolu, selon les catégories de l'État modeme, autrement dit d'un droit formei utilisé techniquement pour régler les relations sociales".

Em uma palavra, tal transformação corresponde ao surgimento do Estado, cuja primeira designação como forma de organização política devemos a Machiavelli(6): "tutti stati, tutti e dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o republiche o principati".

O termo Estado *(status,* em latim, e *stato,* na língua de Machiavelli) até então, servia para referir uma situação pessoal como as categorias *status libertatis, status civitatis* e *status familiae,* a que, até hoje, os juristas estão habituados. E é sintomático que tenha sido esta a palavra escolhida.

No direito romano, *status* era atributo *daspersonae,* quer dizer, dos homens, para os quais se constituíra o direito (7). Isto significa que o termo explicitava uma característica fundamental, atinente aos homens, sublinhemos, válida para as relações da vida pública e da vida privada. Assim, o fato de ser livre, ingênuo, liberto ou escravo; o fato de ser cidadão (*cives)* ou não *(peregrini),* ou, no que diz respeito aos *libertini,* se *cives romani, latini iuniani* ou *dediticii;* finalmente o fato de ser *personae sui iuris* ou *alieni iuris.* O *status,* destarte, estabelecia a existência dos homens em face da sociedade romana, ao explicitar sua capacidade jurídica, em sentido amplo, quer dizer, política e privada.

Ao desacoplar o termo das pessoas e transferi-lo para um "homem artificial" [8], a modernidade engendrou um novo modo de política, em plena correspondência à real expropriação sofrida por aquelas.

Vale a pena, para explicitá-la, discutir algumas-lições de duas das principais testemunhas deste evento: Machiavelli e Hobbes.

Não há propriamente uma definição do *stato* na obra do pensador florentino. Mesmo o termo como é de se esperar em abordagens pioneiras - não possui um emprego unívoco (aliás, como todos os termos-chaves, assim virtu, fortuna, etc.), malgrado esta precisão seja procurada pelo autor. O que releva, porém, é a personificação que, desde logo, Machiavelli produz, ao estabelecer o Estado como um domínio que detém e exerce imperio sobre os homens. Percebe-se que esta pessoa, caracteristicamente, ao exercitar o poder de mando sobre as demais, assume integralmente aqueles atributos de capacidade jurídico-política anteriormente ligados a estas. Ela retira das pessoas a capacidade, que antes lhes era inerente, de estabelecer o seu próprio destino, de autonomamente governar-se e constituir sua vida política, transformando-a em soberania.

A soberania é uma capacidade jurídico-política exclusiva, que não reconhece outro poder senão o seu próprio. Ou, como especificaria, pouco mais de meio século após, Bodin [9]: "o primeiro sinal do príncipe soberano é o poder de legislar a todos,
em geral, e a cada um, em particular ... sem o consentimento de maior, igual nem menor do que ele'·,

Machiavelli [10], contudo, já o antevia com quase perfeita clareza: "e debbesi pigliare questo per una regola generale: che mai o rado ocorre che alcuna republica o regno sia, da principio, ordinato bene, o al tutto di nuovo, fuora degli ordini vecchi, riformato, se non e ordinato da uno". Anzi e necessario che uno solo sia quello che dia il modo, e dalla cui mente dependa qualunque simile ordinazione. Pero, uno prudente ordinatore d'una republica, e che abbia questo animo, di volere giovare non a sé ma al bene comune, non alla sua propria sucessione ma alla comune patria, debbe ingegnarsi di avere l'autorità, solo ... Conchiudo, come a ordinare una republica à necessario essere solo".

A soberania é, portanto, a primeira tanto lógica quanto cronologicamente qualidade do Estado. No aspecto lógico, porque o Estado a partir dela se define. No aspecto histórico, posto o Estado somente ter advindo no momento em que foram pilhadas as demais pessoas de seu poder de auto-determinação, entregando esta capacidade de estabelecer o que deva ser considerado bem a este ente abstrato personificado.

Nem se diga que tal concepção do Estado é excepcional, referindo-se àquilo que a tradição, desgraçadamente, guardou como sendo ·'maquiavelismo", isto é, uma justificação engenhosa da tirania. Machiavelli, na literalidade e na correta interpretação de seus textos, bem como pelo seu testemunho biográfico é intenso à tirania e sua teoria é válida para *stato,* em geral, seja república, seja *regno: "intra tutti gli uomini laudati sono i laudatissimi que/li che sono stati capi e ordinatori dei/e reiigioni. Apresso, dipoi, que/li che hanno fondato o republiche o regni... Sono per contrario, infami e detestabili gli uomini destruttori delle religioni, dissipatori de'regni e delle republique, inimici delle virtu, dei/e lettere, e d'ogni altra arte che arrechi utilità e onore ai/a umana generazione; come sono gl'impi, i violenti, gl'ignoranti, i dappochi, gli oziosi,* i *vili. E nessuno sarà mai si pazzo o si saio, si tristo o si buono, che, prepostagli la elezione dei/e due qualità d'uomini, non /audi quella che à da /audare, e biasimi quella che e da biasimare: nientedimeno, dipoi, quasi tutti, ingannati da un falso bene e da una fa/sa gloria,_ si /asciono antiare, o voluntariamente o ignorantemente, nei gradi di coloro che meritano piu biasimo che laude; e potendo fare, con perpetuo /oro onore, o una republica o uno regno, si volgano a/la tirannide: né si avveggono per questo partito quanta fama, quanta gloria, quanto onore, sicurtà, quiete, con sodisfazione d'animo, ei figgono; e in quanta infamia, vituperio, biasimo, pericolo e inquietudine, incorrono"* [11]. E é um cuidadoso historiador da política que leva mais longe o argumento [12]: *"what Machiaveili primarily has in mind in /aying so much emphasis on libeny is that a city bent on greatness must remain free from ali fonns of política/ servitude, whether imposed intemally by the ruie of a tyrant or extema/ly by an imperial power".*

Lembremos, ainda, que mesmo a crítica laboétiana dirige-se contra o princípio do Estado, em geral, e não contra a tirania entendida tecnicamente como forma degenerada da monarquia [13], Assim [14]: *"il y a trois sortes de tirans, les uns ont /e roiaume par election du peuple; /es autres par la force des annes; les autres par sucession de ieur race ... Ainsi pour en dire la verité, je ne voi bien qu'il y a entr'eus que/que différence; mais de chois je ni en vois point, et estant les moiens de venir aus regnes divers, toujours la façon de regner est quasi semblable, les esleus comme s'ils avoient pris des toreaus a domter, ainsi /es traictent i/s: /es conquerans en font comme de /eur proie; /es successeurs pensent d'en faire ainsi que de leurs naturels esclaves".*

Em resumo, o princípio do Estado é um só, o de ocupar o espaço político, expropriando aqueles que até então o

habitavam. Este princípio é a soberania.

Hobbes apanhará este processo já em adiantado grau de desenvolvimento, sendo seu estudo, portanto, mais preciso, talvez mais arguto. Com efeito, ao captar o iter de constituição do Estado como um problema nitidamente jurídico, coube ao pensador inglês, ao lado de Grotius[15], abrir caminho para a concepção moderna do direito [16].

Pode-se interpretar a cena hobbesiana como a da presença, inicialmente, de uma multiplicidade de entes dotados de plena capacidade de autodeterminar-se. Entes que se definem como vontade de apropriação - signo de sua obsessão pela vida - e cuja garantia da liberdade natural é a força ou arma que cada um possui (a rigor, o corpo natural e qualquer extensão artificial dele).

A natureza, portanto, é um mundo atomizado: indivíduos em constante batalha. O corpo natural somente pode ser individual porque qualquer universalidade é sempre uma abstração da linguagem, um construtor da razão.

É à razão, pois, que cumpre superar este estádio de luta de cada um contra todos, em nome da primeira lei natural: "procurar a paz e seguí-la", e do direito natural: "por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos", conjugados na máxima: "que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de conseguí-1 e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra" [17].

A razão, ao iniciar a superação desta situação que pode levar à destruição - temor hobbesiano -, exige que todos os homens deponham suas armas, renunciando "a seu direito" (observe-se: o direito natural da autonomia da existência), ou, mais precisamente, transferindo-o, o "que se chama contrato", sob a garantia de um "poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor seu cumprimento" [18].

Este contrato, pelo qual todos os homens abrem mão de sua capacidade política, gera o Estado, transformando a multidão de corpos naturais em um corpo artificial imagem, da unidade, representação da união: "a única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas ... Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e esma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens ... Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *leviathan*, ou antes - para falar em termos mais reverentes daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do deus imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o toma capaz de conformar a vontade de todos eles ... Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos" [19]

Destarte, o Estado constitui-se na alienação da capacidade política; o Estado é uma forma de expropriação da capacidade política. Uma abstração fantasmagórica para qual se direciona a existência dos homens, substituindo-os no poder de determiná-la.

Parece que a realidade deste processo, bem como a engenhosidade dos discursos dos coetâneos escaparam aos teóricos modernos do direito, os quais acabam por resumir sua análise política ao Estado, por causa disto, ao falarem deste objeto, seus estudos não passam de descrições estruturais ou funcionais a seu respeito, assim captando-o a-historicamente.

Retiremos, antes de tudo, algumas conseqüências lógicas da presença histórica do Estado na política.

É certo que, ao se considerar o advento do Estado como um valor bom na história da humanidade (caso de Machiavelli e de Hobbes), deve-se imaginar meios ou instrumentos que garantam sua permanência. Estado, lembremos, é o particípio do verbo estar, e designa um modo de ser, uma condição, significando algo que se pereniza no tempo e no espaço.

Ora, o primeiro ato de introdução do Estado é um contrato. Este pacto [20] (social e político) nada mais é do que a constituição (em todos os sentidos equívocos que possui a palavra [21]) do Estado. Admita-se ou não, a idéia de constituição está implícita na idéia de Estado, ela é a forma jurídico-política que garante a existência deste ente, a sua capacidade jurídico-política (soberania) perante as demais pessoas que têm sua existência própria determinada por ele [22].

Primeiro, pois, os direitos exercíveis pela soberania, depois os direitos dos homens [23], ou seja, dos súditos ou sujeitos [24].

Não é à toa, portanto, que a idéia do pacto (ou da constituição, como se pretende neste trabalho) como protetor e defensor dos interesses das pessoas que o constituem seja cronologicamente posterior [25].

Cumpriu a Rosseau [26] a compreensão plena da constituição como atributo do soberano (Estado), instrumento da alienação, construção da soberania: "essas cláusulas quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos ... Ademais, fazendo-se a alienação sem reservas, a união é tão perfeita quanto possa ser e a nenhum associado restará algo mais a reclamar, pois, se restassem alguns direitos aos particulares, como não haveria nesse caso um superior comum .. o estado de natureza substituiria, e a associação se tomaria necessariamente tirânica ou vã ... Esse ato de associação produz ... um corpo moral e coletivo ... Ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cité* e, hoje, o de república ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quando ativo, e potência quando comparado a seus semelhantes. Quanto aos associados, recebem, coletivamente, o nome de povo e se chamam, em particular, *citoyens,* enquanto participes da autoridade soberana, e súditos/sujets/ enquanto submetidos às leis do Estado. Esses termos, no entanto, confundem-se freqüentemente e são usados indistintamente".

Sem desejarmos, contudo, assumir plenamente a tese nominalista [27], ao compreendermos o Estado como realidade abstrata, devemos entender a constituição como sua objetivação: o Estado, pessoa, corpo político, homem artificial, toma-se realidade objetiva perante seus entes constituintes (entes políticos) e agora súditos (entes a-políticos) ao se explicitar na Carta que, em princípio, é suma do pacto de sua instituição e, depois, articulação dos direitos dos submetidos à autoridade estatal - somente admissíveis na medida em que coerentes com esta autoridade, quando não a contrariem ou ponham em risco.

O direito constitucional [28] nasce com a vocação (e por isto se torna) a ritualização da soberania. Destarte, em cada uma das formas em que se estabelece o ordenamento jurídico - seja seu momento ficticiamente primevo, a assembléia, manifestação do poder constituinte, seja nas eleições gerais; no exercício do poder constituído, etc. - está-se a comemorar a fundação do Estado e a se repetir ritualmente o pacto, a constituição original.

II.

Devemos, agora, voltar um pouco nossa análise à realidade constitucional atual brasileira. '

Antes, é bom salientarmos que, ao empreendermos a recuperação para a memória jurídica destas questões, pretendemos não-somente mostrar como a política e o direito não se resumem historicamente ao Estado, mas abrir caminho para um diálogo com a escola das ·'novas tendências do direito processual" ou da "instrumentalidade do processo", a partir de um tema concreto, como adiante se verá.

Se abrirmos a atual Constituição iremos. notar que, em todas as questões que analisemos, ela nada possui de inovação; pelo contrário, deixa bem clara a objetivação da soberania e a ritualização da fundação do Estado.

O "preâmbulo", por exemplo, o diz expressamente, corroborando a mistificação da reunião do povo para a criação do Estado: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático..."

Há aqui já três níveis de representação [29]: o povo (lembremos, representação coletiva dos corpos naturais), seus representantes portadores da vontade nacional e a vontade geral (que se estabelece como nação, em Siéyes, única legítima para constituir o pacto [30], mas que em Rousseau já encontra um nível elevado de separação em relação aos homens, corpos individuais [31], sobretudo pelo que se vê da diferença entre a "vontade de todos" e a "vontade geral" [32]).

Quando se fixam, a seguir, no "título I", os "fundamentos" da "República Federativa do Brasil", o primeiro, evidentemente, é a soberania, o que demonstra a institucionalização plena da perda da capacidade política pelos homens desde antes iniciada, quando abdicarem do poder de decidir por si sua constituição e escolheram representantes.

A partir deste ponto, portanto, estes homens deixam de se representar em
seus corpos naturais e passam a ser nominados em sua relação com o ente dotado de capacidade política exclusivamente: cidadãos. O segundo "fundamento" do Estado, com efeito, é a "cidadania", ou a qualidade de ser membro do soberano, de ser súdito.

Feito isto, os membros aceitos da sociedade política - que, a partir de agora, é o Estado - passam a receber a parte que lhes cabe, segundo a Constituição, aos seus "direitos", os quais, na verdade, também são abstrações filosoficamente referíveis

à modernidade: "dignidade da pessoa humana", valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".

E o "pluralismo político", com certeza, não chega a abranger a possibilidade de restaurar ·a capacidade política dos entes expropriados, sendo um pluralismo - se é que o há que se unifica no Estado (33).

Este é, portanto, o direito material! Esta a situação política e as relações de poder!

Diante deste quadro, que pretende a escola das "novas tendências", da "instrumentalidade do processo"?

Antes de tudo, o que acredita ser original talvez não o seja senão no círculo muito restrito dos próprios processualistas. Em realidade, o que seus teóricos produzem (34), ao fixarem o processo como instrumento, é a legitimação do Estado também pelo procedimento de efetivação de sua vontade.

Veja-se, neste sentido, o testemunho de um importante sociólogo contemporâneo, apólogo da dominação (35): "tal como a categoria do contrato para o âmbito da sociedade, assim a categoria do procedimento para o âmbito do Estado parece apresentar aquela fórmula mágica que combina a mais alta medida de segurança e liberdade que se pode praticar concretamente no dia-a-dia e que transmite, enquanto instituição, todas as resoluções do futuro...".

Destarte, mesmo que os autores pretendam o estabelecimento de uma dialógica no interior do procedimento, que o tome, por assim dizer, democrático - exercício da participação e controle do poder, as escolhas dos caminhos já foram feitas de antemão: o processo realiza o objetivo do Estado (36).

Ora, tal vontade estatal é dada, em primeiro lugar, na Constituição (37):

"todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais ... Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos ... Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético ... Mas é justamente a Constituição, como resultado do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que se deve utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios".

Quando se retira a perspectiva do poder e se a estabelece sobre a "realização dos direitos", no sentido de ter o processo plena "aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina" (38), nada se modifica, pois esses direitos, como fizemos observar, não existem senão secundariamente em relação à soberania, e, afinal, as "garantias" (39) constitucionais dirige-se, sobretudo, à jurisdição, isto é, ao poder do Estado de dizer o direito.

Desta perspectiva, o controle de constitucionalidade das leis não passará de uma astúcia estatal para controlar a pluralidade de vontades e adequá-las à sua única manifestação legítima. Demonstra tal assertiva o fato de que "hoje quase todas as constituições modernas do mundo ocidental tendem, já, a afirmar o seu caráter de constituições rígidas e não mais flexíveis ... De resto, também todas as constituições da Europa Oriental têm caráter rígido" (40).

Os constitucionalistas bem definem a função do controle: "é uma mecânica voltada a policiar a ordem jurídica, que tem necessidade de expelir de seu seio tudo aquilo que lhe contradite" (41), ou é "a verificação adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição" (42).

Observe-se que subjaz a tais conceitos um paradoxo bastante elucidativo. Os autores, em geral, costumam estabelecer a Constituição como fundamento da ordem jurídica, afirmando que está acima das demais vontades. Entretanto, nada do que é fundamento (base, fundo) pode estar sobre o que alicerça. Confusão sintomática de incorreta análise de sua fonte, a tradição kantiana, por intermédio de Kelsen (43).

A origem da *grundnorm* é kantiana (44), pelo que se extrai da seguinte passagem da introdução à metafísica dos costumes, de 1797: "as leis vinculantes, para as quais é possível uma legislação externa, chamam-se, em geral, leis externas· *(leges extemae).* Aquelas, dentre estas, cuja vinculatoriedade possa ser conhecida *a priori* pela razão, mesmo que sem legislação externa, denominam-se leis externas naturais; aquelas, ao contrário, que não vinculam sem uma legislação externa real, ou seja, que sem esta última não seriam leis, chamam-se leis positivas. É, pois, possível pensar uma legislação externa contendo só leis positivas. Neste caso, porém, deveria precedê-la uma lei natural a fundamentar a autoridade do

legislador, quer dizer, sua faculdade de vincular outros por seu mero arbítrio". •

A partir deste iluminado axioma, erige-se a teoria kelsiana, onde a *grundnorm* (45) é a resposta "epistemológica" ou "teorético-gnoseológica" à indagação sobre a razão de validade de uma ordem jurídica (46) contendo só leis positivas.

A grundnorm, é importante esclarecer, não é fundamento, não está colocada acima da ordem jurídica dada, nem lhe é anterior. Ela é apenas seu pressuposto, bem assim, lógico (47).

A *grundnorm*, portanto, é quase que tautológica: "é este o caso se a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como a autoridade mais alta" (48)

Para o caso da Constituição, pois, a norma-razão de ser obedecida está em que o Estado assim o determina e o Estado é o detentor da soberania, única e exclusiva fonte de poder, como fixa a própria Constituição. O argumento beiraria o absurdo, se não fosse corroborado pelo próprio jurista austríaco (49). Destarte, concluímos, deve-se obedecer à Constituição porque há uma norma-razão que a obriga; e a obrigatoriedade do comando da norma-razão possui seu motivo na Constituição.

O paradoxo não possui solução nos limites da teoria moderna do direito, sempre esquecida de sua origem. Ele só encontra justificação se entendemos bem o surgimento do Estado e a função da Constituição. Há algo que obriga à obediência à Carta do Estado, que não é a *grundnorm* kelseniana, mas é a essência do próprio Estado e a relação fundada - de temor - entre ele e seus súditos (50).

Enfim, toda esta teoria da instrumentalidade esbarra numa tautologia: o que institucionaliza a violência do Estado é a Constituição; se o processo apenas instrumentaliza a Constituição (vontade do soberano), ele tão-somente serve como um meio a mais de afirmação da denominação fundante da modernidade.

III.

A indagação que resta é a seguinte: estariam os súditos sempre presos às artimanhas deste círculo vicioso da sujeição?

A resposta, para se mostrar negativa, exige um esforço de superação dos limites teóricos impostos pela ciência jurídica moderna.

Devemos recuperar para o direito a noção de fundamento, em particular de fundamento da sociedade política isto na medida em que não se confunda com a procura da razão da dominação (51)

O fundamento não é um dever-ser, sob pena de retornarmos à tautologia da manifestação do poder (soberano). O fundamento é aquilo que se faz com que o ente seja como é, quase, destarte, confundindo-se com o próprio ser do ente, no caso, da sociedade dita política.

Um importante pensador alemão, crítico e, de certo modo, superador do kantismo, já alertava que o desejo de "dar a um povo *a priori* uma constituição *a priori*, até quando ela seja em seu conteúdo mais ou menos racional, é uma fantasia que não tem em conta o elemento que faz dela mais do que um ser de razão. Cada povo tem, por conseguinte, a constituição que lhe convém e se lhe adequa" (52). Ao fazê-lo, chama nossa atenção para a diferença entre uma Constituição dada *a priori* e uma oriunda do próprio *modus vivendi* de uma sociedade.

Sem desejarmos voltar à análise da própria questão do fundamento (53), basta-nos, aqui, observar que a distinção entre fundamento da vida social (54) e razão da dominação social é de suma importância para a percepção de que nenhuma teoria que busque restabelecer a situação anterior de politização dos homens, pode deixar de trabalhar com a categoria do fundamento.

Re-politizar este ente que é o homem significa restaurar sua existência, pois o ser do homem é o ser com os outros, sua presença no mundo é co-existência (55).

Se se quiser, o homem é o animal político (56).

Politizar o homem não é fazê-lo participar" da sociedade inaugurada pelo Estado, pois o Estado é a negação do social, ao estabelecer os homens como entes isolados, e é a subversão da política, ao efetuar sua união, pelo pacto constituinte, como sujeitos.

Para tanto é preciso trabalhar com o direito não exclusivamente ao nível da razão da dominação (a constituição), mas também ao nível do fundamento da política, recuperando para o homem o espaço da política de que foi expropriado.

Esta tarefa é urgente e é fundamental que não falhemos, pois a lamentação da derrota é pura dor, o arrependimento por não haver coragem para lutar é puro sofrimento, como bem expressou o poeta: "sou homem, depois desse falimento? Sou o que não foi, o que vai ficar calado. Sei que agora é tarde, e temo abreviar com a vida, nos rasos do mundo. Mas, então, ao menos, que, no artigo da morte, peguem em mim, e me depositem também numa canoinha de nada, nessa água que

não pára, de longas beiras: e, eu, rio abaixo, rio a fora, rio a dentro - o rio".

Que no rio da existência não haja mais lugar para a desumanidade!

Notas

1. Trabalho apresentado à Escola Paulista da Magistratura, ao término do curso "Processo Civil na Nova Constituição", coordenado pelo Professor Doutor Kazuo Watanabe. Respeitosamente dedicado ao Professor Doutor Fábio Konder Comparato, exemplo da liberdade de pensamento e manifestação do jurista, tão rara nestes tempos obscuros. Outono de 1990.

2. Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Docente dos Departamentos de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP e Direito da UNESP. Membro de Comitê de Filosofia do Direito da Associação Interamericana de Advogados. Ex-Procurador do Estado de São Paulo.

3. LA BOÉTIE, E. de *Le discours de la servitude voiontaire,* e. 1548.

4. CLASTRES, P. *Liberdade, mau encontro, inominável,* 1976.

5. HABERMAS, J. *Théorie et pratique.* (trad. franc.) Paris.,vol I

6. De principatibus, e. 1513.

7. Hominum causa omne ius constitutum est (Hermoginianus in digesto. 1,5,2).

8. HOBBES, T. Leviathan, 1651

9. BODIN, J. *Les six livres de la Republique,* 1576.

10. Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio, e. 1519.

11. Idem, ibidem.

12. SKINNER, Q. Machiavelli, 1981.

13. ARISTÓTELES. Política, séc. m a.e.

14. LA BOÉTIE, E. op. cit.

15. Este em seu *Direito da guerra e da paz,* 1625.

16. ATIIÉ Junior, A. *Sobre a alteridade: para uma crítica da antropologia do direito.* São Paulo, 1989.

17. HOBBES, T. op. cit.

18. Idem, ibidem.

19. Idem, ibidem.

20. RUFFIA, P. B. de. Derecho Constitucional. (trad. espanhola) Madrid, 2. ed.: "status, orden, conformación, estructura esencial de un ente o de un organismo en general"; "todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaz de trazar les líneas maestras dei mismo ordenamiento"; "un complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinárias por su más arduo y solmne proceso formativo"; "acto fundamental en el cual han sido formuladas solemnemente la gran mayoría de las normas materialmente constitucionales"; "aquel complejo de instituciones jurídicas, positivamente válidas y operantes, que realizan un fin político que es el resultado de los diversos fines perseguidos por las distintas fuerzas políticas activas en lucha entre sí, en un país determinado y un momento histórico dado".

21. "Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser representante); todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele quanto os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens" (HOBBES. op. cit.).

22. "É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido... Pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos... Pertence ao poder soberano a autoridade judicial, quer dizer, o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias que possam surgir com respeito às leis, tanto civis quanto naturais, ou com respeito aos fatos... Pertence à soberania o direito de fazer a guerra e a paz com outras nações e Estados... É confiado ao soberano o direito de recompensar com riquezas e honras, e o de punir com castigos corporais ou pecuniários, ou com a ignomínia, a qualquer súdito, de acordo com a lei que previamente estabeleceu... de acordo com o que considerar mais capaz de conduzir ao serviço do Estado" (Idem, ibidem).

23. "São estes os direitos que constituem a essência da soberania, e são as marcas pelas quais se pode distinguir em que homem, ou assembléia de homens, se localiza e reside o poder soberano... Tudo isto torna necessário que existam leis de honra, e que seja atribuído um valor aos homens que bem serviram, ou que sejam capazes de bem servir ao Estado" (idem, ibidem).

24. Muito sintomaticamente, a palavra francesa que diz ujéifo, diz também súdito: sujet (v., por exemplo, a seguir, em Rousseau). Aliás, o termo subiectus designa exatamente o que está submetido a algo ou a alguém.

25. ROUSSEAU, JJ. Do contrato social, 1762: "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo, assim, tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece".

26. Op. cit.

27. A que Hobbes se vinculou e que Rousseau combateu.

28. Somente no decorrer do século XVIII, por assim dizer, positivado.

29. Sobre a representação, V. ATIIÉ Junior, A. *Sobre a alteridade* cit.: a representação é um conceito ligado ao advento da modernidade, "os gregos não possuíam palavra para significá-lo e o verbo *repraesentare,* entre os romanos não assumia o conteúdo que hoje lhe fornecemos", possuindo o sentido apenas de estar presente, fazer-se presente. "Na Idade Moderna, as instituições passaram a ser representativas por essência". Representar é, modernamente, "fazer-se presente em nome de algo ou alguém, reproduzí-lo, simbolizá-lo e, também, encenar, dissimular, encobrir alguma coisa, mostrando-a ser de forma diversa do que é verdade. Pela representação, pois, arte e vida se reconciliam..."

30. Qu'est-ce que le tiers état? 1789 : "a nação existe antes de tudo, é a origem de tudo".

31. "Desde o momento em que essa multidão se encontre assim reunida em um corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, sem, ainda, ofender o corpo sem que os membros se ressintam" *(Do contrato social* cit.).

32. Idem, ibidem : "Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares".

33. Observe-se que tudo se faz segundo a representação, somente sendo conferida a participação "nos termos desta Constituição". Note-se, ainda, a recusa peremptória da admissão da pluralidade de nações no território "nacional brasileiro". E, afinal, que o Estado se forma pela "união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal" e não dos homens que o compõem...

34. Com toda a sinceridade intelectual e o cuidado somente encontrado entre os juristas de escola, é preciso assegurar, para que se entenda que a crítica aqui levada a cabo tão-somente leva a sério as idéias da escola ao discuti-las.

35. LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento,* 1969. Ainda: "o poder é também um mecanismo de transmissão de resultados de seleção e até mesmo de obras de seleção produzidas pela decisão. Quem tem o poder pode motivar outros a adotar as suas decisões como premissas de procedimento, portanto a aceitar como compulsiva uma seleção dentro do âmbito de possíveis alternativas de comportamento ... Tem-se de partir da hipótese de que no procedimento se criem essas razões adicionais para aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto d sta forma, o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade que com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão ... Esta força de redução da complexidade é essencialmente desempenhada pela criação de estruturas, isto é, pela generalização das expectativas de comportamento que, depois, durante largos períodos de tempo, são válidos transitória e objetivamente para diversas situações e são válidos socialmente para uma maioria ... A estrutura de um sistema de procedimento é, primeiramente, delineada por normas jurídicas gerais, válidas para diversos procedimentos. Estas normas não constituem, porém, o procedimento propriamente dito e uma justificação por recurso a elas não constitui a legalidade pelo procedimento. Contudo, elas reduzem a tal ponto o número ilimitado de formas possíveis de comportamento, que se toma possível, sem incômodas discussões prévias sobre o sentido e finalidade de uma reunião, por procedimentos individuais em movimento como sistema, definir a sua temática e os seus limites e tomar os participantes conscientes disso. Como sistemas corretos de ação, esses procedimentos então ocupam um lugar único no espaço e no tempo. Adquirem, assim, uma perspectiva que lhes é peculiar quanto ao seu ambiente e quanto ao seu próprio significado, manifestando-se numa conjuntura especial de acontecimento, símbolos e representações e reconhecendo-se, como regra geral, com rapidez ... A vantagem da estrutura e definição dos limites concretamente reconhecidos do sistema não constituem as únicas formas de redução, nem as mais importantes para o nosso problema. Os procedimentos pressupõem sempre uma organização básica, sendo possíveis só como sistemas parciais de um sistema maior, que lhes sobrevive, que os representa e que lhes mantém determinadas regras de comportamento ... Por meio de regras de irrelevância, por meio de regras de admissão, aprovação de pessoas e introdução de temas, por meio de regras de tradução e definição daquilo que perturba ou até destrói o sistema e daquilo que se pode fazer para o evitar,circunscreve-se o processo e se leva o mesmo a despertar. para uma certa autonomia até que a decisão seja emitida.

À medida que o processo se desenrola, reduzem-se as possibilidades de atuação dos participantes. Cada um tem que tomar em consideração aquilo que já disse, ou se absteve de dizer. As declarações comprometem. As oportunidades desperdiçadas não voltam mais. Os protestos atrasados não são dignos de crédito ... Os participantes cooperam na determinação da história do processo jurídico ... Não se decide, previamente, entre cooperação e conflito através da estrutura do sistema. Ela permite ambos. Por isso não tem de se esclarecer, em cada caso, qual a função que domina nas comunicações isoladas de processo jurídico. Daí os procedimentos, tipicamente, fundirem ambas as funções. Isso permite resolver conflitos sob a ideologia de uma procura coletiva da verdade, opinião que conseguiu enganar a concepção clássica de processo jurídico. Assim se regularizam os conflitos, isto é, se fortalecem através de certas condições secundárias de interpretação do processo" e *passim.*

36. **DINAMARCO,** C. R. A instrumentalidade do processo. 1987: "Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus.

Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) - sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Preestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder. Em tomo deste, portanto (no caso, em tomo da jurisdição) é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina ... Não obstante se diga teoria geral do processo e se continue sempre a dizer direito processual, tem-se no fundo e essencialmente a disciplina do poder e do seu exercício e esse é o fator de unidade que reúne numa teoria os institutos, fenômenos, princípios e normas de diversos ramos aparentemente distintos e independentes entre si ... A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus ...

O significado político do processo como sistema aberto, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores ... A idéia de poder, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à política, entendida esta como o processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado. Compete à política a 'tomada de decisões através dos meios públicos; ou seja, decisões que se tomam mediante a linguagem adequada e escoam e se transmitem pelos canais oficiais predispostos na ordem estatal, destinando-se à organização social e determinação das condutas compatíveis como estilo de vida superiormente escolhido ... As decisões que em seu conjunto representam a política partem do número restrito dos sujeitos encarregados delas no seio do Estado e destinam-se a todo o universo dos membros da população ...

Nessa perspectiva, o Estado, que é o mais importante de todos os pólos de poder, aparece até como fonte de poder, em benefício de pessoas que de algum modo logram 'fazer valer suas decisões com a ajuda do Estado' ... Embora ao Estado não caiba o exercício do poder nacional em todas as áreas, nem valer-se de todas as fontes de poder, certo é que ele detém o comando global de todas as manifestações deste, justamente eµi razão da soberania, que o põe a montante de todos os demais pólos de poder ... Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado decide ... O poder político é, realmente, a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões ... Por isto é que o Estado moderno, não renunciando à incontratável supremacia exercida no plano interno, reserva-se a última palavra sobre os assuntos entre particulares e igualmente entre estes e as entidades intermediárias ... e veda qualquer atividade coercitiva que não seja a sua ... O exercício da jurisdição e a sua promessa solene têm, portanto, esse expressivo significado político de enérgica afirmação da soberania ... Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exibe, os objetivos que animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e no tempo" e *passim.*

37. CINTRA, A.CA.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria*

Gerai do Processo. Empreguei, aqui, a cópia fornecida da última edição, no prelo, distribuída pela Escola Paulista da Magistratura.

38. GRINOVER, A.P. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas.* (1987) in *Novas tendências do Direito Processual,* 1990.

39. GRINOVER, A.P. op. cit. e, na mesma coletânea, *Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na óptica do processo de estrutura cooperatória,* 1986.

40. CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* (trad. bras.) 1984 - o original é de 1978.

41. BASTOS, C. *Curso de Direito Constitucional,* 1989.

42. FERREIRA Filho, M.G. *Curso de Direito Constitucional,* 1989.

43. *Teoria Pura do Direito.* 2. ed, 1962.

44. ATTIÉ Junior, A. *Sobre a alteridade* cit. : "A origem da norma fundamental é, como se viu, kantiana e lança raízes no jusnaturalismo moderno, para o qual o direito natural tem sua fonte na razão *(ratio*), sendo de maneira absoluta e inafastável, imutável, não sujeito a tempo ou espaço".

45. A rigor, norma-racional ou norma-razão, pois o termo *Grund,* permitindo ambas as significações, esta se mostra mais pertinente.

46. "Sob a condição de pressupormos a *Grundnorm:* devemos conduzir"-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta *Grundnorm* é tomar racional a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanas, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer, interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo" (op. cit.).

47. A razão da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta, realiza-se por meio de um processo silogístico. Neste silogismo, a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com·o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma ...

A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma *Grundnorm* se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa já não é possível como pr:emissa menor de um silogismo ... Quer isto dizer: é pressuposta como *Grundnorm* (op. cit).

48. Op. CÍL

49. KELSEN, H. op. cit.: a *Grundnorm* refere-se "imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais, enquanto fundamentalmente a validade da mesma ·Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada ... Somente quando pressupomos esta *Grundnorm* referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressupormos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos

interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas".

50. Que teóricos de cosmovisão diversa captaram de modo até satisfatório: MARX, K. *O Capital*, 1867 : "violência organizada e concentrada da sociedade" ; WEBER, *M.Apolitica como vocação*, 1918: "O Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território ... O Estado é considerado como a única fonte do direito de usar a violência".

51. Erro, afinal, de Ferdinand Lassalle em seu deveras citado opúsculo sobre a Constituição : "a idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz que torna, por lei da necessidade, que o que sobre ela se baseia seja assim e não de outro modo". Quer dizer, o fundamento se resolve no poder, ou, como quer o teórico superficial, "os fatores reais de poder" dos quais a Constituição de um país é a "soma".

52. HEGEL, F. *Princípios de Filosofia do Direito*, 1820.

53. ATTIÉ Junior, A. *Entre o direito e o não direito*, 1990.

54. E, portanto, política, daí, dizendo sociedade, também dizemos política.

55. HEIDEGGER, M. *Da essência do fundamento*. 1928: "E assim o homem, enquanto transcendência existente sobrepujante de possibilidades, é um ser de lonjura. Só mediante distâncias primordiais, que na sua transcendência ele para si estabelece em relação a todo ente, é que nele floresce a verdadeira proximidade às coisas. E somente o poder-ouvir na lonjura é que amadurece para o estar-aí enquanto si-mesmo o despertar da resposta da co-existência, no ser-com, com o qual pode sacrificar a egoidade a fim de se conquistar como autêntico si-mesmo".

56. ARISTÓTELES. op. cit.

São Paulo, 16 de maio de 1990.

CORPORATIVISMO ESTATAL E SOCIETAL: ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PROPOSTA DE DEFENSORIA-GERAL DA JUSTIÇA*

Alfredo Attié Junior[1]
Juiz de Direito em São Paulo
Doutorando em Filosofia Política pela FFLCH USP

"Yea but I vilifie the present times, you say, whiles I expect a more flourishing state to succeed; be it so, yet this is not to vilifie modernitie, as you pretend".

Resumo:

O artigo procura recuperar as idéias da representação e da legitimidade ligadas ao tema do sufrágio universal e bem delimitar os contornos do conceito de legitimação para o fim de criticar o estatuto constitucional e legal do Ministério Público no Brasil e propor a conformação de um órgão mais compatível com a idéia de um corporativismo societal em contraposição àquele estatal , a Defensoria-Geral da Justiça. Discorre sobre as conseqüências do Princípio Democrático constitucionalmente conformado sobre a configuração dos instrumentos de garantia dos direitos fundamentais, propondo uma organização do poder judiciário ou judicial mais compatível com tais princípios e a institucionalização da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade (com as características de uma verdadeira ação) como instrumentos basilares, restaurados o princípio democrático, e a representação e a legitimidade atentas ao imperativo constitucional do sufrágio. Preocupa-se com a idéia de formação dos profissionais jurídicos, em face do conceito de civilização e da participação e controle da sociedade sobre tal formação. Propõe a ampliação da legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e a reconfiguração da legitimidade para a propositura da ação civil pública, restaurando a natureza e o regime jurídicos dos interesses sociais, coletivos e difusos, distinguindo-os do interesse público enquanto interesse estatal.

* No XIII Congresso Brasileiro de Magistrados, Vitória, Espírito Santo, Brasil, 1993.

1. Foi advogado e Procurador do Estado de São Paulo, tendo sido docente do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e do Departamento de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP).

Abstract:

This paper intends to discuss the concepts of representation and legitimacy by reference to the Democratic Principle. It criticizes the brazilian Public Attorney Statute and proposes the idea of an institution, called "Defensoria-Geral da Justiça" on devellopíng the idea of a societal consciousness. By giving suggestions to increase the legal definition of the judicial power, it demonstrates the necessity to the society to be aware of the education of the legal professionals. Otherwise it demonstrates the need to modificate the statute of some constitutional remedies and guarantees.

Unitermos: Ministério Público, Defensoria-Geral da Justiça, Corporativismo Societal.

1. A atual Constituição Federal brasileira é bastante explícita ao estipular o *princípio democrático* e a forma de sua expressão concreta: *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição"* (parágrafo único do artigo primeiro).

A *origem* do *poder* encontra-se no *povo*.

Seu *exercício*, contudo, pode ser *direto* - que a Constituição parece entender como excepcional - ou por meio de *representantes*.

Quando se estabelece a *representação* - a Constituição é clara sua *legitimidade* se afere pela *eleição*.

Em conclusão, nossa *Charta Magna* apenas admite a interposição do representante se *legitimado* pela *eleição*.

Tal forma de *democracia representativa*, qualificada pela necessidade do *sufrágio*, gera conseqüências de extrema relevância, às quais, talvez, a doutrina não tenha voltado suficiente atenção.[2]

2. Os comentários, a rigor, são lacônicos, no que diz respeito a retirar do princípio tais conseqüências. Para citar dois exemplos: *"a Constituição completa a caracterização da forma de governo do País com o enunciado do princípio democrático. Tem o cuidado de acrescentar que o poder democrático se manifesta tanto pelo seu exercício por representantes eleitos quanto, de modo direito, nos termos que a própria Constituição adiante prevê. Sim, a Constituição segue o modelo da chamada democracia semidireta, na qual o elemento representativo é contrabalançado pela tomada de certas decisões pelo povo de modo direto e imediato"* (Ferreira F.º, M.G., *Comentários à Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 1) (aqui se grifou). *"De fato, o exercício moderno da democracia se dá em grande parte pela sua modalidade indireta, isto é: ao povo se reserva tão-somente o direito de escolher os seus representantes. É neste momento que o eleitor exerce seu ato político capital ... Não há qualquer viabilidade dentro da hora atual de o povo participar diretamente da decisão política ... É certo que, em pequena escala, esta manifestação*

Tratando-se, por exemplo, da questão da ação civil pública, portanto da concretização de um direito fundamental por meio de um remédio constitucional, a análise da questão mostra-se imprescindível porque, em geral, no evolver do debate esquecem-se os contendores, ancorando seus argumentos em princípios pré-constitucionais ou na democracia como modelo, da lição bem lançada pelo ilustre constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho:[3] *"como conceito-chave da Constituição, como princípio estruturante fundamental, o princípio democrático só pode compreender-se como princípio constitucionalmente conformado (Verfassugsgemäss) ... Uma compreensão metodológica e autônoma do princípio democrático constitucional tem de considerar como ponto de partida normativo a sua concreta conformação constitucional"*, não se permitindo perder no emaranhado de - muitas vezes ignoradas *"deduções apodíticas sobre uma pretensa ratio essendi do princípio democrático"*.

Discorrendo sobre a *representação política*, malgrado circunscrevendo-a ao âmbito das *instituições legislativas*, Paolo Biscaretti di Ruffia[4] lhe concede a natureza de *representação de interesses* em contraposição à *representação de vontades*, vista sob o ângulo do direito privado: "*la representación política tiene en cuenta... intereses generales de toda la colectividad popular tal como vienen a resultar de las fuerzas sociales y políticas que en ella se nueven, de las corrientes de pensamiento que en ellas se determinan y de las variadas propuestas de gobierno que se formulan y sostienen ... Y, por esto, es eminentemente representación de intereses generales o políticos ... Un sujeto actúa en nombre proprio, pero en interés de outro*".[5]

---

direta torna-se possível, o que será visto mais adiante" (Bastos, C. & Martins, LG. da S., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988, v. 1) - (aqui se grifou).

3. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 4ª ed., 1986.

4. *Derecho Constitucional*, Trad. Verdú, P.L., Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1982.

5. Com relação à natureza diversa da representação no âmbito do direito privado, poder-se-á consultar Gomes, O., *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 6ª ed., 1979. Neste âmbito, cumpre salientar que a *representação legal* portanto independente de manifestação de vontade do representado, somente se admite em situações excepcionais, *"diante da impossibilidade jurídica das pessoas incapazes proverem seus próprios interesses"* De resto, a representação legal se circunscreve ao *"campo do direito de família, pessoal ou patrimonial"*, ou na subordinação ao *interesse do grupo* (família, categoria profissional) caso em que, a rigor, a representação é dada à associação ou corporação profissional, perfazendo-se a manifestação de vontade na origem; escolha dos representantes pelos consociados - ou ao de *terceiros* (falência, concordata).

O fundamento jurídico de tal representação - prossegue o eminente catedrático de Pavia - qualifica-se, *"de ordinario, según el procedimiento electoral empleado para la formación de la Cámara"*. Isto muito embora reconhecendo o caráter de *insuficiência* e de *prescindibilidade* da eleição, uma vez que, no concernente aos *requisitos de subsistência* de tal *representação legal e necessária*, *"es preciso reconocer que no se há encontrado hasta ahora un procedimiento eficaz distinto del electivo, realizado en un ambiente de verdadeira libertad"*.

É evidente que somente se pode assumir tais *insuficiência* e *prescindibilidade* de um ponto de vista *extraconstitucional*, pois, para empregarmos o raciocínio kelseniano[6] - malgrado, neste ponto, evidentemente *tautológico*[7] -, *"sob a condição de pressupormos a Grundnorm: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta Grundnorm é tornar racional a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humana, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer, interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo"*. Assim, da perspectiva normativo-constitucional, permite-se estabelecer o silogismo -razão de validade de uma norma positiva: *"a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação de validade da norma"*. Eis, portanto, o círculo de pressuposição da *Grundnorm*.

O que cria, aqui, é um *critério normativo* a precisar convenientemente a *responsabilidade política* dos que se desejam *representantes* perante a *coletividade*: *"garantia muy eficiente para los fines del mantenimiento de la mencionada homogeneidad de interes. Y dada que el pueblo elige y envia a la Asamblea representativa a aquellas personas, en la convicción de que representan y tratan de realizar los intereses generales afirmados en las corrientes de pensamiento y en los programas políticos, de los quales se han declarado*

6. Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, trad. Machado, J.B., Coimbra, Arménio Amado, 5ª ed., 1979.

7. Attié Jr., A. "O direito constitucional como processo", *in Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, abril/maio de 1993.

exponentes - entonces bien puede admitirse que, con tal significado más genérico, se hable de mandato político en las elecciones y que se califiquen diputados en el Parlamiento a los elegidos".

A *eleição,* portanto, mostra-se saudável mecanismo a prevenir os já conhecidos malefícios da idéia tão-sedutora para os *Estados autoritários* - da chamada *representação orgânica* ou institucional, empregada, *"sin recurrir a procedimientos electorales ... con la mira de demostrar la possibilidad para algunos componentes calificados de los distintos grupos sociales (en los cuales apareceria espontaneamente organizado el pueblo...) de interpretar con competencia específica las necesidades particulares, aparte de cualquier elección directa por los consociados".*

A Constituição Federal fixa a *eleição* como o *direito político* por excelência: *"todos aquellos que gozan de derecho electoral forman parte del cuerpo electoral, y la función de los mismos se realiza...se presenta como una manifestación de autogobierno reconocido a la correspondiente colectividad".*

Implica, deste peculiar modo, a *democracia como princípio normativo* ao *elemento representativo* qualificado pelo *sufrágio.*

Vale a pena, neste aspecto, acompanhar a preleção do eminente professor de Coimbra: *"o princípio democrático, constitucionalmente assegurado, é mais do que um método ou técnica de os governantes escolherem os governados [sic]. Como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade ... Há um objectivo a realizar através da democracia ... Só encarando as várias dimensões do princípio democrático ... se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em ratio e ethos da democracia. Designadamente: {1} o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes; {2} o princípio democrático não ignorou ser hoje o problema fundamental da democracia o de estruturar processos que ofereçam aos cidadãos efectivas 'chances' de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder, a participação organizada do povo e o reconhecimento*

constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático".

As considerações do professor Gomes Canotilho amoldam-se, sem necessidade de esforço de migração, ainda mais à estrutura de nossa Constituição, quando respeitantes à categoria da *representação*: *"a Constituição...não se baseia em princípios políticos formais ... A representação, como elemento constitutivo do princípio democrático é democrática neste sentido: ao pressupor um direito de voto geral e igual, ao assentar num sistema partidário democrático do poder, ao possibilitar a formação de governos com legitimidade democrática"* Para concluir, de forma lapidar: *"o elemento representativo, sem misticismo ou desgraça, é um instrumento funcional para legitimar órgãos de soberania de um Estado democrático"*.[8]

O *princípio representativo*, bem assim, por determinação constitucional, exige o *direito de voto* o *"sufrágio geral, igual, directo, secreto e periódico"*

Para arrematar: *não se concebe representação no âmbito dos direitos políticos dissociada da eleição.*

> *"La Souveraineté ne peut être réprésentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essenciellement dans la volonté générale, et la volonté ne se réprésent point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses réprésentants ... L'idée des Réprésentants est moderne: elle nous vient du Gouvernement féodal, de cet inique et absurde Gouvernement dans lequel l'espece humaine est dégradée, et où le nom d'homme est dans deshonneur".*

A distinção entre *direitos fundamentais* e *garantias* remonta a Rui Barbosa,[9] ao separar as *"disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições*

8. Ob. cit.

9. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1932, v. 1, 2 e 6; *República: Teoria e Prática*, Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não-raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito".

Comportam as *garantias* uma acepção ampla e outra estrita.[10] Entendidas de maneira extensa, seriam, ainda no verbo de Rui, *"acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos, então, garantias constitucionais no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição".* No sentido mais específico, apostilava o constitucionalista da República à Constituição de 1891, chamam-se, *"primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana".*

O ilustre professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, titular da Universidade de São Paulo, acrescenta à classificação barbosiana o fato de também se poderem chamar *garantias* os *remédios constitucionais*: *"ações que servem especialmente à proteção dos direitos fundamentais"*

A Constituição Federal de 1988 abriga, sob a rubrica *"Dos direitos e deveres individuais e coletivos"*, direitos e garantias.

Dentre estas, as que nos interessam, aqui, mais de perto, são as que se constituem em *remédios constitucionais*.

O art. 5° refere o *habeas-corpus* (inciso LXVIII), o *mandado de segurança* (inciso LXIX), o *mandado de segurança coletivo* (inciso LXX), o *mandado de injunção* (inciso LXXI), o *habeas-data* (inciso LXXII) e a *ação popular* (inciso LXXIII).

De maneira bastante insólita, o constituinte optou por afastar do leitor da *Lei Fundamental*, do cidadão, portanto, a visão da *ação civil pública* ao lado dos demais *remédios constitucionais* – muito embora como tal se caracterize –, deslocando sua regulação para o *art. 129, inciso III*, classificando-a como *função institucional* do Ministério Público.

10. *Comentários* cit.

Fê-lo malgrado o critério extenso de fixação da *legitimação* para a sua propositura, consagrado desde 1985, no art. 5º da Lei n. 7.347.

Ainda, o constituinte parece ter relegado a um plano secundário a *legitimação* da *União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas* e, sobretudo, das *fundações* e *associações* (art. 5º cit. da Lei que disciplina a ação civil pública cit.), ao explicitar tais sujeitos como "terceiros" não-impedidos pela *legitimação* que parece ter entendido como principal - do Ministério Público.

Ora, a originalidade de nossa atual *Constituição* consiste não apenas no afastamento de uma *garantia* de sua, por assim dizer, comunhão com as demais,[11] mas sobretudo em inverter a posição de *representantes* e *representados* na *legitimação* para a sua efetivação, valorizando aqueles em detrimento destes, ao suprimir ao contrário do critério para todos os demais *remédios* o rol dos legitimados, encobrindo-os sob a denominação *"de terceiros"*

A *ação* popular é concedida a *"qualquer cidadão"*.

A qualidade subjetiva para agir é, também, ilimitada no que se refere ao *habeas-corpus*, ao *habeas-data* e ao *mandado de segurança*.

A mesma ilimitação deveria ser estendida ao *mandado de injunção*, uma vez que alude à inviabilidade do *exercício* de direitos, legitimando todo sujeito que se encontre em tal situação, pela ausência de regulamentação de disposição constitucional, sendo o espírito da *injunction* avesso a que o legislador destinatário ou sujeito passivo da determinação constitucional - restrinja o âmbito de proteção do cidadão.

11. O que gera equívocos na doutrina, onde se parece olvidar a natureza da ação civil pública, deixando de estudá-la em sua relação com os demais remédios constitucionais. Desloca-se sua análise ao instante em que se introduz as funções essenciais ao Poder Judiciário. Assim, em Ceneviva, W., *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1989; Silva, J.A. da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 1990; Bastos, C.S.R., *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989. A questão se apresenta de gravidade intensa, uma vez que tais livros são empregados para a formação dos estudantes. A honrosa exceção, aqui, cabe ao professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que tratou, em seu *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, que não se deixou *seduzir* pela ordem de disposição escolhida pelo constituinte, vindo a tratar da ação civil pública no capítulo destinado aos remédios de direito constitucional: *"a ação civil pública, embora não-prevista no Título II da Constituição... alinha-se às demais garantias instrumentais dos direitos constitucionalmente deferidos ... Constitui, ao lado da ação popular, meio de defesa e proteção do interesse público"*. Os malefícios da opção do constituinte se revelam, de maneira ainda mais a se lamentar, nos manuais dedicados à população, em geral, *v.g.*: Cotrim, G.V., *Acorda Brasil - o que você deve saber sobre a Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1989.

Enfim, o *mandado de segurança coletivo* tem estabelecidas, no próprio texto constitucional, de maneira expressa, em face de sua *ratio essendi* particular, as pessoas legitimadas (*alíneas a* e *b* do inciso LXX cit.).

A ausência de referência à *ação civil pública* no art. 5º e a forma de sua introdução no art. 129 (dispositivo que complementa a definição do Ministério Público, posta no art. 127), contudo, abrem espaço à indagação de seus *fundamento*, *validade* e *eficácia*, enfim, a uma *hermenêutica crítica*, embasada no *princípio democrático*, qualificado, como aqui se fez observar, pelo *elemento representativo*, cuja *legitimidade* se circunscreve, com férrea necessidade, à *eleição*.

A Constituição parece querer indicar que o Ministério Público *representaria* - em primeiro lugar pela incumbência de defendê-los, e, em segundo lugar, por caber-lhe a promoção de sua proteção, por meio do *inquérito* e da *ação civil pública* - os *"interesses sociais e individuais indisponíveis"* (na redação do art. 127) ou o *"patrimônio público e social"* o *"meio ambiente"* e *"outros interesses difusos e coletivos"* (nos termos do inciso III do art. 129).

Tais dispositivos esboçam, desde logo, ao intérprete, a imagem da tentativa de *assimilação* entre a *instituição* que se deseja *permanente* - e os *interesses* - alçados à *indisponibilidade*.

Essa *assimilação*, a toda evidência, consagra-se na *representação*.

A norma fixa um caso de *representação* pela via do *processo*, que se diz *legitimação*.

Indaga-se, porém, se a tal *legitimação*, de origem constitucional, corresponde, no *plano material*, a *legitimidade*, cuja exigência também se estabelece na *Constituição*, em *norma* ou *princípio* de hierarquia superior, por dizer respeito à própria *conformação* das instituições que se desejam *representativas*, ao receberem o cometimento de funções oriundas da *soberania*.[12]

12. A unidade da Constituição, fizemos observar, estabelece-se como unidade hierárquico-normativa, na feliz expressão do professor Gomes Canotilho. Como bem salienta, todavia, *"sendo a Constituição uma estrutura de tensão e não se podendo transformar uma lei constitucional em 'código' exaustivo da vida política, o princípio da unidade da Constituição é igualmente um princípio de interpretação"* (ob. cit.). Daí a necessidade de se construir, com base em metódica tipologia dos princípios e das normas, a estrutura sistêmica constitucional: que indique a superação dos conflitos e tensões pelo estabelecimento da correta hermenêutica, adequando as normas aos princípios, sempre imanentes, que as conformam de maneira normativa e exegética. Neste sentido, os princípios se beneficiam de *"uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular ... carecem de uma mediação semântica mais intensa, dado a sua 'idoneidade normativa irradiante' ser, em geral, acompanhada por uma menor densidade concretizadora (por e.: o princípio democrático pode ser esgrimido como*

A Constituição, ao consagrar a *representação política*, como forma principal do exercício do poder político, diz-nos o professor Gomes Canotilho,[13] *"já aponta para a inadmissibilidade do modelo puro e simples da 'democracia identitária'. O postulado da identidade (entre governantes e governados) anda historicamente associado à sua própria subversão, ou seja, a pretensas identidades histórico-espirituais entre 'povos' e 'Führers', expressas através de plebiscitos ou decisões aclamatórias"*. Mostra-se refratária a *"qualquer adesão a um decisionismo identitário, místico e existencial ... A representação, constitucionalmente consagrada, é um processo normativo e não uma manifestação existencial"*.

Com efeito, se a sociedade é fragmentária dividida por um sem-número de razões, de ordem social, econômica, cultural, etc., [14] que se refletem e realizam também no nível político a *Constituição* não poderia, fechando os olhos para a *realidade*, pretender dissolver as *diferenças* na construção de uma *identidade* artificial. Sob pena de, desconsiderando o *princípio democrático*, consagrar seu antípoda: o regime *totalitário*, único que se permite, por meio de normas vagas,

---

princípio de interpretação, mas, em geral, ele está concretizado noutras normas da Constituição)". Daí a classificação que o constitucionalista oferece: princípios jurídicos fundamentais; princípios políticos constitucionalmente conformadores; princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Aqui, o princípio democrático desponta - pela objetivação histórica - como cerne político de uma constituição política, sua imposição fixando a maior garantia da permanência de uma consciência jurídica construtiva, voltada à recuperação da capacidade política original.

13. Ob. cit.

14. A respeito, cite-se insuspeito sociólogo: *"as chances de vida nunca são igualmente distribuídas. Não conhecemos nenhuma sociedade na qual todos os homens, mulheres e crianças tenham as mesmas prerrogativas e gozem dos mesmos provimentos. Não conhecemos sequer uma em que todos tenham o mesmo status ... A sociedade é necessária porque pessoas diferentes têm de criar instituições comuns para sobreviver e melhorar de vida ... Não precisamos persistir na questão das desigualdades naturais entre os humanos aqui, a não ser para dizer que os interesses e motivações das pessoas diferem, e que, em todas as sociedades, encontraram maneiras de organizar estas diferenças sob formas que envolvem tanto coordenação quanto subordinação. A divisão do trabalho coordena diferentes tarefas para um efeito comum; a estratificação social subordina alguns a outros, ao aplicar uma escala de valores na qual alguns são posicionados abaixo de outros ... A distribuição desigual das chances de vida é um resultado das estruturas de poder ... A 'sociabilidade insociável' do homem é o ferrão que produz os antagonismos dos quais o progresso flui, incluindo mais chances de vida dentro de um contrato social aperfeiçoado. O poder gera não apenas a desigualdade mas, pelo mesmo motivo, conflito ... A origem do conflito de classe, então, é encontrada nas estruturas de poder, as quais não possuem mais a qualidade absoluta de hierarquia entrincheirada. O assunto do conflito de classe são as chances de vida. Mais precisamente, é a distribuição desigual das chances de vida ... Passamos progressivamente das desigualdades qualitativas para as desigualdades quantitativas..."* (Dahrendorf, R.; *Conflito social moderno*. Trad. Aguiar, R. & Rocha, M.A.E. da, São Paulo, Jorge Zahar/EDUSP, 1992).

declarar a *identidade* de interesses do *povo* (considerado em abstrato), *assimilando* as figuras dos *representantes* e *representados*.

A *norma constitucional*, em síntese, consubstanciada nos arts. 127 e 129, não pode ser considerada como uma adequação pura e simples *mística*, porquanto oriunda de uma mera enunciação normativa - entre o *dever* do órgão estatal (de defender, de proteger) e os *interesses* que enumera: indisponíveis, coletivos, difusos.

Mormente porque falece ao órgão *representante* a *legitimidade original* (art. 1º, parágrafo único, da Constituição). O órgão a quem incumbe a defesa e a proteção de tais interesses, representando-os em Juízo, está destituído do mandato político, necessário à consecução dos direitos políticos.

Daí o fato de ser recorrente, em ações, a alegação de *ilegitimidade* ativa do Ministério Público.

Alegação, entretanto, originária de uma confusão entre o direito processual - para o qual é bastante a *legitimação* abstrata e o direito material.

Este último designa o *cerne da ação*: é o próprio *objeto* de uma ação que se deseja *remédio constitucional*.

Está *legitimado* à *representação* material dos interesses que afirma defender?

Nos termos dos arts. 127 e 129, ou seja, no plano exclusivamente processual, a resposta parece afirmativa.

Entretanto, no plano material, parece faltar-lhe a *representação*, por *ilegitimidade*.

> *"L'élection est la base du modèle démocratique. Elle constitue un procédé de désignation des gouvernants opposé à l'hérédité, à la cooptation ou à la conquête violente, qui sont les moyens autocratique ... En pratique, le développement de l'élection s'est fait cependant de façon continue, par la logique même du système ... Les élections libres ainsi définies ont paru dangereuses à certaines époques ... Certaines théories ingénieuses de la représentation populaire ont donc été inventées, afin de limiter la portée des élections. Par ailleurs, le rôle des élections reste limité..."*

A *democracia*, na definição *moderna*, consoante bem expressa Maurice Duverger,[15] é o *regime em que os cidadãos governam por si mesmos ou por intermédio de governantes eleitos.*[16]

Qualquer elemento *autocrático* poderá levar a abalar a solidez democrática do sistema político, transformando-o, nas palavras do eminente cientista político e constitucionalista deste século, em uma *démi-democratie*.

Daí a existência do relógio da *legitimidade*.

A *legitimidade* é antiga questão posta ao debate da *política* e do *direito constitucional*.

Sua formulação mais radical talvez tenha sido dada no manuscrito que o jovem jurista La Boétie confiou a seu amigo Montaigne:[17] *"gostaria apenas de entender como pode ser que tantos homens, tantos burgos, tantas cidades, tantas nações suportam às vezes um tirano só, que tem apenas o poderio que eles lhe dão, que não tem o poder de prejudicá-los senão enquanto têm vontade de suportá-lo, que não poderia fazer-lhes mal algum senão quando preferem tolerá-lo a contradizê-lo"*, ao lamentar, *"com conhecimento de causa"*, ser um *"extremo infortúnio estar-se sujeito a um senhor, o qual nunca se pode se certificar de que seja bom, pois sempre está em seu poder ser mau quando quiser; e em ter vários senhores, quantos se tiver quantas vezes se é extremamente infeliz"*...[18]

A *legitimidade* corresponde à indagação da razão e da justificação da *submissão política*, considerada a sua investigação não mais no sentido, digamos, *revolucionário* laboétiano, senão no da *Herrschaftssoziologie* de Max Weber.[19]

Neste aspecto, acreditava o sociólogo alemão que nenhuma *forma de dominação* contentar-se-ía com a *obediência* *forma de submissão exterior pela razão, por oportunidade ou por respeito* - mas procuraria sempre despertar nos

---

15. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 16ª ed., Paris, PUF, 1980, v. 1°

16. *"un régime où citoyens gouvernent par eux-mêmes ou par l'intermédiaire de gouvernants élus"*.

17. *Le discours de la servitude volontaire*. (c. 1552).

18. Vício inominável da servitude: *"doncques quel monstre de vice est cecy, qui ne merite pas ancore le titre de couardise, qui ne trouve point de non asses vilain, que la nature desadvoue avoir fait, et la langue refuse de nonmer?"*

19. *Economia e Sociedade*. Trata-se a *sociologia política* de Weber de uma sociologia da dominação: *"a dominação está no âmago do político e que o agrupamento político é antes de mais nada um agrupamento de dominação"*, na glosa de Freund, J., *Sociologia de Max Weber*. Trad. Castro e Costa, J.C. de, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1980.

membros *"a fé em sua legitimidade, ou seja, transformar a disciplina em adesão à verdade que ela representa".*[20] Daí sua concepção dos três tipos de *legitimidade*, entre os quais nos interessa mais de perto o que refere a *dominação racional*: *"tem por fundamento a crença na validade dos regulamentos estabelecidos racionalmente e na legitimidade dos chefes designados nos termos da lei"*

As outras duas formas de *legitimidade*, *a contrario sensu*, acentuam o caráter da primeira: *"no caso da dominação* ***tradicional****, a autoridade não-pertence a um superior* ***escolhido pelos habitantes do país****... O que falta numa administração dessas é a* ***competência controlada*** *segundo critérios definidos...a hierarquia racional ... A dominação carismática constitui tipo excepcional de poder político porque deturpa os usos da vida política ordinária... Seu fundamento é quase emocional e não-racional"* [21]

Interpretando, de modo rígido e preciso, a concepção weberiana da *autoridade-legitimidade racional*, o professor Jürgen Habermas[22] salienta a necessidade do cumprimento de duas *condições* para o seu reconhecimento: *"(a) a ordem normativa precisa ser estabelecida positivamente; e (b) aquelas legalmente associadas precisam crer na sua legalidade, isto é, no processo correto formalmente para a criação e aplicação das leis".*

Portanto, a crença na *legalidade* não se *legitimiza per se*: *"o positivismo legal requer, em vez disto, um consenso geral, fundamentado numa orientação racional valorativa".*

Ou, de maneira mais contundente: *"a legalidade pode criar legitimação quando, e apenas quando, os fundamentos possam ser apresentados para mostrar que certos procedimentos formais obedeceram as pretensões materiais e empíricas sob certas condições institucionais limítrofes".* Para concluir: *"a maneira inquestionável, pela qual uma norma nasce, isto é, a forma legal de um procedimento, só garante, enquanto tal, que as autoridades providas pelo sistema político, e que são abastecidas com certas competências e reconhecidas enquanto tais trazem em si a responsabilidade da lei válida. Mas estas autoridades são parte*

---

20. Freund, J., ob. cit.

21. Ob. cit., aqui se grifou, para salientar os critérios eletivo e de controle da autoridade-legitimidade racional.

22. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. Trad. Chacon, V., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980.

de um sistema de autoridade, que precisa ser legitimado enquanto um todo, se a pura legalidade tiver de contar enquanto uma indicação de legitimidade. Num regime fascista, por exemplo, a forma legal dos atos administrativos pode ter, no máximo, uma função mascarante. Isto demonstra que só a forma legal técnica, a pura legalidade, não são aptas a garantir o reconhecimento, a longo prazo, se o sistema de autoridade não puder se legitimar independentemente da forma legal de exercer autoridade".[23]

A fórmula da *legitimidade*, em conclusão, não pode ser assumida como mero produto de *decisões*, *verbia gratia*, no raciocínio que admite uma prorrogação hermenêutica do conflito entre as normas constitucionais, assumindo a Constituição como um conjunto de fragmentos, a terem fundamento *per se id est*, apenas por fazer parte do texto legal.

O exemplo do fascismo é recorrente. Com razão, uma vez que o *decisionismo* deriva da teoria do jurista que veio a fundamentar as reformas constitucionais que levaram à hegemonia do *nacional-socialismo* na Alemanha, Carl Schmitt.[24]

De qualquer perspectiva, todavia, seguindo ainda aqui os conceitos de Weber, seja do ponto de vista da *racionalidade formal* do direito, seja de sua *racionalidade material*, para o nosso caso concreto, a *legitimidade* está condicionada pelo critério *constitucional* do *princípio democrático*.[25]

---

23. *Idem, ibidem.*

24. Cujo discípulo, neste passo, tem sido citado, sem cautela alguma, pelos juristas contemporâneos, como se estivesse sua teoria guardada de qualquer contaminação ideológica. Assim, na passagem de uma de suas obras: *"a positivação do direito significa que a validade legal legítima pode ser obtida, em qualquer conteúdo dado, para que isto se realize através de uma decisão que confere validade em relação à lei e a qual pode tomar dali a sua forma de validade. O Direito positivo é válido por causa de decisões"* (Luhmann, N., *Soziologische Aufklärung*, *apud* Habermas, J., ob. cit.).

25. Parece de extrema importância referir aqui um texto de 1979 do professor Fábio Konder Comparato, em que a intuição do ponto crucial da questão se revela: *"nos primórdios da República, entendeu-se de suprimir a ação popular, sob o pretexto de que o interesse público deve ser protegido judicialmente por iniciativa do Ministério Público, e não do particular. Foi um grave erro ... porque se ignorou a grande virtude desse tipo de ação de suscitar o empenho popular pela fiscalização direta do Poder Público, num país em que a sociedade civil sempre foi curatelada"* Mais à frente, sobre uma proposta esboçada de reformulação do Ministério Público: *"sugeriria que se começasse pela eleição popular do chefe do Ministério Público, tanto federal quanto estadual"* ("Segurança e Democracia" *in* Lamounier, B. *et al.*, *Direito, Cidadania e Participação*, São Paulo, T.A. Queiroz editor, 1981 - aqui se grifou).

> *"L'esperienmza contemporanea è testimone di un fenomeno chi sembrerebbe presentari momenti di aspra contraddizione. Da un latto, le istituzione de democrazia rappresentativa, espressione del pensiero giuridico liberale, appaiano scosse da una crisi da molti ritenuta irreversibile ... Dall'altro lato, emerge invece una domanda, intensa e consistente, di participazione popolare proprio a quelle strutture politiche, economiche e sociali di cui si riconosce crisi e insufficienza ... Il proprium della partecipazione sta nel conoscere e nel intervenire e quindi, anzitutto, nel prendere parte al momento decisionale, nel farsi da oggetti soggetti di decisione, da destinatari autore delle scelte. Nel partecipare però non c'è solo questo, perché il prendere parte, l'essere presente, responsabile sono azioni que non si esauriscono necessariamente nel momento decisionale, ma che possono benissimo realizzarsi in un momento successivo: così, il decidere è participare, ma anche il controllare lo è".*

Notável autor italiano estabeleceu séria restrição à atuação do Ministério Público na *representação* dos *interesses coletivos* e *difusos*.[26]

Os *interesses coletivos*, com efeito, constituem-se em um *tertium genus*, que vem a mediatizar a separação *moderna* entre o *público* e o *privado*, onde por *público*, explica-nos outro clássico,[27] *"entende-se aquilo que é reservado ao povo ou ao Estado"*, enquanto por *privado*, prossegue, *"compreende-se aquilo que pertence à livre disponibilidade do indivíduo que dele é 'titular'"*.

---

26. Vigoriti, V., *Interessi Collettivi e Processo - la legitimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979: os integrantes do Ministério Público sentir-se-íam, antes de tudo *"penalisti e tendono quindi a considerare le questioni civili di cui devono occuparsi (obbiettivamente, in genere poco stimolanti) come marginali e secondarie nei confornti di quelle penali ... La presenza del pubblico ministero nel processo civile è espresione di quel modo, superato, di concepire gli interessi e la loro tutela che, per classica rappresentazione, fa coninciare lo Stato laddove finisce l'individuo"*.

27. Cappelletti, M., "Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil". *in Revista de Processo* 5/128-159. Trad. Campos, N.R.P.R. de

Desta distinção *tradicional*, resulta o entendimento do processo civil, em regra, como envolvido por *relações privadas*, de cunho individual, estando, ao contrário, o processo penal imbuído do *interesse público*.

É, pois, exatamente no processo penal que toma relevo a função do Ministério Público, assim como, excepcionalmente, no processo civil, quando nele se reconhece um *elemento público*, quando vem a estar legitimado a agir ou a intervir, *"enquanto representante do Estado, que é 'titular' do direito público"*

A intervenção do *parquet*, portanto, está historicamente implicada nesta *summa divisio*, nesta *might cleavage*,[28] *"irreparavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais 'sofisticada'"*, explicita o professor Cappelletti.

O advento dos *interesses coletivos* destrói o *antigo ideal da iniciativa processual monopolística centralizada* nas mãos de um *único sujeito* - seja o indivíduo, seja o órgão encarregado de tutelar aqueles *interesses*.[29]

Coube a um expoente do *parquet* anunciar a inabilitação do órgão a *representar uma classe, um grupo de cidadãos ou de interesses*.[30]

---

28. Observe-se que, até o advento da Constituição de 1988, a função do Ministério Público estava ligada ao Poder Executivo (art. 94 e ss. da Emenda Constitucional n. 1 de 1969). A Constituição de 1891 (§ 2º do art. 58), a rigor, é a única em que se pode considerar a ligação, pela origem do Procurador Geral, entre o Ministério Público e o Poder Judiciário. Isto porque, malgrado a inserção da regulação do órgão no capítulo reservado ao Judiciário, nas Constituições de 1937 (art. 99 e ss.), 1946 (art. 125 e ss.) e 1967 (art. 137 e ss.), a sua índole executiva permanece. Na Constituição de 1934, o Ministério Público aparece entre os *órgãos de cooperação nas actividades governamentaes* (art. 95 e ss.). Observar-se-á, afinal, que a atual Constituição prevê a nomeação do Procurador Geral da República se perfaz por ato complexo: escolha do Presidente da República e aprovação do Senado Federal, sendo que deverá recair dentre os integrantes da carreira. O Procurador Geral da República é considerado o chefe do Ministério Público da União. No Estado de São Paulo, a nomeação se dá pelo Governador, que escolhe, discricionariamente, um dos indicados em lista tríplice estabelecida pelo próprio órgão, na forma da lei complementar (art. 94 da Constituição Estadual).

29. O mesmo processualista observa que, *"já sob o anterior regime corporativo, diversas entidades eram oficialmente legitimadas a fazer-se representar - e talvez representantes exclusivos, como também na França sob o regime de Vichy ... Mas o fenômeno não escapava da rígida regra dicotômica por nós indicada. Tratava-se do fato de entidade de Direito Público (se não exatamente de órgão do Estado); eram, em suma, nada mais que a longa manus do Estado, e a representação de sua parte nos interesses de categoria não escapava ao aut aut público-privado. A única diferença era constituída pelo fato de que, mesmo que fosse confiada ao órgão a tutela geral dos interesses públicos o Ministério Público - a tutela daqueles interesses era confiada a órgãos especiais, uma espécie de Ministério Público especial ou especializado"*

30. Jegu, J., "Le rôle du Ministère Public dans le Procès Civil" *in* IX Congresso Internacional de Direito Comparado *apud* Cappelletti, M., ob. cit. O autor foi Prodorador Geral de Lyon.

O professor Cappelletti ainda refere o caráter *hierárquico e de carreira* da instituição, entendendo a impossibilidade de florescimento em seu seio de saudável *"forma de pluralismo"*. Lamenta a especialização *jurídica* dos seus membros, quando a representação e defesa dos interesses coletivos *"implicariam conhecimento altamente especializado em matéria contábil, urbanística, ecológica, química e assim por diante*. E conclui: *"a segunda solução aquela de confiar a defesa dos interesses coletivos ao Ministério Público (ou por outra análoga 'parte pública'...) está demonstrada de todo inadequada"*.

A questão da *legitimação*, no entanto, resolve-se com maior acerto e segurança quando se a vincula à própria *essência*[31] dos *interesses coletivos: interesses que constituem a verdadeira razão de ser das formações sociais*.

Tendo o *Estado* tomado para si o monopólio da *capacidade jurídico-política*, que veio a denominar de *soberania*, com o advento da *modernidade*, buscando, paulatinamente, destruir qualquer *corpo* que a reivindicasse ou *ente* que desejasse recuperá-la, é natural que, ao *institucionalizar* os reclamos pela *juridicização* dos *interesses difusos* e *coletivos*, resguarda-se seu controle sobre o *renascimento*, a *emergência* dos *corpos intermediários*.[32]

A desconfiança desses tipos de organização parece ter-se eternizado: a *Constituição*, observe-se, não hesita em conceder ao Ministério Público a *legitimação* e a Lei n. 7.347, de maneira até certo ponto similar, fala com naturalidade deste mesmo órgão, de entidades da Administração direta e indireta, somente se recordando de impor *condições* quando alude às *associações*... Isto em um país de carência tradicional de *representatividade*, de *legitimidade*.

---

31. O eminente professor italiano sublinha, aliás: *"a interpretação do jurista deve esforçar-se por ser sobretudo una realística adaequatio intellectus ad rem, ao invés de uma absurda adaequatio rei ad ad intellectum"*.

32. O professor Cappelletti cita, com propriedade o seguinte excerto do trabalho de Max Rheinstein ("The family and the law" *in International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Chloros, 1974): *"com o iluminismo do século XVIII, a visão individualística da sociedade começou a prevalecer. Na Revolução Francesa, a nova ideologia torna-se oficial. A nação deveria ser une et indivisible. O Estado era, enfim, claramente concebido como composto de cidadãos, enquanto os grupos intermediários foram varridos; a mesma municipalidade transformou-se em mera subdivisão do governo estatal. Apenas um grupo intermediário entre o Estado e os cidadãos foi deixado intacto: a família"* Ainda, esta passagem de De Soto, J. ("L'individualisme dans la Jurisprudence du Conseil d'État" *in Mélanges offerts à Marcel Waline, Le Juge et le Droit Public*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence): *"traditionellement le Droit français regarde les groupements avec méfiance: la vieille exécration de Rousseau à l'egard des corps intermédiaires qui troublent les rapports entre le Souverain et les citoyens et empêchent la formation de la volonté générale s'allie à la peur de l'État de voir les groupements concurrencer ses activités et créer des féodalités nouvelles"*

Sabemos que a *legitimação*, no interior do *processo*, não passa de uma *aparência*, que visa a solucionar a dicotomia entre a *titularidade real do direito questionado e a sua simples alegação*, própria da concepção da *ação* dissociada do *direito* material: *"realmente, considerada a simples afirmação de titularidade do direito questionado, ou de titularidade de situação legitimante ensejadora de inserção, em nome próprio, em lide alheia como suficiente para a legitimidade do autor, se esta alegação não corresponder à realidade, propiciando inobstante, a apreciação do mérito, pelo menos ensejará o surgimento de uma situação aparente, que, embora incompatível com a realidade extra-autos, produz efeitos jurídico-processuais"*.[33]

A legitimação consiste, para o brilhante processualista pátrio, *"como condição de exercício regular da ação,* [em] *uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide sib iudice"*. correspondente *processual* da *legitimidade* conhecida da *teoria geral do direito*: *"uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e exigível ... Essa qualidade resulta de uma situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato, a qual o direito reconhece efeitos jurígenos"*.[34] As características básicas do instituto seriam: *"a) a idoneidade jurídica do sujeito, como uma atribuição do sistema, normalmente sem caráter declaratório; b) a necessária vinculação entre essa qualidade e o objeto do ato, com implicações recíprocas indissociáveis; c) o caráter de anterioridade ou contemporaneidade da idoneidade em face do ato a ser praticado, ou das conseqüências a serem suportadas, o que lhe assegura a categoria de pressuposto destes; d) a emergência da qualidade em tela de uma titularidade de relação jurídica, simultânea e qualificante da relação resultante do ato praticado, ou, ainda, de uma situação de fato à qual o sistema jurídico, por razões relevantes de segurança jurídica e tutela à boa-fé, outorga efeitos jurígenos; e) finalmente, a correlação entre legitimidade e eficácia de ato jurídico, com ênfase à característica específica daquela no sentido de assegurar a plenitude dos efeitos deste, no que dependa da legitimidade como pressuposto do ato"*.[35]

33. Armelim, D., *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

34. *Id.*, *ibid.* O autor prefere sempre o termo *legitimidade* a *legitimação* (v. p. 12).

35. *Id.*, *ibid.*

A titularidade do *interesse coletivo* e do *interesse difuso* (como *categorias* de relevância extrema na *configuração jurídico-política* da *sociedade*) pertence à *sociedade* mesma ou a seus *corpos intermediários*, em face do *pluralismo* essencial à *convivência democrática*, sendo de todo desaconselhável que o *Estado* venha a pretender *unificar* as *vontades*, tornar sua *representação indivisível*.

Destarte, a previsão *constitucional* subalterna - do ponto de vista *exegético* e *construtivo* -, no mínimo, deve ser aplicada da forma a mais estrita possível, por negar a estipulação *constitucional* superior do *princípio democrático*.

Deve-se mesmo indagar da possibilidade *jurídica*, em face da *legitimidade*, de se prorrogarem as criações de órgãos públicos de tutela dos *interesses coletivos* e *difusos*.

> *"Dans le anciennes Républiques et même dans les monarchies, jamais le peuple n'eut de réprésentants; on ne conçoit pas ce mot-là. Il l'est très singulier qu'à Rome où les Tribuns étoient si sacrés on n'ait pas même imaginé qu'ils pussent usurper les fonctions du peuple, et qu'au milieu d'une si grande multitude, ils n'aient jamais tenter de passer de leur chef un seul Plebiscite ... Où le droit et la liberté sont toutes choses, les incovéniens ne sont rien. Chez ce cage peuple tout étoit mis à juste mésure: il laissoit faire à ses Licteurs ce que ses Tribuns n'eussent osé faire; il ne craignoit pas que ses Licteurs voulussent le réprésenter"*

É evidente que não se resgatará, hoje, em sua radicalidade, o *elogio* do pensador do *Contrato Social* à *democracia direta*.

Entretanto, não se deve fazer *ouvidos de mercador* às críticas ao *sistema representativo*, mormente à reivindicação de um necessário *controle* sobre suas *instituições*.[36]

Da perspectiva, pois, da *representação* contemporânea, obrigatoriamente estendida a todos os modos de *manifestação* do *poder*,[37] o

36. Que, como vimos, a *Constituição* atual coroa.

37. Veja-se a elogiável amplitude do comentário de ilustre jurista José Celso de Mello Filho, ora pontificando no colendo Supremo Tribunal Federal, já a Constituição anterior: *"a origem popular do poder acha-se consagrada no parágrafo primeiro do artigo primeiro, que institui o sistema de*

princípio democrático prolonga suas amarras, abarcando também as *funções* de *controle*.

A *representação* implica, em sua concepção *moderna*, a conjugação de uma ausência e de uma presença: o *substituto* se *apresenta*, como *imagem mnêmica* do *substituído*. Ao se *revelar*, o *representante* oferece a *imagem* daquele que visa a *representar*. Aquele faz *presente* o *representado*.

Mais, o *representante* pretende *querer* em nome do *representado*: o *signo* da *identidade suplementa* a *alteridade*.

A representação desencadeia uma *operação mental complexa* e *perigosa*.

Complexa porque impõe a *superação* da distância entre dois termos absolutamente antagônicos.

Perigosa por *determinar* na mente social a *idéia* da *substituição* da *vontade*, tendendo a uma *assimilação* inverídica - do ponto de vista real e de conhecimento e inaceitável - da perspectiva democrática.

Não é, portanto, à toa, que o conceito de *representação* também diz *encobrimento*, *dissimulação*, *encenação*.

A *legitimidade jurídica* serve como medida de *controle* e *limite* da potencialidade *totalitária* da *representação*.

Ao impor o *consentimento*, pelo *sufrágio universal*, o constituinte coibiu qualquer tentativa de *exercício* de atividade de *representação* sem *consenso*, bem como impediu a *permanência* do *exercício* do *poder*, sem *alternância*, sem a atenção ao *pluralismo*.[38]

---

democracia representativa. O povo (conjunto das pessoas físicas dotadas dos atributos da cidadania) é a fonte do poder político. O poder é exercido em nome do povo, pelos representantes por ele investidos no desempenho de um mandato ... O exercício consentido do poder representa o sinal mais expressivo da prática legítima das instituições estatais. O consenso dos governados reveste-se de absoluta essencialidade para legitimar qualquer ordem jurídica e política. Na realidade, o consentimento dos destinatários do poder constitui, em si mesmo, o próprio fundamento da legitimidade. Sem esta, o poder se reduz à força e à mera capacidade de impor e de executar decisões" (*Constituição Federal Anotada*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986).

38. *"Le pluralisme n'est donc pas simplement une manière nouvelle d'affirmer la liberté d'opinion ou de croyance. C'est un système qui enracine cette liberté dans la strucutre sociale ... Au lieu de retrancher l'individu de la societé pour qu'apparaisse as liberté, le pluralisme l'insère dans son contexte social, seul capable de lui assurer une liberté réelle"* (Burdeau, G., *Traité de Science Politique*, Paris, 1973, v. 7º).

Todo o *exercício* do *poder* é *temporário* (*"todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos"*) e limitado pela *cidadania* (art. 1º inciso II), manifestada de maneira *plural* (inc. V do mesmo dispositivo).

Na expressão de minuciosa monografia, *"ao ser quebrada a homogeneidade de interesses de que a sociedade liberal se fizera portadora...assiste-se, gradualmente, a um processo de (re)politização da sociedade civil e, por arrastamento, a um progressivo desmoronamento das barreiras outrora apostas na relação indivíduo-Estado. É essa expansão em sentido qualitativo (não-apenas quantitativo) da estrutura do espaço público que acaba por atirar para a ordem do dia a questão fulcral do pluralismo. Este, no essencial, chama a atenção do jurista para a existência na realidade normada de um complexo de instituições associações ou organizações de pessoas ou de interesses -, como corpos autônomos e voluntários, que se interpõem (:mediatizam) na relação indivíduo-Estado: os grupos pluralistas ... Mas a aceitação da dimensão plural da sociedade significa, ainda, o reconhecimento na realidade normada da existência de uma pluralidade e heterogeneidade de interesses e de valores de que os grupos pluralistas se apresentam objetivamente como os portadores. Expressa, por conseguinte, seja qual for a sua feição, política, econômica, social, cultural ou religiosa, o repúdio por todas as formas autocráticas e totalitárias de exercício do poder. A bom droit, o pluralismo repele todas as formas compulsórias e coercitivas de integração e a fortiori de pretensa identificação entre o indivíduo e o Estado"*.[39]

Nestes termos, a *realidade normada* não permite a *representação* perenizada de *interesses sociais*, muito menos autoriza a concepção de *interesses permanentes* supra-sociais, inalcançáveis pelo debate *democrático*, pelos *conflitos* e *consensos* da *pluralidade*.

Se tal *pluralismo* qualificador da *representação* se encontra presente no instante da tomada das *decisões - legais* e *administrativas* - até por maior razão deverá atuar no momento da *fiscalização* da conformidade dessas decisões ao *consenso*, à *vontade* da *sociedade* expressa por *representantes legitimados* pela *escolha* popular.

Disso sabem os norte-americanos, pelo menos desde 1938, como faz recordar o preciso Professor Titular da Universidad Central de Barcelona: *"una concepción habitual de la representación política es la que concibe como*

39. Queiroz, C.M.M., *Os actos políticos no Estado de Direito*, Coimbra, 1990.

transferencia de poder de decisión a unos representantes...Esta sería una concepción restrictiva de representación. Un concepto de representación muy diferente del anterior es el que se deriva de una consideración que se planteó el Tribunal Supremo norteamericano en una nota a pie de página de una sentencia de 1938: si las leyes que restringuen 'aquellos proceso que ordinariamente se espera que produzcan la derogación de la legislación indeseada' debían ser sometidas a un test de constitucionalidad más estricto que las demás. Esta nota a pie de página tuvo enorme trascendencia en la doctrina constitucionalista posterior ... De acuerdo con la concepción implícita en esta sentencia, el proceso de representación política no acabaría com la delegación a los representantes de la facultad de decidir. Tendria también el sentido de un control crítico posterior de la actividad de eses representantes. La participación no terminaría en el momento de depositar el voto, sino que derechos como la libertad de expresión, de asociación o de manifestación estarían situados en un nível de importancia similar al del sufragio. Este tipo de derechos serían mecanismos participativos suscetibles de producir la derogación de la legislación indeseada ... La concepción abierta considera los procedimientos juridicamente establecidos como instrumentos al servicio de un fin: la transferencia de la voluntad política mayoritaria a las instituciones estatales. Los resultados de estos procedimientos deben ser suscetibles de ser sometidos a crítica ... Esta concepción...valora los mecanismos reales desde el ideal de un proceso de formación de voluntad abierto y pluralista en el que el pueblo no sólo aparece como un cuerpo electoral unitario, sino también en la forma de partidos, movimientos, iniciativas ciudadanas, etc. Y es sensible al hecho de que los actores se encuentran en posiciones desiguales. El resultado de este proceso puede ser integrador o no serlo; pero en cualquier caso, la integración no debe conseguirse por el procedimiento de la represión autoritaria de la disidencia".[40]

> *"Temos, para nós, essas verdades como evidentes por si próprias: que todos os homens são criados iguais e dotados pelo seu criador de direitos (inerentes e) inalienáveis; que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade; que para assegurar tais direitos são isntituidos governos entre os homens, os quais*

40. Estevez Araujo, J.A., "Desobediencia civil y representación política" *in Información y debate*, Madrid, 14/15-17, 1991.

> *derivam seus poderes justos do consentimento dos governados ...Desejo, com sincero zelo, uma preservação inviolável da nossa atual Constituição federal, de acordo com o verdadeiro sentido com que ela foi adotada, ou seja, no sentido que foi advogado pelos seus amigos e não pelo que seus inimigos depreenderam, tornando-se, em conseqüência seus inimigos. Oponho-me a que se monarquizem os seus lineamentos pelas formas de sua administração ... acabando assim com o princípio eletivo ... Acreditamos...que o homem era um animal racional, dotado pela natureza de direitos e com um sentimento inato de justiça; e que ele poderia ser reprimido das ações errôneas e protegido nas ações diretas por poderes moderados, confiados a pessoas de sua própria escolha, e observar os seus deveres pela dependência de sua própria vontade".*

O *eremita* do *Monticello* deixou gravadas as, talvez, mais belas páginas de defesa da *democracia* e das *liberdades públicas*, no papel que a história lhe reservou de, ao lado de seus compatriotas, fundar o regime de um país independente, composto de homens que se compreendiam livres.

Afirmava, mesmo na condição de mais alto *magistrado* do Estado, sua crença na *difusão* do *poder*: *"não é, porém, pela consolidação ou concentração de poderes, mas pela sua distribuição, que se efetiva o bom governo. Se esse grande país ainda não estivesse dividido em Estados, essa divisão deveria ser feita, a fim de que cada um pudesse fazer por si mesmo tudo que lhe diz respeito diretamente, e o que ele pode fazer muito melhor do que qualquer autoridade distante. Cada Estado está, por sua vez, dividido em distritos, que devem cuidar do que se encontra dentro de seus limites locais; cada distrito se divide, ainda, em termos ou vilas, para a direção dos menores detalhes; e cada termo em fazendas que são governadas pelo seu proprietário individual. Se nos deixássemos guiar por Washington quanto à ocasião de semear e à ocasião de proceder à colheita, em breve careceríamos de pão. É por meio dessa repartição de cuidados, que desce, gradativamente, do geral*

ao particular, que a massa de negócios humanos pode ser melhor dirigida, para o bem e a prosperidade de todos".[41]

A Constituição americana, iluminada por seus comentários elaborados na lida incessante de busca de *construção* da nação serviram, no embate das idéias, para forjar o pensamento de uma verdadeira *civilização.*

O termo *civilização*, narra-nos Émile Benveniste,[42] foi pela primeira vez empregado e definido pelo marquês de Mirabeau, na seguinte passagem de texto de 1757: dir-se-á que *"a civilização é a suavização dos seus costumes, a urbanidade, a polidez e os conhecimentos, difundidos de maneira que as conveniências sejam observadas e tenham o valor de leis avulsas; tudo isso não me apresenta senão a máscara da virtude e não o seu rosto, e a civilização não faz nada para a sociedade se esta não lhe dá o fundo e a forma da virtude".*

A *civilização*, pois, como virtude social, não se compreende na *aparência* do bom governo, das boas leis, das boas atitudes. Consagra-se na realidade (não da *conveniência* de obedecer, mas) da *convicção* de que as leis e os atos que são cumpridos resultam da *concessão* do governo aos que se submetem aos termos e limites do *consentimento* dos governados.

Nos três termos finais grifados encontra-se o *espírito* da *representação* e da *legitimidade*, que têm a ver com a *origem* do *poder* e com o *controle* de seu exercício.

Postas tais premissas, passo a analisar o aspecto referente à própria legitimação para agir do Ministério Público.

Em seu âmbito, como fizemos notar, pergunta-se da qualificação do autor que o torne hábil a receber uma decisão de mérito.

Deve-se, *in casu*, interpretar a norma constitucional também de maneira estrita.

Os arts. 127 e 129, e seus incisos, estabelecem dispositivos de natureza meramente processual e, neste sentido, as hipóteses ali previstas não podem ser estendidas, sob pena de negar vigência ao princípio democrático e aos direitos fundamentais.

41. Jefferson, Th., *O pensamento vivo de...* Trad. Rodrigues. L.B., Martins, s.d.

42. *Problemas de Lingüística Geral.* Trad. Novak, M. da G. & Neri, L., São Paulo, Cia Ed. Nacional/EDUSP, 1976.

Admite-se, em síntese, a legitimação entendida como dissociada de sua discutível legitimidade material também para evitar qualquer cerceamento de exercício de direitos, em abstrato.

A primeira indagação, contudo, de mérito, em se tratando de questão atinente ao direito político, é a da *adequada representação*[43] dos interesses coletivos.

Como vimos, tal representação inexiste senão em restritos termos da abstração processual, muito menos se mostra adequada.

Explicitemos o argumento, ainda uma vez.

Neste passo, vamos nos socorrer de dois eminentes processualistas, que têm se notabilizado na pesquisa da efetividade da tutela do direito e da instrumentalidade do processo.[44]

É evidente que todo libelo de defesa da Constituição lança raízes na história jurídico-política norte-americana. Mais precisamente, no texto de dois eminentes juristas.

O primeiro deles, cuja originalidade deve ser saudada, ao comentar a Constituição americana,[45] no que diz respeito à instituição do Poder Judiciário, fixou-lhe o dever de *baluarte* da Lei Fundamental, nos seguintes termos: *"a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites de suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos Juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição ... Mas não se segue daí que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que* ***o povo é superior a ambos*** *e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras,* ***que as suas decisões devem***

43. O termo é grafado por Cappelletti, M. & Garth, B., *Acesso à Justiça*. Trad. Northefleet, E.G., PA., S.A.Fabris, 1988.

44. Referimo-nos a Dinamarco, C.R., *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987; e a Watanabe, K., *Da cognição no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

45. Trata-se de Alexander Hamilton, nos *Federalist Papers*, conjunto de textos que incluem a contribuição, também, de James Madison e John Jay.

conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que o não são".[46]

Em atenção a tão-elevado dever, o nosso segundo jurista, o precursor *Justice* Marshall estabeleceu, em decisão sempre citada,[47] o controle de constitucionalidade: *"parece apenas necessário reconhecer certos princípios ... que o povo tem um Direito originário de estabelecer, para seu futuro governo, tais princípios que, em sua opinião, provavelmente melhor conduzirão à sua felicidade, é a base sobre a qual toda a estrutura americana tem sido erigida. O exercício deste Direito original demanda um enorme esforço ... Os princípios, portanto, assim estabelecidos, são considerados fundamentais ... Qual o propósito de serem os poderes limitados e aqueles limites consignados por escrito, se puderem, a qualquer tempo, ser ultrapassados por limites considerados como estritos? ... É da competência especial, bem como o dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma ... A Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever judiciário".*

Ora, aqui, somente se está a levar tão-nobre função às suas conseqüências naturais, devolvê-la ao seu berço original.

A *legitimidade* é dogma constitucional derivado do *princípio democrático.*

Destarte, comenta o Professor Titular do Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:[48] *"a visão exterior do sistema processual torna particularmente perceptível a imperiosa necessidade do exercício da jurisdição segundo regras e princípios que correspondam a padrões compatíveis com a cultura contemporânea. Os valores vigentes no espírito das nações, hoje cada vez mais propensos à universalização, exercem poderoso tropismo sobre o sistema, determinando sua convergência a certas idéias fundamentais, que são os princípios instalados nas Constituições e revelados pelo trabalho dos juízes e doutrinadores; o empenho dos processual-constitucionalistas no sentido da*

46. Aqui se grifou.

47. *Marbury v. Madison*, de 1803.

48. Dinamarco, C.R., ob. cit.

aproximação sempre maior entre processo e Constituição concorre de modo eficaz para a tomada de consciência desses valores e da medida e sentido da influência que exercem sobre o sistema processual, uma vez que, por destinação institucional, as cartas políticas abrigam em primeiro plano a consagração dos valores fundamentais da nacionalidade. A compatibilidade do sistema processual com essa realidade axiológica é o primeiro e mais importante fator de sua legitimidade"

E prossegue: *"enquanto se pensasse somente na observância dos ditames constitucionais como exigências positivadas em patamar hierarquicamente superior às leis estruturadoras do sistema processual, ter-se-ia uma acanhada e frágil visão legalista do problema, própria do positivismo jurídico, restrita às dimensões do direito e carente de raízes profundas. A compatibilidade constitucional do sistema, assim, é forte indicador de sua legitimidade, mas não é em si mesma fator de legitimação, tanto quanto legitimidade não se reduz a legalidade"*. sublinhando: *"aliás, para a própria descoberta do significado substancial dos dispositivos a permanente referência ao complexo axiológico da sociedade, neles espelhado (nem é de hoje a busca da legitimidade do poder em sua base popular:* ***populus imperium et potestatem conferat****)"*

De dois modos se busca concretizar, lembra-nos o professor doutor Kazuo Watanabe, tanto a efetivação da ordem constitucional quanto a *efetividade da tutela do direito*:[49] *"uma dessas perspectivas é a de direito material. Os processualistas dessa tendência procuram desenvolver o estudo do direito subjetivo, da pretensão de direito material e da ação de direito material, conduzindo à conclusão de que, no plano processual, a cada ação de direito material corresponde, de ordinário, 'ação' de direito processual e uma pretensão processual ... a pretensão estaria perfeitamente ajustada à peculiaridade e à exigência da pretensão material ... A outra perspectiva é a de direito processual. Procuram os processualistas dessa tendência...aprofundar os estudos dos vários institutos e técnicas processuais e por esse método de pensamento buscar a melhor tutela dos direitos através do processo ... Ambas as perspectivas são igualmente relevantes. Devem mesmo constituir-se num método de pensamento unitário, de modo que se atinja, pelos esforços concêntricos partidos de ambos os pólos, o objetivo comum, que é o de tutela efetiva de todos os direitos. Se de um lado há exigências próprias*

49. Ob. cit.

do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual"

E arremata: *"o ponto de confluência das duas correntes é alcançado pela pesquisa dos aspectos constitucionais do processo civil ... Ainda a considerar a dimensão 'constitucional' do direito e da justiça, que constitui uma das características das tendências evolutivas dos ordenamentos jurídicos contemporâneos"*, citando os professores Cappelletti e Garth: dimensão que se traduz *"nella reicerca di taluni valori fondamentali che molti ordinamenti moderni hanno affermato com norme aventi forza di lex superior, vincolante anche per il legislatore (ordinario), spesso imponendone il rispetto mediante forme e meccanismi speciali giurisdizionali"*

Enfim, nosso *regime democrático* consagra a *soberania popular*: a *origem* e a *fonte* do *poder* são e estão no *povo*. Seu *exercício* é *deferido* a *representantes* se e somente na condição de serem *eleitos*.

Sem tal *qualificação constitucional*, não-há *representação*.

Ou, o que é dizer o mesmo, a *representação* não é adequada sem *legitimidade*.

2. A questão, pois, do *princípio democrático* aplicada à *representação* dos *interesses coletivos* e *difusos*, consoante analisada até aqui, está a apontar os equívocos - seja da previsão constitucional, seja da doutrina em restringir sua análise à perspectiva meramente processual, o que vem a comprometer o próprio exercício de direitos públicos consagrados: malefício, pois, à democracia.

Como aqui se estabeleceu, o *exercício da tutela dos interesses coletivos e difusos se apresenta como manifestação ou atributo societal e nunca estatal*: da sociedade pelos instrumentos de estruturação e funcionalização do *modo de ser social* evidentemente em seus *aspectos consensual* e *conflitual*,[50] com vistas à ocupação de novos *espaços públicos* ou *recuperação de sua capacidade jurídico-política*.

É evidente, pois, que um órgão do Estado, que desempenhe funções de sua defesa ou próprias deste ente, não pode desejar *legitimamente* desincumbir-se da tutela dos *interesses societais*,[51] a não ser no seio de uma tradição que conforme

50. Em uma palavra, pluralisticamente garantido.

51. Vamos, a partir de agora, guardar esta categoria de síntese.

uma reivindicação - nitidamente *corporativista* (*estatal*, como a nossa), em que o Estado, dizendo tutelar, em verdade procura controlar.

A partir, pois, dessas premissas, passo a criticar o *estatuto* pretendido pelo Ministério Público.

3. A. A Constituição

O *título IV* da Constituição Federal refere a *organização dos poderes*.

O *capítulo IV*, sob a rubrica *das funções essenciais à Justiça*, estabelece os lineamentos do Estatuto do Ministério Público, em sua *seção I*, nos arts. 127 a 130, inclusive.

Definido como *instituição permanente* voltada *à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

Tal instituição possui um *chefe*, denominado *Procurador-Geral da República*, no âmbito federal e *Procurador-Geral*, nos Estados e Distrito Federal.

A escolha do *chefe* se dá sempre dentre os *integrantes da carreira*, sendo sua nomeação um ato complexo: na esfera federal, *por indicação do Presidente da República*, após aprovação pelo Senado Federal; no estadual, por *escolha* do *Governador* de um dos nomes da lista tríplice, cujos *Ministérios Públicos formarão*.

A idéia de um *chefe* já contradiz o *princípio* da *independência funcional*.

Ocorre, contudo, que a ênfase dos princípios põe-se nas idéias, a rigor reduzíveis uma à outra, da *unidade* e da *indivisibilidade*.

Observe-se, ainda, que a *iniciativa* da *lei* que *organiza*, prevê as *atribuições* e estabelece o *estatuto* da instituição a sua *lei orgânica* - pertence a tal *chefe*.

Mesmo se admitirmos que, em alguns casos, o *Procurador-Geral* venha a solicitar contribuições dos demais *membros* da carreira à sua proposta, nada disto retirará o caráter *corporativista estatal* deste modo de conceber o Ministério Público, aliás corroborado pela forma prescrita de ingresso na carreira, em que, do *concurso público*, organizado pela própria *instituição*, a partir de seu *chefe*, só se assegura a *participação* de outra *corporação*: a *Ordem dos Advogados do Brasil*.

Se o órgão, na estipulação constitucional, somente exercesse funções próprias do Estado, ainda poderíamos admitir se bem que a concessão já se mostra demasiado larga a absoluta exclusão da participação, sequer o controle popular.

Entretanto, houve por bem desejar o *constituinte* neste interessante amálgama de contribuições sociais díspares a configurar nossa *Charta* que o Ministério Público também desempenhasse a *representação da sociedade* aliás gravemente confundida com a de seus *corpos intermediários*.[52]

Esqueceu-se, porém, como já se fez observar, de *legitimar* a pretensa *representação*.

Função estatal é, notadamente, a de dar início à *ação penal pública*: quem possui o *monopólio do emprego da violência* é, na *modernidade*, o *Estado*, que não pode permitir que *grupos sociais* o substituam neste mister. Isto porque a atuação dos indivíduos, em matéria de estabelecimento da *punição* em face de qualquer ato de *transgressão* da *ordem jurídica penal*, em geral se mostra *arbitrária* e *irresponsável* perante as *garantias aos direitos fundamentais*, mormente em uma sociedade crescentemente massificada, cujas experiências têm-se tornado mediatizadas por meios de comunicação incontrolados.[53]

Em face, por hipótese, da inação do Ministério Público fato mais grave até do que sua atuação arbitrária ou discricionária que remédio terá a sociedade?

Corolário, prosseguindo, de tal atribuição é o exercício do *controle externo da atividade policial*, urgente perante nossa pobre realidade de trabalho da *polícia civil* e da irrestrita atuação da *polícia militar*.

Não se estaria no momento apropriado de criar o Juiz de instrução criminal; não seria este o bom espaço a ser ocupado pelos membros do Ministério Público?

Neste âmbito do exercício da *atividade estatal*, andou corretamente a Constituição, ao fornecer *garantias* aos *promotores* (*vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos*), bem como ao permitir-lhes *expedir notificações* e *requisitar informações* para *instruir processos administrativos*, ao proibir-lhes a *representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, receber honorários, custas e percentagens processuais, exercer a advocacia, qualquer outra*

52. A Constituição confunde, sem cerimônia, interesse social com público, e parecer ignorar, sobranceramente, o que sejam interesses coletivos e difusos... Tudo isto em nome de sua proteção?...

53. Do ponto de vista democrático. Observar-se-á, bem a propósito, que as concessões de uso das estações de televisão e de rádio perfazem-se no seio de outra concepção corporativista estatal (art. 223 e seu parágrafo primeiro, da Constituição Federal).

função pública e atividade político-partidária, participar de sociedade comercial, e ao determinar-lhes a residência na comarca da respectiva lotação.

Não desejando, por ora, exaurir toda a gama de críticas e de sugestões ao aperfeiçoamento do texto constitucional, cumpre, a par da análise que abriu a presente contribuição, estabelecer de que modo se poderia veicular adequadamente a tutela dos interesses individuais indisponíveis, dos interesses coletivos e dos interesses difusos.

Antes de tudo, a *defesa da ordem jurídica* e do *regime democrático a todos incumbe*: é, pois, um *dever* a que se submete *também* o Ministério Público e *nunca uma atribuição, muito menos exclusiva, de qualquer entidade*.[54]

Dito isto, cumpre interpretar o que a Constituição entende por *interesses sociais* e *individuais indisponíveis*, evidentemente ligados à previsão do *inquérito civil* e da *ação civil pública*, para a *proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, à defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas*, à propositura da *ação de inconstitucionalidade*.[55]

A *ação civil pública* e *ação de inconstitucionalidade* devem ser entendidas como verdadeiros *remédios constitucionais*, como tais merecendo lugar no art. 5º, na forma como a seguir se esboça:

> *"São remédios constitucionais:*
>
> *- A ação declaratória de inconstitucionalidade por ação ou omissão do Poder Público, cuja legitimidade é concedida a:*
>
> *1- incidentalmente, qualquer parte em processo judicial;*
>
> *2- por via direta:*

54. Note-se, aqui, uma vez mais, o desvirtuamento de conceitos, prescrevendo-se um dever (e, portanto, direito já proclamado no art. 5º) - de todos, sublinhe-se de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição*, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, à guisa de *função institucional*. Cabe indagar o porquê deste obsessivo interesse de cautelar os indivíduos e a sociedade por um órgão estatal, a rigor ligado, pela *chefia*, ao *Poder Executivo* estadual e federal, à Casa de Representação dos estados, no Congresso Nacional e, aqui também na forma de recrutamento, aos próprios critérios e interesses da corporação.

55. Posta, ainda, ao lado da *representação para intervenção União e dos Estados*, como se se tratasse de questões do mesmo grau.

**. o Presidente da República*

**. a Mesa do Senado Federal*

**. a Mesa da Câmara dos Deputados*

**. a Mesa da Assembléia Legislativa*

**. o Governador de Estado*

**. o Procurador-Geral da República*

**. o Defensor Geral da Justiça*

**. o Conselho Federal da OAB*

**. Partido Político com representação no Congresso Nacional*

**. Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*

**. Associação que vise à defesa de interesse coletivo ou difuso de representatividade nacional*

- O mandato de injunção...cuja legitimidade é conferida à qualquer pessoa física ou jurídica prejudicada pela ausência de ...

1- A omissão, reconhecida por qualquer Juízo ou Tribunal, será suprida temporariamente por ele, nos limites do caso julgado e de sua competência, marcando-se prazo não-superior a trinta dias, sob pena de responsabilização, ao órgão que teria o dever de regular a determinação constitucional.

A ação civil pública, para a defesa de interesses difusos e coletivos e para a proteção do patrimônio público e social, cuja legitimidade é conferida à União, aos Estados, Municípios, autarquias, fundações e associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção aos interesses difusos ou coletivos que venham a defender, e, subsidiariamente, à Defensoria Geral da Justiça, quando, em face de ameaça a interesse coletivo ou difuso e ao patrimônio público ou social, constatar-se a inexistência de

associação ou fundação ou a omissão de qualquer das entidades legitimadas neste dispositivo.

1- A Defensoria Geral da Justiça, em qualquer dos casos, prestará assessoria a associações ou fundações que venham a defender interesses coletivos ou difusos.

- ação popular

- mandado de segurança coletivo

- mandado de segurança individual

- habeas-corpus

- habeas-data"

Observa-se, portanto, a criação de um novo órgão - a *Defensoria Geral da Justiça*, a substituir a tímida previsão atual da *Defensoria Pública* (art. 134 e parágrafo único).

Tal órgão subtrai ao Ministério Público as funções de *representação de interesses societais*, assumindo-as, contudo, de um modo muito distante de uma concepção *corporativista estatal*.

Titulares dos interesses coletivos e difusos são os grupos da própria sociedade.

Desfaz-se a confusão entre interesse público que respeita a toda a sociedade, sempre fragmentada e pluralisticamente organizada - e o interesse social correspondente a cada uma das múltiplas maneiras de organização das classes, grupos e categorias sociais.

Fortalece-se a sociedade.

A seguir, garantida a sua participação e controle, são fortalecidos a Defensoria Geral da Justiça instrumento assessor dos interesses societais - e o Ministério Público instrumento que veicula interesses estatais, consoante aqui se anotou.

Destarte, dentre as funções essenciais à Justiça, temos:

"- Ministério Público: instituição permanente cujas funções são estatais, quais sejam, promoção privativa da Ação penal pública, o controle da atividade policial, exercendo a tarefa do juízo de instrução prévia criminal, podendo expedir notificações ... requisitar diligências investigatórias ... (v. incisos respectivos do art. 129), exclusivamente, não se permitindo a extensão das funções, bem como vedada a representação judicial e consultoria jurídica das entidades

públicas, bem como afastamento de membro para exercício de qualquer função legislativa ou executiva.

Defensoria Geral da Justiça: instituição permanente a qual incumbe as funções de promover, na forma prevista no art. 5º (esboço supra), subsidiariamente, inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social e dos interesses coletivos e difusos, a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, a assessoria jurídica às associações e fundações referidas no mesmo dispositivo, a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, sendo vedado o afastamento de seus membros para o exercício de qualquer função legislativa ou executiva.

Organização em carreira e garantias a tais instituições".

A isto se acresce, ainda como forma de *participação e controle sociais*:

"- A função de Defensor Geral de Justiça é eletiva direta, devendo recair sobre cidadãos de ilibada reputação e notável saber jurídico; é temporária (três anos) e não se admite a recondução sucessiva em nenhum caso; o Conselho da Defensoria será eleito por seus membros sem distinção de nível;

A função de Procurador Geral da República e ao Conselho do Ministério Público se aplicam as mesmas normas".

Tudo aconselha, enfim, que se estabeleça para o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e para o seu Conselho Federal o mesmo *modo de escolha*, bem como que se *unifiquem* os *concursos de ingresso no quadro da OAB* e nas *carreiras jurídicas*, sem qualquer exceção, criando-se *critérios de participação e controle popular sobre a formação dos profissionais jurídicos*.

Feitas tais observações, passemos à análise dos Estatutos Federal e Estadual que se deram ou se pretendem presentear os dignos *Promotores de Justiça*.

3.B. A Lei Orgânica do Ministério Público Federal

A análise, neste capítulo, será levada a cabo dentro dos limites da previsão constitucional vigente.

Trata-se, aqui, da Lei Federal n. 8.625 de 12.02.93 (publicada no *Diário Oficial da União* de 15.02.93), que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados.

3.B.1. A primeira crítica que se pode estabelecer à lei orgânica reside na completa *ausência de distinção entre as funções estatal e societal na estipulação das atribuições dos órgãos* do Ministério Público. Tudo se passa *como se promover a ação civil pública significassem a mesma coisa.*

Ora, não é apenas ao nível da diferenciação das funções em estatais e societais que se está a exigir um estatuto diverso (até, como acima se observou, com a previsão de órgãos distintos). Mesmo na visão tradicional, há que se observar a diferente *natureza* dos processos gerados pelo exercício daquelas funções.

No processo penal, quando presentes e fortemente asseguradas as garantias constitucionais aos indivíduos, pode-se pensar no Estado, pelo seu órgão encarregado de ativar a persecução, requisitando documentos e diligências de outros órgãos públicos e compelindo particulares à participação.[56] Trata-se, aqui, é bom reprisar o argumento, de um *interesse público* que se confunde com o *interesse estatal: garantir o monopólio do emprego legítimo da violência pelo Estado* um Estado, lembre-se, fortemente circunscrito ao estatuto de proteção aos cidadãos.[57]

No processo civil, contudo, mesmo que essencialmente renovado pelo advento dos *interesses coletivos* e *difusos*, *a função permanece distinta* daquela do penal, *bem como o modo de sua concretização*, mormente porque o *interesse público, aqui, não se confunde e mesmo repele qualquer assimilação ao interesse estatal.* Em face desses interesses, bem como de suas garantias, não se pode permitir que o órgão estatal atue sob a mesma óptica, por assim dizer, inquisitória.[58]

Isto porque, fundamentalmente, a *adequação* dos *interesses coletivos* e *difusos* ao *interesse social comum* se estabelece no seio de um *processo*, de uma *construção histórica, controlados desde a origem a legitimidade*[59] *- pelo titular do poder.*

---

56. Sempre sob o controle do Poder Judiciário.

57. Aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º e *passim* da Constituição Federal), aos fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil (arts. 1º, 2º, 3º e 4º), bem como àqueles da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37).

58. Na expressão sempre feliz da professora doutora Ada Pellegrini Grinover: *"mas a verdade é que a solução constitucional para a problemática das ações ideológicas há de ser buscada numa óptica social e coletiva, capaz de amoldar as garantias clássicas à configuração típica dos conflitos de massa: numa dimensão que será necessariamente diversa, mas que não-significará o seu abandono"* (*Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990).

59. Ou, se se desejar, a *representação adequada.*

Diga-se isto até como *crítica* à visão doutrinária e do senso comum, para a qual tal *adequação* - extremamente *complexa* parece se mostrar um dado *a priori*, portanto germinado de totalitarismo.

No processo relativo a tais interesses, conflitos coletivos se oferecem à apreciação do julgador e, somente após sua conclusão, poder-se-á afirmar qual deles mais se aproxima do social comum. Somente uma visão autoritária do direito permitiria que se considerasse essa aproximação revelada desde o início, seja pela lei, seja pela simples razão da propositura de uma ação por um órgão do Estado.

O *julgador* deve assumir posição mais atuante, no sentido de equilibrar as partes no processo, possibilitando-lhes concreta oportunidade de realizar todas as demonstrações possíveis de seus argumentos, atendendo sempre à fiscalização dos interessados, por meio dos princípios da defesa e do contraditório. Cabe-lhe compelir as partes à colaboração, à participação real, determinando provas, proporcionando meios à sua realização. Permitindo o controle, contudo.

Id est, não se pode admitir, sem as garantias do processo, que uma parte venha, sob a ameaça de uma sanção que não é processual, mas atributo de um órgão estatal a obrigar a outra a fazer prova em seu favor; que uma parte compareça diante da outra em franca posição de inferioridade.[60] Isto quando o processo já impõe uma sanção clara ao que se omite em seu dever de demonstrar: a presunção ou mesmo a consideração da prova em seu desfavor.

Os estatutos devem ser diversos, mesmo que, lamentavelmente, como hoje ocorre, ao mesmo órgão se cometam funções de naturezas tão-diversas.

3.B.2. Há, em segundo lugar, uma tendência a organizar o Ministério Público com *caráter* prevalentemente *monárquico*: seja porque toda a *instituição* se unifica na figura de um *chefe* (assim insistentemente nomeado), cujas atribuições são elásticas ao extremo - se não deixadas em aberto; seja porque a *lei* parece ter estabelecido um princípio de *relativa responsabilidade*, se pensarmos no órgão inserido nos parâmetros da *unidade* e da *indivisibilidade*, uma *corporação estatal*, portanto - como titular do monopólio do desencadeamento da ação penal pública.

No âmbito dos *órgãos de administração* (capítulo III da lei), cabe, desde logo, indagar a ausência de limites ou a fórmula vaga de integração de membros do Ministério Público a organismos estatais afetos a sua área de atuação

60. Refiro-me à requisição e à intimação feitas pelo órgão do Ministério Público, sob pena de desobediência a gerar processo criminal.

(art. 10, inciso VIII, alínea c), por designação do Procurador-Geral, ou, o que se mostra mais grave, a perpetuação do equívoco constitucional de permitir, no art. 29, § 3º, do Ato de disposições constitucionais transitórias,[61] a opção pelo regime anterior, como se se tratasse de interesse particular do agente público e não da sociedade o afastamento para desempenho de outra função na *Administração direta ou indireta* (art. 75 da lei orgânica).

Quanto ao *Procurador-Geral de Justiça*, o art. 29 acaba por admitir a fixação de suas *atribuições* como *órgão de execução* a qualquer lei, deixando margem à acumulação de funções, senão a sua concentração.

Cabe, enfim a indagação: quem *controla* o Ministério Público?

No caso de *infração penal* em abstrato cometida por qualquer dos *membros* da *instituição*, tanto a *apuração* quanto o *oferecimento de denúncia* permanecem no âmbito de atribuições do *chefe da instituição* (art. 29, inciso V, art. 40, inciso IV e parágrafo único do art. 41).

Não seria o caso de incumbir a órgão diverso a investigação e o dar início ao processo em tais casos?

Finalmente, quando da decisão de arquivamento ou na demora injustificada de dar andamento à apuração de sua responsabilidade, qual o remédio cometido aos cidadãos para a salvaguarda de seus direitos, se tudo permanece fechado no âmbito de atribuições do próprio órgão (parágrafo único do art. 3º e art. 29, inciso VII).

Mostram-se, pois, tímidas a concepção e a previsão de *controle externo* postas no § 2º do art. 4º citado.

3.B.3. Como se concretiza o *controle externo da atividade policial*?

O art. 25 não explicita.

3.B.4. O art. 26, quando estipula a possibilidade de o Ministério Público *requisitar informações, exames periciais e documentos* dos Poderes Legislativo e Judiciário é forçosamente *inconstitucional*.

Muito se poderia apostilar ao princípio consagrado no art. 2º da Constituição Federal.

61. Parece ter-se tornado uma praxe a negação, à guisa de *disposição transitória*, dos princípios postos no texto constitucional.

Basta, contudo, a reprodução do magistério do professor doutor Geraldo Ataliba, que afirma não consentir à Constituição que *"o órgão ou agente do Poder Judiciário cuja precípua função constitucional é aplicar a lei com eficácia constrangedora, contra todos os órgãos e agentes públicos possa ser coagido, vendo ser-lhe aplicada a lei por órgão que não seja o órgão judicial que sobre ele tem a 'jurisdição natural'"* [62]

É o que está, de forma articulada, consagrado na conclusão do exaustivo estudo do professor titular das consagradas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: *"a Constituição consagra um estado de direito ... Este caracteriza-se pela submissão do próprio Estado (e todos seus órgãos, inclusive os culminantes) à jurisdição ... Esta supõe imparcialidade (objetiva e subjetiva), que requer que os que a ela se submetem sejam parificados ... No momento de integrar a ordem jurídica, dizem-se soberanos (nos termos da Constituição) Legislativo e Executivo ... No momento de reintegrar-se a ordem jurídica (função jurisdicional), soberano é o Judiciário ... Para que isso possa ser realidade, o Judiciário não pode... ser sujeito a injunção, ordem, condicionamento ou coação de ninguém. Se isso fosse admitido, desmoronaria o sistema tão-engenhosamente armado (com base em sólida e provecta tradição), após penoso processo histórico e sociológico pela Constituição de 1988"*.

Não é, também, admissível que sejam dirigidas ordens por quem se faz parte em processo, ao Poder Legislativo, que perderia seu caráter de *independência*, bem como as prerrogativas que o sistema constitucional democrático lhe defere.

No exercício de suas funções, não se admitem *"injunções ou requisições, irresistíveis (porque sancionadas como crimes)"* aos Poderes Legislativo e Judiciário, que somente receberão, inclusive do Ministério Público, petições e solicitações, *"jamais ordens coativas concretas"*

São as considerações que, aqui, foram pinçadas, a fim de possibilitarem uma primeira análise da importante lei, recentemente promulgada.

3.C. A proposta da Lei Orgânica Estadual

A *lei orgânica nacional* possui oitenta e quatro artigos.

62. Parecer dirigido à Associação Paulista de Magistrados, de fevereiro de 1992.

O *Anteprojeto de Lei Complementar* pretendido pela Egrégia *Procuradoria-Geral de Justiça* possui duzentos e noventa e seis artigos, incluindo-se as disposições transitórias.

Quanto ao *caráter monárquico*, o texto não faz senão exacerbá-lo, ao pretender descer a *minúcias*, inclusive no que diz respeito a regras do processo de escolha da *lista tríplice* para a nomeação do *Procurador-Geral*.

O *caráter corporativista estatal* ainda mais se acentua em face das normas atinentes ao *Procurador-Geral da Justiça*, seja ao impedir o controle dos Poderes a propósito de sua *destituição*, seja inclusive, ao tentar estabelecer exaustivamente tal procedimento.

A partir da *concentração de atribuições* em mãos do *chefe* do Ministério Público, o que se busca é a estruturação do *órgão*, posto pela Constituição Federal como *função essencial à Justiça*, como entidade, malgrado ligada ao Poder Executivo pela escolha de seu *chefe*, imune a um sistema mínimo de controle constitucional.

Se garantir a autonomia orçamentária se mostra fundamental à concretização do mandamento constitucional, inadequada será a interpretação que permita à lei complementar estabelecer detalhes no que diz respeito *à remuneração de seus membros*, notadamente quando estabelece *gratificação* por *exercício* de *funções* da *Administração superior* da *carreira*.

O *anteprojeto* parece, ainda, considerar permanente a possibilidade do *afastamento* para o exercer ou concorrer a funções legislativas e executivas, bem como admite o exercício de atividades político-partidárias aos *membros* da *instituição*.

O apetite pela regulação da *instituição estadual* leva a paradoxos, notadamente anunciando, de forma ilusória, dispositivos que garantem independência, ao mesmo tempo em que o *órgão* ou seus interesses se apresentam subordinados aos do exercício de funções legislativas e executivas, quando se o considera como afastamento temporário.

A enunciação constitucional de representação da sociedade fica comprometida pelo que se pode considerar como manifestação dos autores do anteprojeto em direção aos ritos, gestos e imagens mais próprios a uma *configuração arcaica de um poder monárquico absolutamente afastado e pairando irresponsavelmente sobre uma população bestializada.*[67]

É como se deve tomar a pretensa *prerrogativa* de *"tomar assento contígüo à direita e no mesmo plano dos Juízes"*, bem como a previsão de um *processo disciplinar* que permita a punição em face da *"verdade sabida"*.

O afastamento da população até por símbolos, bem como a tentativa de, como parte, portanto sujeita ao princípio da representação, superar os demais representantes de partes, cujas funções também são garantidas constitucionalmente, ainda mais sublinham os perigos da ilegitimidade apontados inicialmente.

Resta aguardar a apresentação à população em geral do estatuto desejado pelo Ministério Público Estadual.

Somente a discussão pela sociedade, efetuada de forma ampla e transparente, em que os membros do Ministério Público justifiquem suas pretensões e se submetam ao controle democrático, poderá apontar a *distinção, tão-necessária em nosso país, entre uma atribuição efetiva de controle e outra que pretenda a contigüidade com o poder, sinônimo da violência*, como expressava Walter Benjamin.

4. Conclusão

Acredito que, da forma como está previsto o Estatuto do Ministério Público, dificilmente será possível prever quais os interesses que, efetivamente, está apto a defender ou representará, em concreto, no seio de uma sociedade absolutamente fragmentária, como a brasileira.

Tão-genérica estipulação constitucional e ordinária somente reitera o caráter de ilusão que o direito, entre outras funções, possui em nosso país. Pensa-se sempre em interesses assegurados somente em face de previsões abstratas.

Afirmo, contudo, que, diante das características de formação dos profissionais jurídicos, em geral, a atuação do Ministério Público poderá acabar por se reduzir a, pendularmente, duas facetas de representação de nossa pobre cultura contemporânea: *ideológica* ou de *massa*.[63]

63. Adorno, Th. ("Os padrões da cultura de massa" *in* Cardoso, F.H. & Martins, C.E. (org.) *Política e Sociedade*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, s.d., v. 2): *"A crescente força da cultura de massa moderna é acentuada ainda mais pelas mudanças na estrutura social do público. A velha elite culta não existe mais; a moderna intelligentsia corresponde apenas parcialmente a ela. Ao mesmo tempo, uma enorme camada da população, que antes não estava habituada à arte, transformou-se em consumidora de cultura ... Isso se reflete na cultura popular ... A 'ontologia' da classe média foi preservada de forma quase fossilizada, embora se choque com a mentalidade atual das classes médias. Ao se impor sobre pessoas com cujas condições de vida e modo de pensar não está mais de acordo, essa 'ontologia' da classe média assume um caráter cada vez mais autoritário e ao mesmo tempo fictício ... A maldição da cultura de massa moderna parece ser sua aderência à quase imutável*

Cumpre saber se à nossa *civilização* poder-se-á repetir a exclamação de Virgilio: *Incipit vita nova*; ou a lamentação de Jeremias: *Quomod sedet sola civitas plena populo! Facta est quasi vidua domina gentium...*

Salto, março de 1993.

ideologia da antiga sociedade de classe média, ao passo que as vidas de seus consumidores estão em total defasagem com essa ideologia"

A PROTEÇÃO DE PUBLICAÇÕES DE IMPRENSA NA DIRETIVA (UE) 2019/790: CONVERGÊNCIAS E POSSIBILIDADES EM RELAÇÃO AO DIREITO DE AUTOR NO BRASIL

THE PROTECTION OF PRESS PUBLICATIONS UNDER DIRECTIVE (EU) 2019/790: CONVERGENCIES AND POSSIBILITIES IN RELATION TO COPYRIGHT IN BRAZIL

Antonio Carlos Morato[1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1596-7092

Submissão: 29/07/2022 Aprovação: 30/08/2022

RESUMO:

A Diretiva (UE) 2019/790 reconheceu a dificuldade de recuperação de investimentos pelos editores de publicações de imprensa, uma vez que a imprensa livre e pluralista exige qualidade e investimento na informação e naquele que a produz estabelecendo um equilíbrio em relação a quem reutilizá-las. A Diretiva igualmente objetiva equilibrar os direitos dos editores quanto às normas que beneficiem os autores, assim como em relação às utilizações individuais que não tenham natureza comercial. No Brasil, o PL 4255/2020 considerou a necessidade de valorizar o jornalismo profissional e remunerar adequadamente tanto os jornalistas como os veículos produtores de notícia quando houver a utilização de publicações de imprensa pelos provedores de aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Publicações de Imprensa. Direitos Conexos. Convenção de Roma. Editores. Prestadores de serviços da sociedade da informação. Jornalismo Profissional.

ABSTRACT:

The Directive (EU) 2019/790 recognized the difficulty of recovering investments by publishers of press publications, as the free and pluralist press requires quality and investment

[1] Titular da Cadeira 72 – Benjamin de Moraes Filho da Academia Paulista de Direito; Advogado; Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: moratoac@usp.br - **Ark:/80372/2596/v9/004**

in information and in those who produce it, establishing a balance with those who reuse it. The Directive also aims to balance the rights of publishers in relation to rules that benefit authors, as well as individual uses which are not commercial in nature. In Brazil, PL 4255/2020 considered the need to value professional journalism and adequately remunerate both journalists and news-producing vehicles when there is the use of press publications by application providers.

KEY WORDS: Press Publications. Related Rights. Rome Convention. Publishers. Information society service providers. Professional Journalism.

SUMÁRIO: I. As publicações de imprensa em suporte físico. II. As publicações de imprensa pela Internet. III. Os direitos conexos na Convenção de Roma e o direito conexo dos editores de imprensa na Diretiva (UE) 2019/790. IV. O PL 4255/2020 no Senado Federal brasileiro. V. Conclusão. VI. Bibliografia.

SUMMARY: I. Press publications on physical support. II. Internet press publications. III. Related rights in the Rome Convention and the related right for press publishers in Directive (EU) 2019/790. IV. PL 4255/2020 in the Brazilian Federal Senate. V. Conclusion. VI. Bibliography.

I. AS PUBLICAÇÕES DE IMPRENSA EM SUPORTE FÍSICO

Antes que ingressemos na análise da proteção intelectual às publicações de imprensa na União Europeia (mediante a Diretiva (UE) 2019/790 e sua transposição para seus países-membros) e a comparemos ao PL 4255/2020[2] (que tramita atualmente no Senado Federal brasileiro) é oportuno observar que as publicações de imprensa em suporte físico, representadas por jornais e revistas de prestígio e larga circulação, por um conselho editorial composto por profissionais reconhecidos e por jornalistas estáveis dotados de credibilidade tanto perante o público como entre seus pares parece cada vez menos relevante.

[2] Projeto de autoria do Senador Angelo Mario Coronel de Azevedo Martins (Partido Social Democrático – PSD – Bahia)

Há substanciais diferenças entre o prestígio das publicações de imprensa no passado e na atualidade e, à guisa de comprovar o que afirmamos, Machado de Assis afirmou, em sua obra "*O jornal e o livro*", que o jornal seria *"a verdadeira forma da república do pensamento*", sendo "*a literatura comum, universal, altamente democrática, reproduzida todos os dias, levando em si a frescura das ideias e o fogo das convicções", tal como uma "locomotiva intelectual para mundos desconhecidos*".[3]

O modelo contemporâneo de difusão de notícias é caracterizado por informações veiculadas em poucas linhas que interessam tanto às plataformas que as veiculam como a uma nova geração de leitores condicionados à leitura superficial, que – paradoxalmente – não negligencia a relevância da produção de conteúdo pelas publicações de imprensa tradicionais, o que examinaremos quando ingressarmos na relação do tema com a proteção da criação intelectual.

Constata-se, simultaneamente, o interesse – político e econômico – na difusão de notícias falsas em redes sociais e, em tal sentido, a criticada imprensa tradicional (que não seria suficientemente isenta em razão das pressões de anunciantes, o que deve ser corrigido e não pode ser minimizado[4]) apresenta dificuldades – em seu processo de adaptação à Internet.

O desafio é conciliar a velocidade exigida pelos meios digitais e a manutenção qualitativa da estrutura que consagrou a imprensa no passado, uma vez que a qualidade almejada no jornalismo exige a contratação de bons profissionais e que a estes sejam assegurados rendimentos mínimos, até porque tal atividade não constitui mero diletantismo.

---

[3] MACHADO DE ASSIS, *O jornal e o livro,* São Paulo, Companhia das Letras, 2011, p. 48. (Texto publicado originalmente no jornal Correio Mercantil, nos dias 10 e 12 de janeiro de 1859).

[4] "'*Se grandes jornais permitem que corporações influenciem seu conteúdo por medo de perder receita publicitária, a democracia está em perigo'. A frase é de Peter Oborne, principal comentarista político do Daily Telegraph, que pediu demissão acusando o jornal britânico de suavizar sua cobertura jornalística em nome de um contrato publicitário. Segundo Oborne, o Telegraph omitiu informações sobre denúncias de que o HSBC teria ajudado milhares de clientes a lavar dinheiro na Suíça. Depois de publicar seis artigos sobre a investigação sofrida pelo banco, funcionários do Telegraph receberam ordem de destruir todos os emails, anotações e documentos ligados ao inquérito. Desde 2013, após o banco parar de anunciar no Telegraph, a publicação de matérias críticas sobre ele passou a ser desestimulada na redação. De acordo com Benjamin Mullin, do Instituto Poynter, nos EUA, a conta era extremamente valiosa para o jornal – um ex-executivo do Telegraph teria lhe dito que o HSBC é 'o tipo de anunciante que você, literalmente, não pode se dar ao luxo de ofender'. Assim, o jornal britânico queria reconquistar a conta do banco. Oborne afirma que o executivo-chefe do Telegraph Media Group, Murdoch MacLennan, estava 'determinado a não permitir qualquer crítica ao banco internacional'. Jornalistas que já trabalharam para o Telegraph contam que MacLennan se preocupava até com os títulos de matérias pequenas. Qualquer menção a 'lavagem de dinheiro' era proibida."* ("Escândalo provoca debate sobre pressão comercial no jornalismo", *Monitor da Imprensa, Observatório da Imprensa*, Projor – Instituto para o desenvolvimento do Jornalismo, 20 de fevereiro de 2015, Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/monitor-da-imprensa/escandalo_hsbc_levanta_debate_sobre_pressao_comercial_no_jornalismo/>, Acesso em: 18 fev. 2022).

O jornalismo tradicional, mesmo sujeito a diversas críticas e a graves equívocos esporádicos[5], continua a representar uma referência minimamente confiável, mas depende de anunciantes que migram celeremente para o meio digital[6].

Acrescente-se que, tal como já havia ocorrido[7] com outras tecnologias disruptivas[8], a comercialização de jornais ou revistas em suportes físicos e sua base de custeio por meio de assinatura ou da venda direta em "*bancas de jornais*" parece fadada à extinção[9], assim como a profissão de "*jornaleiro*" [10].

---

[5] O caso da Escola Base ocorreu no Brasil em março de 1994. A escola de educação infantil Base situada no Bairro da Aclimação em São Paulo fechou (e causou abalos irreversíveis nos envolvidos) após denúncias de abuso sexual que envolveriam crianças contra os donos da escola, uma professora e um motorista. Um mandado de busca e apreensão no apartamento dos proprietários que nada encontrou e um laudo inconclusivo do Instituto Médico Legal não impediu que uma grande emissora de radiodifusão secundada por outros órgãos de imprensa divulgasse a notícia do abuso como se verdadeira fosse. Tal caso é estudado tanto em cursos jurídicos como de jornalismo, sendo apontado como um grave erro na difusão de notícias a comprovar que, mesmo a imprensa tradicional está sujeita a falhas. A obra "*Caso Escola Base: os abusos da imprensa*", escrita por Alex Ribeiro (São Paulo, Ática, 1995), apresentou um relato completo sobre o caso de triste memória.

[6] ***"Preocupadas com o mecanismo que mina a sustentação econômica da atividade jornalística, a Federação Internacional de Jornalistas (FIJ) e suas 140 entidades nacionais filiadas, entre elas a Fenaj, lançaram em maio a Plataforma Mundial por um Jornalismo de Qualidade, um "plano imediato de recuperação mundial para salvar os meios de comunicação mais afetados e aos jornalistas em situação de maior precarização". A proposta é a taxação sobre as chamadas GAFAM (sigla para as cinco maiores empresas de tecnologia, Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), com base nas receitas geradas por suas atividades dentro de cada território nacional. A plataforma apresentada pela FIJ é a abordagem dos trabalhadores do jornalismo para essa questão que também movimenta empresários, estudiosos e governos: em vários países, as GAFAM são acusadas de práticas monopolistas, competição desleal, desrespeito a regulamentações nacionais, como no campo da publicidade, e de não assumirem nenhuma responsabilidade sobre o conteúdo que alimenta seus algoritmos." (Plataformas predatórias, A migração da publicidade para as gigantes digitais é um dos fatores que levam a esvaziamentos de redações ou fechamentos, com a perda de qualidade da produção jornalística, Priscilla Chandretti, Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo, 02 de dez 2020, Disponível em: <https://www.sjsp.org.br/noticias/plataformas-predatorias-1649>, Acesso em: 18 fev. 2022).***

[7] Como as livrarias e as lojas físicas que comercializavam os suportes de obras musicais e audiovisuais, atualmente restritas (notadamente as últimas) a versões virtuais das lojas do passado.

[8] Wolfgang Hoffmann-Riem destacou a possibilidade de destruição de modelos de negócios tradicionais quando afirmou: "*Deve-se sempre levar em conta que a digitalização está associada a oportunidades de inovação sustentável, de modo que também se deve ter cuidado na configuração legislativa para garantir que o potencial de inovação não seja perdido. No entanto, também deve ser levado em conta que os desenvolvimentos inovadores muitas vezes ocorrem por sobreposição ou mesmo destruição de abordagens e modelos de negócios tradicionais (inovação disruptiva). Também é preciso ter em mente que não se trata de inovações tecnológicas, mas, também, em grande medida, de inovações sociais*". (Wolfgang Hoffmann-Riem, *Teoria geral do Direito Digital: transformação digital: desafios para o Direito* (Tradução de Italo Fuhrmann), 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2022, p. 32.).

[9] "Antes presentes a cada esquina das grandes metrópoles, as **bancas de jornal** têm sofrido uma redução brusca nos últimos anos. Um dado do Sindicato dos Vendedores de Jornais e Revistas de São Paulo de 2012 já apontava o fechamento de uma banca por dia na capital paulista. Parte disso se deve à internet, e outra pela **crise** editorial generalizada que se estabeleceu no Brasil. Fato é que esses pequenos espaços dedicados a jornais e revistas tem ficado mais escassos e correm risco de extinção. 'A banca tradicional está fadada ao fracasso totalmente', comenta Adriano Campos, consultor do Sebrae-SP. Por tradicional entende-se que vende mídia impressa. 'Não acredito que tende a desaparecer porque muitas delas estão em localizações muito estratégicas. O que tende a reduzir bastante é o tipo de produtos que elas têm lá', completa. No começo de

Tal constatação poderia ser atenuada por meio do argumento de que, de maneira célere ou paulatina, as profissões e os hábitos de consumo tradicionais seriam substituídos pelo consumo e pelas profissões equivalentes na Internet, mas tal argumento é, principalmente quanto ao mercado de trabalho, claramente falacioso em razão do número insuficiente de empregos que seriam gerados pelas novas tecnologias[11], o que denota a complexidade do tema.

II. AS PUBLICAÇÕES DE IMPRENSA PELA INTERNET

No tópico anterior relatamos o processo de erosão econômica e os desafios das publicações de imprensa tradicionais e que a solução indicada aos editores seria migrar para

---

agosto anunciou-se uma das maiores crises editoriais brasileiras quando a editora Abril extinguiu 10 de suas revistas publicadas. O ocorrido é consequência, principalmente, da proliferação de informação via redes sociais e uma queda brusca na credibilidade do jornalismo em geral. Enquanto esses problemas devem ser consertados para garantir que se preze pela boa informação e pelo profissionalismo, as tais consequências continuam se ramificando e criando prejudicados. (...) Ao sair da estação Pinheiros do metrô em São Paulo, uma imensa banca ocupa a calçada que leva a rua Teodoro Sampaio e seu grande comércio. O ponto é movimentado durante todo o dia e, logo, sinônimo de boas vendas. Mas, quando se olha com atenção, não são os jornais que se destacam na banca, mas sim mochilas, óculos de sol, bichos de pelúcia e toda sorte de bibelôs, acessórios e outras dessas coisas que a gente normalmente não precisa, mas acaba querendo. Essa tem sido a solução para compensar a falta de interesse na compra do bom e velho jornal. (...) Do mesmo jeito que a Blockbuster foi absorvida pelas Lojas Americanas e os DVDs deram espaço nas prateleiras para barras de chocolate, meias e até eletrônicos, os espaços das bancas serão gradualmente substituídos por esses itens diversos do dia a dia. A banca, como conhecemos, não deve durar muito mais tempo" (GABRIELA MENDONÇA, "Bancas de Jornal se reinventam para evitar extinção", *IG*, Gente, Cultura, 10 set. 2018, disponível em: <https://gente.ig.com.br/cultura/2018-09-10/bancas-de-jornal-crise.html>, acesso em: 18 fev. 2022).

[10] Com a extinção de tal profissão – uma entre muitas – até mesmo exemplos utilizados em obras jurídicas consagradas perderão o sentido para as novas gerações: "*A dogmática analítica, porém, tem de desempenhar outras funções. Não basta identificar os conteúdos normados para criar as condições de decidibilidade. Não é suficiente, pois, uma definição de norma jurídica no que se refere a sua estrutura, seus componentes essenciais. Ainda que eles estejam presentes em uma norma, isto ainda não quer dizer que estejamos diante de uma norma jurídica atualmente existente. Veja, por exemplo, a seguinte situação: alguém vai estacionar o carro numa rua; o jornaleiro da esquina, incomodado pelo carro diante de sua banca, chega e diz ao motorista: 'aqui é proibido estacionar'. Nessa asserção, estão presentes o funtor (é proibido) e o relato ou conteúdo (a descrição da ação de estacionar). O vínculo relacional ou cometimento está adequadamente expresso pelo funtor: 'é proibido', o qual mostra uma relação de autoridade. Todavia, qualquer um percebe que não se trata de uma norma jurídica. Se, porém, não é o jornaleiro, mas um guarda de trânsito que diz: 'Aqui é proibido estacionar', a situação muda. O motorista percebe que está diante de uma norma jurídica*." (Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 11ª ed.. São Paulo, Atlas, 2019, p. 138)

[11] "*A melhoria tecnológica é que explica esses ganhos de produtividade, pois ela permite a dispensa de trabalhadores, que devem procurar empregos em outros setores. Se essa melhoria gerar novos empregos em outros setores, por exemplo, na produção dos autômatos, haverá apenas desemprego friccional, enquanto os trabalhadores se ajustam às novas condições; porém, se esses novos empregos demoram a surgir, tem-se o desemprego estrutural ou tecnológico*." (Amaury Patrick Gremaud, Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos, Rudinei Toneto Jr., *Economia brasileira contemporânea*, 8. ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 96).

publicações digitais, ainda que tal estratégia nem sempre tenha obtido êxito mesmo para grupos empresariais que a iniciaram quando as vendas de jornais e revistas impressos ainda estava em um patamar razoável há muitos anos.

Um exemplo adequado foi o do grupo Abril que simbolizou no Brasil a crise editorial ocorrida nos últimos anos e, sem ingressar em questões diversas que retirariam o foco da questão, é relevante transcrever o texto de Claudia Giudice, antiga Diretora Superintendente, à Revista Piauí, que detalhou o investimento simultâneo do grupo em publicações impressas, tecnologia e novas plataformas.

Segundo Claudia Giudice, no ano de 2010 em que o grupo obteve 1 bilhão de reais de receita de publicidade *on* e *off-line* e vendeu mais de 190 milhões de exemplares de revistas, "*a estratégia fazia sentido. O caminho para migrar para o digital era sustentar o negócio tradicional e investir em tecnologia e novas plataformas*". As 54 marcas do grupo "*eram líderes em 21 dos 25 segmentos em que atuavam, falando com 27 milhões de brasileiros das classes A, B e C" e, naquele período, "a Abril tinha 47 sites e portais e 41 milhões de internautas, que naquela época ainda digitavam URLs.*"[12]

O investimento simultâneo em publicações impressas e na difusão de notícias pela Internet com antecedência razoável em relação a muitos de seus concorrentes não significou necessariamente para um grupo editorial de tal porte a garantia de adaptação de seus leitores e aos seus gestores uma transição tranquila para outro meio.

[12] Relatou ainda que "*ganhava-se dinheiro com mobile, por meio de canais de SMS e MMS. Uma pilha de aplicativos foi lançada quando o negócio virou moda. Vendia-se patrocínio. Veja foi a primeira e maior revista brasileira no iPad (ainda é). A Abril faturou ao criar eventos, como Prêmio Claudia, a Feira Guia do Estudante e os Camarotes da Contigo!. Também apostou na direção certa ao licenciar produtos de marcas como Capricho, que foi bem-sucedida na transição do papel para o digital. Nas recém-nascidas redes sociais, as marcas Veja, Contigo! e Capricho eram soberanas*"." A composição do grupo explicaria a crise, em especial a que envolvia a Abril Comunicações (que mantinha a editora e dezesseis marcas remanescentes no on e off-line, assim como a distribuição de publicações por meio da Dipar (antiga Dinap) que vivia uma dupla crise "*Primeiro, porque existem menos publicações, em quantidade e volume, para distribuir. Segundo, porque funciona a partir de um modelo de negócio obsoleto e protecionista. Qual é? Os editores, as publicações, entregam seus produtos sob consignação. O risco é total deles. Os distribuidores e os pontos de venda ficam com a maior parte da receita e nunca, jamais perdem dinheiro se o produto encalha. Se não vender, azar do editor, incompetente. Quem bancava essa conta era a Abril. Recolhia o encalhe, armazenava e colocava na banca novamente. Isso fazia sentido quando os lucros eram gigantes. Mas, sob o ponto de vista de negócio, nenhum. Como uma empresa que tem o monopólio do setor pode perder dinheiro? O buraco foi abrindo e, nos últimos anos, a Dipar não pagava nem seus editores, nem a Abril. Ou seja, a venda em banca de suas próprias revistas não pingava no caixa. Isso levou à perda de parceiros importantes, como a Panini, que criou seu próprio modelo de distribuição para vender as figurinhas da Copa da Rússia e de outros álbuns. Isso também ajudou a transformar as bancas de revistas em ponto de venda de quase tudo, menos de revistas*." (Claudia Giudice. O aviso de Civita. Um depoimento de quem viveu a Abril de alto a baixo, do auge da editora à crise que o *publisher* anteviu e não pôde evitar. *Revista Piauí.* Questões da Imprensa. 21 dez 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-aviso-de-civita/>. Acesso em: 20 fev. 2022)

A distribuição de jornais e revistas impressas representou um significativo desafio logístico desde o custo do papel das gráficas, do transporte e dos estoques de "números atrasados".

Atualmente, a comparação entre publicações em suporte físico e as digitais sob o prisma econômico é francamente desfavorável em relação às primeiras se inexistir – como ocorreu nos últimos anos – a manutenção de um público fiel de leitores que garanta a permanência da produção em escala de publicações impressas que viabilize o custo médio de produção e reduza dispêndios substanciais de outrora sem o retorno correspondente.

Se houve uma retração nas publicações impressas e o êxodo de anunciantes demonstrado de maneira indubitável pela redução do número de páginas de jornais e revistas, um aspecto interessante das publicações de imprensa pela Internet foi a possibilidade de não mais ficar adstrito a determinada cidade ou região do país.

Com isso, jornais locais passaram a oferecer assinaturas aos leitores de outras cidades e países sem os desafios logísticos anteriormente referidos.

No Brasil houve alteração – em 2021 – quanto ao posto de jornal mais vendido do país em razão do êxito da publicação digital e impressa do jornal "O Globo" do Rio de Janeiro que ultrapassou jornais paulistas que até então eram os mais vendidos[13], mas houve significativa queda geral no que tange à venda de exemplares impressos[14].

[13] "*Na lista de circulação total, em que são somados os leitores das versões impressa e digital, O Globo é o líder, com 372.061 assinaturas. Até o ano passado, a Folha (358.253) era a primeira colocada nesse quesito*" (Circulação de jornais impressos no Brasil tem queda de 13,6% neste ano, ***Consultor Jurídico*** **–** *Conjur*, *8* de novembro de 2021, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/circulacao-jornais-impressos-pais-queda-136-2021>. Acesso em: 20 fev. 2022).

[14] "*Para surpresa de ninguém, a circulação de jornais impressos continua em queda acentuada no Brasil. No último mês de setembro, foram 13,6% a menos de exemplares vendidos em comparação com o fim do ano passado, de acordo com dados do Instituto Verificador de Comunicação (IVC). Em uma reportagem sobre o assunto, com base no IVC, o Poder 360 selecionou dez dos principais veículos de comunicação do país — Folha de S.Paulo, O Globo, O Estado de S. Paulo, Super Notícia (MG), Zero Hora (RS), Valor Econômico, Correio Braziliense (DF), Estado de Minas, A Tarde (BA) e O Povo (CE) — para fazer um diagnóstico da situação do jornalismo impresso brasileiro e constatou que o quadro é dramático. (...) nenhuma das empresas selecionadas pelo Poder360 teve alta na circulação impressa no acumulado dos três primeiros trimestres deste ano. A Folha, por exemplo, imprime atualmente 55.373 exemplares diariamente — número que na época das vacas gordas chegou a superar um milhão. Um consolo para as empresas de comunicação é que os efeitos dessa queda na circulação dos jornais são amenizados pelo crescimento do consumo das versões digitais dos veículos. A subida foi de 6,4% em setembro, em comparação com dezembro de 2020. No ranking de assinaturas digitais pagas, a Folha é a líder, com 302.880, seguida por O Globo, com 301.779 — esses jornais cresceram 8,9% e 14,5% neste ano, respectivamente*." (Circulação de jornais impressos no Brasil tem queda de 13,6% neste ano, ***Consultor Jurídico*** **–** *Conjur*, *8* de novembro de 2021, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/circulacao-jornais-impressos-pais-queda-136-2021>, Acesso em: 20 fev. 2022).

Tal impacto no modelo de negócio dos editores, ainda que envolva realidades distintas, não se distancia substancialmente do que ocorreu nos países europeus e na Austrália quanto às publicações de imprensa[15].

Por conseguinte, efetuamos tal análise justamente para esclarecer as razões de, no início dos anos 2000, jornais e revistas que ofereciam de forma gratuita e integral a versão digital (como um chamariz para a edição impressa) passarem a questionar de maneira aguerrida, com o advento das redes sociais, a transcrição de suas notícias e o aproveitamento parasitário das criações intelectuais desenvolvidas em suas redações.

III. OS DIREITOS CONEXOS NA CONVENÇÃO DE ROMA E O DIREITO CONEXO DOS EDITORES DE IMPRENSA NA DIRETIVA (UE) 2019/790

Discorremos sobre as alterações tecnológicas, econômicas e sociais que conduziram editores a uma situação-limite de um modelo de negócio calcado em edições impressas que foi da solidez apregoada há alguns anos às incertezas trazidas pela queda na circulação de exemplares.

Por sua vez, as redes sociais claramente se beneficiam da utilização de conteúdo alheio – ao contrário do que apregoam – e não somente os agregadores de notícias ou buscadores quanto às publicações de imprensa postadas pelos seus usuários.

As publicações serão compartilhadas por outros usuários das redes sociais que permanecem conectados a uma rede social utilizando boa parte de seu tempo disponível (que constitui uma forma de remuneração pelo serviço "gratuito" prestado por tais redes) para,

[15] "*This statement might come as a surprise to those following the press publishers vs digital platforms saga in Europe, having in mind repeated assurances that the new right will have no impact on individual users' ability to share news content online. From the outset, the discussion on the press publishers' right in Europe focused on the activities of certain types of online services, namely news aggregators and search engines (aka Google). Social media (aka Facebook) were not a part of the conversation. This has, however, noticeably changed during the implementation process. Possibly inspired by the global regulatory developments, particularly the adoption of the News Media Bargaining Code in Australia, some of the Member States and press publishers have begun to treat the press publishers' right as a basis for negotiation with both Google and Facebook. Most notably, in Denmark, publishers' calls for payment resulted in a change of Facebook's policy in June 2021, with previews being shown only for those articles which are initially shared by their publishers. When announcing the change, Facebook noted that the sharing of news by individuals or publishers themselves does not result in an obligation to pay. Nonetheless, Facebook did strike a deal with French publishers only 4 months later*." (*Press publishers' right: social media enter the stage* - Ula Furgal - CREATe, University of Glasgow, Kluwer Copyright Blog , 4 de novembro de 2021 , Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/11/04/press-publishers-right-social-media-enter-the-stage/>, Acesso em: 20 fev. 2022).

ainda que de forma inconsciente, permanecerem expostos à publicidade dos anunciantes previamente comercializada pelas redes sociais.

Ocorre assim a dissolução da estrutura de difusão da informação nos órgãos tradicionais da imprensa, assim como de sua base de custeio como veículos de divulgação de peças publicitárias para anunciantes, que anteriormente viabilizava a seleção e contratação de jornalistas especializados e os gastos com impressão, estoque e toda a logística envolvida.

A versão eletrônica dos jornais e revistas não possibilita ainda o lastro econômico necessário para que a atividade prossiga de acordo com os mesmos padrões qualitativos do passado e tal cenário se agravou com a utilização não autorizada pelas redes sociais do conteúdo que elaboram.

Consequentemente, para minimizar os problemas decorrentes de tal conjuntura foi que a Diretiva (EU) 2019/790 protegeu os editores de imprensa e estabeleceu que seriam titulares de direitos conexos pelo prazo de dois anos após ter sido publicada, sendo o prazo contado a partir de 1º de janeiro do ano seguinte à data em que essa publicação de imprensa ocorreu.

A Diretiva (EU) 2019/790 assentiu que "a contribuição em termos financeiros e organizativos dos editores para a produção de publicações de imprensa tem de ser reconhecida e mais encorajada, a fim de garantir a sustentabilidade do setor da edição e, por conseguinte, promover a disponibilidade de informação fidedigna", a fim de garantir por meio "da introdução, no direito da União, de direitos conexos aos direitos de autor para a reprodução e colocação à disposição do público de publicações de editores estabelecidos num Estado-Membro no que diz respeito às utilizações em linha de prestadores de serviços da sociedade da informação" para beneficiar, por meio da proteção às publicações de imprensa "os editores estabelecidos num Estado-Membro que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União".

Em 1961, a Convenção de Roma – em seu artigo 2º – havia previsto quem titularizaria direitos conexos (artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão[16]), proteção incorporada pelo Brasil ao seu ordenamento

[16] Quanto aos direitos conexos, esclareceu Dário de Moura Vicente que "*a conexão desses direitos com o direito de autor resulta de os seus beneficiários prestarem auxílio aos autores na divulgação das suas obras junto ao público: os músicos, executando as obras musicais dos compositores; os atores, interpretando as obras literárias escritas para o teatro ou o cinema; os produtores de fonogramas, gravando obras musicais escritas por compositores; e os organismos de radiodifusão, difundindo essas e outras obras através das suas estações emissoras. Dentro de certos limites, esta forma de proteção é justificada: se a sociedade quiser fomentar o investimento na fixação e difusão de obras culturais e na promoção de novos artistas, terá de proteger juridicamente esse investimento, máxime através do reconhecimento aos que o realizam de direitos*

jurídico[17], sendo uma referência importante a Diretiva (EU) 2019/790 em razão do impacto político, econômico e cultural da Europa para influenciar[18] a adoção de proteção aos editores em publicação de imprensa colocada à disposição do público na internet na Lei Federal n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) por meio do PL 4255/2020 que teve sua origem no Senado Federal e que abordaremos oportunamente.

José Alberto Vieira advertiu que "*não se trata de proteger todos os editores de obras com um direito conexo, mas apenas os editores de publicações de imprensa*"[19].

O artigo 2º, n. 4 da Diretiva (EU) 2019/790 definiu a publicação de imprensa como "*uma coleção composta principalmente por obras literárias de caráter jornalístico, mas que pode igualmente incluir outras obras ou outro material protegido*" sob a responsabilidade de um editor e excluiu os periódicos destinados a fins científicos ou acadêmicos.

A Diretiva mencionada, inclusive, tratou dos "*direitos sobre publicações*"[20] em seu Título IV, adequadamente denominado como "*medidas destinadas a criar um mercado dos direitos de autor que funcione corretamente*" que versou igualmente sobre as "*disposições sobre utilizações de conteúdos protegidos por serviços em linha*", além da "*remuneração justa de autores e artistas intérpretes ou executantes nos contratos de exploração*".

Em sua versão final, o texto objetivou o equilíbrio e assegurou que o direito de reprodução e comunicação de obras conferido aos editores de publicações de imprensa (previsto nos artigos 2º e 3º, n. 2 da Diretiva 2001/29/CE) não seria aplicável à utilização de

---

de exclusivo sobre suas prestações. Essa proteção tende, no entanto, a ser inferior à que é concedida aos autores pelo que respeita às suas obras." (Dário Moura Vicente, *A tutela internacional da Propriedade Intelectual*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2020. p. 52-53).

[17] Na lei em vigor (Lei Federal n. 9.610/98) estão sistematizados no Título V (artigos 89 a 96) com proteção por setenta anos "*contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais caso*." (artigo 96). Anteriormente, como relatou José Carlos Costa Netto, a Convenção de Roma foi "*aprovada para vigência no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 26, de 5-8-1964 (DOU de 7-8-1964) e promulgada pelo Decreto n. 57.125, de 19-10-1965 (DOU de 28-10-1965), servindo como fundamento da primeira lei que regulou os direitos conexos aos de autor no Brasil, a de n. 4.944, de 6-5-1966, que dispôs sobre a proteção a artistas produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão*." (José Carlos Costa Netto, *Direito Autoral no Brasil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019 p. 112 – nota de rodapé 49).

[18] O que já ocorreu no Brasil por meio da Lei Federal 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados), como é possível depreender do PL 4060/2012, que foi proposto pelo Deputado Federal Milton Monti.

[19] José Alberto Vieira, *Direito de Autor - Dogmática Básica*, Coimbra, Almedina, 2020. p. 471.

[20] Alberto de Sá e Mello, em sua sua obra Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos, destacou que a Diretiva "*consagra dois importantes direitos (conexos) dos editores de publicações de imprensa: o direito de reprodução digital e o direito de colocação à disposição do público em rede*". (Alberto de Sá e Mello, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, p. 485).

hiperligações, de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa, sem olvidar da necessidade de compatibilizá-los com os direitos de autores e de outros titulares de direitos.

IV. O PL 4255/2020 NO SENADO FEDERAL BRASILEIRO

No Brasil – *mesmo antes da difusão dos conceitos oriundos da Diretiva (UE) 2019/790* **–** a organização pelo editor de um jornal ou revista era relevante para o Direito de Autor e existia a possibilidade de seu reconhecimento comoorganizador da obra, nos termos do artigo 5º, VIII, "h" da Lei Federal n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), o que viabilizava, em nossa concepção, a sua qualidade de autor (titular originário) de obra coletiva e não simplesmente de titular derivado[21].

Temos ciência que a tese da autoria de obra intelectual – por meio da obra coletiva – é polêmica[22] e, por isso, eventuais óbices poderiam ser sanados por meio do reconhecimento de um novo direito conexo, algo que já havia ocorrido com as empresas de radiodifusão na Convenção de Roma, tal como observamos há pouco.

Cumpre não negligenciar o fato de que as objeções quanto ao reconhecimento da autoria ou da titularidade de direitos conexos de pessoas jurídicas – sobretudo os morais – são semelhantes e temos ciência de que a questão continua a ser um tabu para boa parte dos

[21] Ressaltamos nosso entendimento pessoal quanto ao tema desenvolvido na tese de doutorado que defendemos em 2004 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, posteriormente consolidado em livro publicado pela editora Saraiva (ANTONIO CARLOS MORATO, *Direito de Autor em Obra Coletiva*, São Paulo, Saraiva, 2007) e em artigos diversos, sendo possível destacar o que publicamos em 2014 na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (ANTONIO CARLOS MORATO, "Os direitos autorais na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: a obra coletiva e a titularidade originária decorrente da organização da obra", *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 109 (2014), pp. 109-128).

[22] No mesmo sentido e endossando a tese minoritária que defendemos, o entendimento de Silmara Juny de Abreu Chinellato, para quem "*parece possível que a pessoa jurídica seja autora de obra coletiva, quanto ao todo, o conjunto da obra, que será por ela anunciada em seu nome e sob ela explorada, conforme permite o inciso IV do art. 88 com respaldo no art. 5º, VIII, h, da Lei n. 9.610/98*", pois "o *nome do organizador da obra coletiva é direito moral, o que indica que a Lei n. 9.610/98 admite que a pessoa jurídica possa ser autora, sem prejuízo da autoria de cada contribuição individual, a cada um dos partícipes, o que é resguardado pela Constituição Federal (art. 5º, XXVIII, a). Não nos parece que a autoria do conjunto da obra possa prejudicar o direito individual de cada autor. Por outro lado, deve-se ponderar que atribuição de autoria da obra coletiva à pessoa jurídica torna viável o investimento feito em obras de grande porte, como foi a Enciclopédia Saraiva do Direito. O Código Civil, por meio do art. 52, pode auxiliar as discussões acerca da atribuição da autoria à pessoa jurídica, parecendo-nos que ampara a tese afirmativa*" (Silmara Juny de Abreu Chinellato, *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*, Tese (Concurso para Titular) - Departamento de Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 209-210).

autoralistas no Brasil e no exterior, mesmo que a titularidade de direitos da personalidade no Brasil – por meio da Constituição da República (art. 5º, X[23]) e do Código Civil (art. 52[24]) – seja reconhecida há muitos anos sem a mesma dificuldade principalmente em razão da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[25].

Em tramitação no Senado Federal, o PL 4255/2020, proposto pelo Senador Angelo Mario Coronel de Azevedo Martins (Partido Social Democrático – PSD – Bahia) aguardava, em 7 de fevereiro de 2022, a designação do Relator na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE).

Estabeleceu o PL 4255/2020, em seu artigo 88-A, que "*o titular de direitos de publicação de imprensa colocada à disposição do público na internet poderá notificar o provedor de aplicações de internet*".[26]

Evitou-se na redação do dispositivo proposto o vocábulo "*autor*" ou "*titular originário*", existindo apenas a referência ao "*titular*", iniciando capítulo próprio (Capítulo IX - Da Utilização da Obra no Ambiente Digital) e vale salientar sua inclusão na sequência de artigo que versou sobre a utilização de obra coletiva (Capítulo VIII - Da Utilização da Obra Coletiva), o que não inviabilizará, em nosso sentir, uma análise sistemática da Lei Federal n. 9.610/98 quanto à questão[27].

Não houve igualmente previsão expressa do titular sobre publicação de imprensa como titular de direito conexo (tratado a partir do artigo 89 no Título V – Direitos Conexos).

O PL 4255/2020 responsabilizou solidariamente o provedor de aplicações de internet, ainda que a colocação à disposição do público seja realizada por terceiros, o que sinaliza a preocupação com o argumento frequente de irresponsabilidade das redes sociais por direitos autorais violados.

---

[23] Art. 5º, X - *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*.

[24] Art. 52. *Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*.

[25] Súmula 227: *A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, em 08.09.1999, DJ 20.10.1999, p. 49.

[26] PL 4255/2020, Modifica a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, para versar sobre o pagamento de direitos na disponibilização de publicações de imprensa por provedores de aplicações de internet, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144233>, Acesso em: 02 mar. 2022.

[27] Analisamos a necessidade da interpretação sistemática (e, por vezes, teleológica) em questões relativas à obra coletiva em obra específica sobre o tema (Antonio Carlos Morato, *Direito de Autor em Obra Coletiva*, São Paulo, Saraiva, 2007.)

É relevante observar, que a redação proposta pelo PL 4255/2020 não poderá ser afastada, caso o dispositivo realmente entre em vigor, pela transferência da responsabilidade ao terceiro mediante a utilização do artigo 19 do Marco Civil da Internet, até porque não houve regulamentação dos direitos autorais e conexos em tal diploma legal (art. 19, § 2º *A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal*.).

Todavia, há no Marco Civil da Internet, a necessidade de notificação judicial[28], o que consideramos dispensável pela redação proposta no *caput* do artigo 88-A do PL 4255/2020, que exigiu somente "notificação" sem especificar se esta seria judicial ou *extrajudicial*, sendo plenamente possível a utilização da última.

Por fim, resguardada está a liberdade dos usuários da *Internet* por meio da simples difusão de *hiperlinks* para publicações de imprensa, o que é um avanço de considerável importância, até porque afasta de forma clara a *falsa alegação* – oriunda de grandes empresas que atuam na *Internet* – de que o exercício de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico (como o direito à honra, à privacidade e os direitos autorais) constituiriam uma forma de censura mesmo que tais direitos tenham se cristalizado como cláusulas pétreas no texto constitucional brasileiro em período de plena democracia.

V. CONCLUSÃO

O título deste artigo versou sobre as possibilidades relativas à regulação e destinação da devida remuneração pelo uso das publicações de imprensa na Internet por grandes empresas (os provedores de aplicação) assegurando tal direito aos editores.

Em um regime democrático, é imperativo defender a livre informação e a qualidade e isenção pretendida envolvem um custo real por meio de profissionais qualificados e independentes.

A defesa da liberdade nas últimas décadas constitui um tema complexo, especialmente no espaço virtual, simbolizada pela preocupação com os excessos que

[28] Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

transformaram a Internet de uma nova "*Ágora*" que remetia ao espaço de liberdade e debate dos atenienses ao "território sem lei" que gerou a "*Deep Web*".

Ressalte-se a frequência, sobretudo no Brasil que teve vários períodos de exceção, da associação de qualquer medida protetiva aos autores e titulares de direitos conexos à censura, um raciocínio ardiloso e equivocado porque olvida que defender o Direito de Autor é resguardar um dos direitos assegurados pela Declaração de Direitos Humanos aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948[29].

Nessa ordem de ideias, a Diretiva (UE) 2019/790, mesmo reduzindo de 20 para 2 anos a proteção concedida aos editores quanto às publicações de imprensa foi fundamental por difundir a necessidade de obter o equilíbrio necessário entre o acesso pretendido pelos usuários, os limites ao lucro indevido obtido pelos provedores de aplicação por meio do uso de trabalho intelectual alheio nos últimos anos e a remuneração devida aos editores.

VI. BIBLIOGRAFIA

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*, Tese (Concurso para Titular) - Departamento de Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

COSTA NETTO, José Carlos, *Direito Autoral no Brasil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 11ª ed.. São Paulo, Atlas, 2019.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei, *Economia brasileira contemporânea*, 8. ed., São Paulo, Atlas, 2017.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Teoria geral do Direito Digital: transformação digital: desafios para o Direito* (Tradução de Italo Fuhrmann), 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2022.

MACHADO DE ASSIS, *O jornal e o livro*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

MELLO, Alberto de Sá e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2020.

MORATO, Antonio Carlos, *Direito de Autor em Obra Coletiva*, São Paulo, Saraiva, 2007.

[29] Artigo 27° 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. 2. Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.

_____ . "Os direitos autorais na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: a obra coletiva e a titularidade originária decorrente da organização da obra", *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 109 (2014).

Press publishers' right: social media enter the stage - Ula Furgal - CREATe, University of Glasgow, Kluwer Copyright Blog , 4 de novembro de 2021 , Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/11/04/press-publishers-right-social-media-enter-the-stage/>, Acesso em: 20 fev. 2022.

RIBEIRO, Alex, *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*", São Paulo, Ática, 1995.

VICENTE, Dário Moura, *A tutela internacional da Propriedade Intelectual*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2020.

VIEIRA, José Alberto, *Direito de Autor - Dogmática Básica*, Coimbra, Almedina, 2020.



RAPPORTI CONTRATTUALI E PANDEMIA

RELAÇÕES CONTRATAIS E PANDEMIA

Rogério Donnini[1]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0003-3228-6106

Submissão: 27/04/2022 Aprovação: 19/05/2022

RIASSUNTO:

La pandemia che causa la malattia Covid-19 ha avuto un forte impatto sui rapporti contrattuali, data l'impossibilità di svolgere attività commerciali per la maggior parte degli commercianti. Nei contratti di locazione, sia residenziale o commerciale, il Potere Giudiziario è stato invocato per determinare cosa dovrebbe accadere per quanto riguarda il valore dei contratti in quarantena. È stato un caso fortuito o un evento imprevisto? Nel caso di un reclamo riduttivo, quale sarebbe il valore equo?

PAROLE CHIAVE: Covid-19. Caso fortuito. Eccessiva onerosità. Equità. Ragionevolezza.

RESUMO:

A pandemia que provoca a doença Covid-19 tem causado forte impacto nas relações contratuais, diante da impossibilidade de se exercer a atividade empresarial para a maior parte dos estabelecimentos comerciais. Nas locações, sejam elas residenciais ou não, o Poder Judiciário tem sido invocado a determinar o que deve suceder quanto ao valor dos contratos em tempo de quarentena. Seria a hipótese de caso fortuito ou imprevisão? No caso de pretensão redutiva, qual valor seria justo?

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19. Caso fortuito. Excessiva onerosidade. Equidade. Razoabilidade.

[1] Titular da Cadeira 73 – Vicente Ráo da Academia Paulista de Direito. Professore di Diritto Civile presso la Pontificia Università Cattolica di San Paolo del Brasile (PUC-SP) e della Scuola Paulista della Magistratura (EPM). Professore invitato e ricercatore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli. Membro dell'Accademia Paulista di Diritto, di cui è stato presidente. Avvocato e ex-presidente della Commissione di Diritto Civile dell'Ordine degli Avvocati dal Brasile (OAB/SP). E-mail: rogeriodonnini@uol.com.br - **Ark:/80372/2596/v9/005**

SOMMARIO: INTRODUZIONE – I. EQUILIBRIO CONTRATTUALE E TEMPORALITÀ - II. CASO FORTUITO E FORZA MAGGIORE: NECESSITÀ E INEVITABILITÀ - III. REVISIONE DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI, RISOLUZIONE CONTRATTUALE, FUNZIONE SOCIALE DEL CONTRATTO E BUONA FEDE OGGETTIVA – IV. RAGIONEVOLEZZA ED EQUITÀ NELLA DECISIONE RELATIVA ALLA REVISIONE DEL VALORE DEL CONTRATTO - V. CONCLUSIONE – BIBLIOGRAFIA

"Il progresso della scienza giuridica dipende dal coraggio con cui i giuristi intraprenderanno una elaborazione sistematica del diritto che non faccia concessione alla tradizione solo perchè è tradizione." (Norberto Bobbio)

INTRODUZIONE

I rapporti contrattuali, siano essi celebrati tra privati e, pertanto, regolamentati dal Codice Civile, o firmati tra consumatore e fornitore[2], stanno supportando una situazione anomala di crisi sanitaria e economica, a causa della pandemia causata dalla Covid-19, che può portare alla revisione o alla risoluzione dei contratti, o anche nell'estinzione involontaria dell'obbligo. Questo fatto ha causato una serie di interrogativi e dubbi per quanto riguarda il rimedio legale appropriato per ristabilire l'equilibrio nei contratti, perso con il cambiamento della base oggettiva del contratto, soprattutto con quanto avvenuto durante il divieto temporaneo all'apertura degli esercizi commerciali. Si tratterebbe di una situazione straordinaria e imprevedibile, che potrebbe portare ad una revisione o ad una risoluzione contrattuale, oppure sarebbe l'ipotesi di un fatto inevitabile in grado di invocare l'inadempimento contrattuale, basato su un *caso fortuito* o *forza maggiore*? Come arbitrare in modo equo eventuali riduzioni di importi nel contratto o nei rapporti di locazione? Questi e altri argomenti saranno esaminati qui di seguito.

[2] Questi rapporti sono regolamentati dal Codice di Difesa del Consumatore brasiliano (CDC).

I. EQUILIBRIO CONTRATTUALE E TEMPORALITÀ

Da molto tempo le parole di Alfred Fouillée, nel senso che tutti i contratti liberamente conclusi, per definizione sarebbero in conformità alla giustizia ed all'interesse generale, il che ha portato all'affermazione "chi dice contrattuale dice giusto" (*qui dit contractuel dit juste*)[3], non sono più in linea con l'idea di equilibrio e correttezza nei rapporti contrattuali. Alla fine del secolo scorso e soprattutto dopo l'avvento del testo costituzionale brasiliano del 1988, il principio dell'*intangibilità contrattuale*[4], sancito dalla massima *pacta sunt servanda*[5], ha iniziato ad essere mitigato con la possibilità di revisione giudiziaria dei contratti, il che si è intensificato con la legge del diritto dei consumatori e dal codice Civile brasiliano del 2002.

Chi dice contrattuale, anche se si tratta di un accordo paritario (*contrat de grés à grés*), in realtá non vuole dire sempre giusto, specialmente di fronte a situazioni anomale, siano esse inevitabili o imprevedibili, che possono accadere nel momento della conclusione o dopo, nei casi di contratti successivi o di esecuzione differita.

La parola contratto, dal latino *contractus*, viene da *contrahere*, unire, riunione del consenso[6], motivo per il quale la nozione stessa di contratto è collegata all'idea di commutatività o *giustizia commutativa*[7], che non è altro se non la necessità dell'esistenza di un equilibrio. Senza equivalenza, senza commutatività, la convenzione perde la sua essenza, dato che sono nozioni inseparabili, poiché deve esistere sempre un legame tra l'accordo delle volontà e l'equivalenza tra prestazione e controprestazione. Un contratto realizzato senza questo binomio diventa iniquo, disuguale e non raggiunge la tanto ambita *giustizia contrattuale*.

[3] Alfred Fouillée, La Science sociale contemporaine, Paris: Hachette, 1880, p. 410.
[4] Come previsto dall'art. 1372 del Codice Civile italiano.
[5] "*I patti devono essere osservati"*
[6] http://etimo.it/?term=contratto&find=Cerca
[7] La parola giustizia si divide per differenziarne le forme di manifestazione. Aristotele differenzia la giustizia commutativa (*iustitia commutativa*) dalla giustizia distributiva (*iustitia distributiva*). La prima, detta anche giustizia compensativa, correttiva o sinallagmatica, implica l'uguaglianza tra prestazione e controprestazione, tra ciò che si intende per equivalente, *verbi gratia*, danno/indennizzo e prezzo/merce, utilizzata, soprattutto, nell'ambito contrattuale e nella responsabilità civile. La seconda (giustizia distributiva), a sua volta, richiede che tutte le persone siano trattate allo stesso modo, in un rapporto tra la comunità ed i suoi membri. Oltre a queste due forme di manifestazione, c'è la *iustitia legalis*, sviluppata da Tommaso D'Aquino, consistente nel dovere che una persona ha verso il tutto, come il dovere di voto o l'uso sociale della proprietà. Mira al bene comune. Questa nozione è stata trasformata in giustizia sociale, idealizzata poco più di un secolo fa. (Norbert Horn, *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 239).

Oltre alla commutatività inerente a qualsiasi contratto[8], questo è un atto di emancipazione del futuro, considerarto che nei contratti successivi, il tempo è il loro mezzo naturale di esecuzione. Ciò considerato, *commutatività e temporalità* possono diventare in alcuni casi apparentemente conflittuali, poiché nel tempo possono sorgere imprevisti da parte dei contraenti, al momento di firmare l'accordo o anche situazioni imprevedibili e inevitabili, provocando squilibrio nel rapporto contrattuale e, di conseguenza, violare all'*idea di commutatività*.

Il contratto, pur essendo un concetto giuridico, non costituisce una realtà autonoma, ma sì integrata a una visione economica e sociale, una vera operazione che innegabilmente favorisce la circolazione della ricchezza[9]. Se l'obbligatorietà del suo adempimento è essenziale per la sua esistenza, allo stesso modo vi è una funzione sociale che consente il ristabilimento del suo equilibrio eventualmente perduto.

II. CASO FORTUITO E FORZA MAGGIORE: NECESSITÀ E INEVITABILITÀ

Non vi è tra i romanisti un consenso nei concetti di caso fortuito e forza maggiore. Sul Digesto (50.8.2.7), caso fortuito viene definito come segue*: fortuitus casus est qui nullo humano consilio praevideri potest* (caso fortuito è quello che nessun ragionamento umano possa prevedere), mentre sull'Institutas de Gaio, forza maggiore (*vis maior*) *est cui humana infirmitas resistire non postest* (forza maggiore è quella alla quale la debolezza umana non può resistere)[10]. Per alcuni, *casus fortuitus* sarebbe il fatto umano, come una guerra o un'invasione, e forza maggiore sarebbe collegata a fenomeni naturali, come ad esempio un fulmine o un uragano; per altri, caso fortuito sarebbe l'evento della natura imprevidibile e la *vis maior* il fatto umano irresistibile[11].

[8] Eccezione ai contratti aleatori.
[9] Enzo Roppo, *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 2009, p. 8/9.
[10] V. Emilio Betti, *Istituzioni di Diritto Romano, volume secondo, parte prima*, Padova: Cedam. 1962, p. 253 e s. No Digesto 19, 2, 15, 2, *in Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, vol. III, livros 12-19, trad. Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos (Conselheiro Vasconcellos), São Paulo: YK Editora, 2018, p. 307, há seguinte menção: "Vejamos se o locador é responsável por alguma coisa para com o locatário no caso de sobrevir um temporal calamitoso. Sérvio pensa que o proprietário deve indenizar o colono de todas as desgraças causadas por uma força maior, à qual é impossível resistir, como, por exemplo, pelo transbordamento de rios, invasão de pássaros ou inimigos e outras coisas semelhantes."
[11] José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, Vol. II, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40. Eugène Petit, *Tratado Elementar de Direito Romano*, trad. Jorge Luís Custódio Porto, Campinas: Russell, 2003, p. 622, ensina: "O caso fortuito é o acontecimento ao qual a vontade do devedor fica completamente alheia, e não pode lhe ser imputado. É um caso de força maior, *vis maior*, quando o homem é impotente para resistir, como os incêndios, as inundações, os ataques a mão armada."

Nel Codice Civile brasiliano del 2002 (art. 393) e in quello del 1916 (art. 1.058), il legislatore non ha fatto differenze tra caso fortuito da forza maggiore e la redazione per i due dispositivi è praticamente uguale[12]. Lo stesso succede in Italia *(Codice Civile,* art. 1218 e 1256)[13]. In Francia, nel sec. XIX, Théophile Huc concettualizzò questi due istituti come segue: *caso fortuito* sarebbe l'incidente causato da forza fisica inintelligente, in condizioni che non potevano essere previste dalle parti, mentre *forza maggiore* il fatto di terzi, che stabilì un ostacolo insormontabile al debitore, favorendo la mancata esecuzione della diligenza[14]. Clóvis Bevilaqua, nei suoi commenti all'art. 1.058 del Codice Civile brasiliano del 1916, proclamava la dispensabilità nella differenziazione, poiché gli effetti, in entrambi i casi, non sarebbero stati né evitabili né possibili da ostacolare[15]. Allo stesso modo, Massimo Bianca afferma che:

> *"Caso fortuito e forza maggiore non hanno un diverso significato. Il caso fortuito evidenzia l'aspetto della imprevedibilità mentre la forza maggiore quello della irresistibilità: ma questi due aspetti concorrono a delineare la medesima nozione di evento imprevedibile e inevitabile alla stregua della diligenza dovuta."*[16]

Francesco Galgano, a sua volta, comprende che *caso fortuito* corrisponde alla nozione di fatalità, come, *v.g.*, un terremoto o una tempesta. Insegna anche che *forza maggiore* indica qualcosa irresistibile, una forza della natura o un fatto di terzi, come una determinazione di un'autorità pubblica (*fatto del principe*)[17], il che ci porta nella direzione in cui c'è somiglianza nei concetti, anche perché vi è la forza della natura in entrambi gli istituti.

Vi è chi sostiene[18] che il o *caso fortuito* sarebbe un fatto o un atto che non rappresenta la volontà dei contraenti, legato al comportamento umano, come scioperi, guerre,

[12] Código Civil de 2002, art. 393: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir." O art. 1.058 do Código Civil de 1916 apenas acrescentava, em seu *caput* a exceção aos artigos 955, 956 e 957, que tratavam da mora.
[13] CC (Código Civil brasileiro) e c.c. (*Codice Civile italiano*).
[14] Théophile Huc, *Commentaire Théorique & Pratique du Code Civil*, Paris: Librairie Cotillon, 1895, VII, ns. 143 e 144.
[15] Clóvis Bevilaqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 173.
[16] C. Massimo Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 589.
[17] Francesco Galgano, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano: CEDAM, sesta edizione, 2010, p. 158.
[18] Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro, 2 – Teoria Geral da Obrigações*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 379.

sommosse, ecc. e, *forza maggiore* si riferirebbe ad eventi esterni o fenomeni della natura, ad es. terremoti, tempeste, fatto del principe (*factum principis*)[19] ecc. La maggior parte degli indottrinatori brasiliani afferma che *caso fortuito* e *forza maggiore* sono espressioni sinonime o irrilevante la sua differenziazione[20]. Tuttavia, sebbene il Codice Civile brasiliano affronti questo tema (art. 393) sulla stessa linea del codice precedente (art. 1.058) e apparentemente non discrimini, l'art. 734 dell'attuale codice tratta sull'escludente di responsabilità del trasportatore nell'ipotesi di *forza maggiore*, senza alcuna allusione al *caso fortuito*. Questo dispositivo, infatti, risponde alla teoria idealizzata da Agostinho Alvim[21], secondo la quale il caso fortuito è un impedimento legato alla persona del debitore o alla sua azienda (*fortuito interno*) e la *forza maggiore* a un evento esterno (*fortuito esterno*).

Infatti, un sistema incentrato sulla responsabilità civile soggettiva, come il Codice Civile brasiliano del 1916, non era necessaria una distinzione tra *caso fortuito* e *forza maggiore*, poiché entrambi erano escludenti dal nesso di causalità. Tuttavia, con l'avvento della Costituzione Federale del Brasile (1988), del Codice di Difersa dei Consumatori (1990) e dell'attuale Codice Civile (2002), in cui la responsabilità oggettiva ha iniziato a coprire la maggior parte delle situazioni legate alla riparazione dei danni[22], questa differenziazione è diventata indispensabile.

---

[19] Celso Antônio Bandeira de Mello, ***Curso de Direito Administrativo***, 18ª ed., Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 692, define *fait du prince* como "o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário."

[20] Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, São Paulo: Saraiva, 28ª ed., 2012, p. 403; Arnoldo Wald, *Direito Civil, Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 173; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito* Civil, vol. II, *Teoria Geral das Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 23ª ed., 2009, p. 346 e 347; Orlando Gomes, *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 176; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 1ª Parte*, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 317; Silvio Rodrigues, *Direito Civil, Parte Geral das* Obrigações, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239; Carlos Alberto Dabus Maluf, *Do caso fortuito e da força maior, in* Nery, Rosa Maria de Andrade; Donnini, Rogério, *Responsabilidade Civil, Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81-102.

[21] *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1980, p. 330.

[22] "La regola generale del Codice della responsabilità civile soggettiva del Codice di 1916, seguita dal caput dell'art. 927 del vigente Codice, non si traduce più nella maggior parte dei casi in cui si chiede il risarcimento. A tal fine è sufficiente esaminare il sistema oggettivo di responsabilità civile adottato dal Codice della Tutela del Consumo, le ipotesi relative alle tematiche ambientali, il sistema oggettivo del comma unico dell'articolo in questione (art. 927) e le eccezioni previste dagli artt. 936/940 del Codice Civile, tra gli altri, per concludere che la regola è diventata applicazione della responsabilità oggettiva. Va notato che tutti questi casi di responsabilità senza colpa aumentano ancora di più se si analizza se esiste o meno una differenza tra attività rischiosa e rischio dell'attività. Nel primo caso, ispirato all'art. 2050 del Codice Civile, l'attività pericolosa sarebbe quella esistente in situazioni di pericolo reale, di grande impatto (attività nucleare). Nel secondo caso (rischio di attività), il maggior numero di situazioni rientrerebbe nell'ambito della responsabilità oggettiva, poiché l'attività umana, per quanto offensiva possa sembrare, presenta rischi innegabili, come la vendita di cibo, bevande, medicinali, trasporti, tra gli altri, che, come si può vedere, in un rapporto di consumo fanno già parte del sistema di

I tribunali brasiliani, adottando le nozioni di *fortuito interno* e *fortuito esterno*, hanno delimitato quando vi è *forza maggiore* (*fortuito esterno*), ossia, un fatto capace, quindi, di escludere la responsabilità, e quando l'evento è inerente all'attività economica della società commerciale e incapace di escludere il nesso causale, configurando un *fortuito interno*[23], e quindi, l'agente deve rispondere oggettivamente per il danno. Pertanto, *caso fortuito* e *forza maggiore* sono attualmente specie del genere *fortuito esterno* e il fatto inevitabile deve essere estraneo all'organizzazione della società. Se, invece, esiste una relazione tra l'evento e l'attività aziendale, anche se inevitabile, non costituisce una possibilità di non adempimeto dell'obbligo, trattandosi di un evento considerato *fortuito interno*[24]. Uno dei casi in cui la Corte Superiore di Giustizia (STJ Superior Tribunal de Justiça) ha deciso in questa direzione è il crollo del soffitto di un centro commerciale, causato da un fortissimo temporale e, quindi, anormale e inevitabile, che ha provocato lesioni a un consumatore. La Corte ha ritenuto si trattasse di *fortuito interno*, dato che spetterebbe al fornitore garantire l'integrità fisica del consumatore, il quale fu risarcito per i danni subiti, in quanto la responsabilità civile oggettiva della società[25], derivante dal rischio dell'attività, ai sensi dell'art. 14 de Codice di Difesa dei Consumatori (CDC).

A prescindere dalla discussione sulla differenziazione o meno di *caso fortuito* e *forza maggiore*, il corretto è che per l'incidenza di queste figure è indispensabile che ci siano due requisiti: *necessità e inevitabillità*. Il primo indica un evento di natura grave, che possiede, per la sua grandezza, il potere di rendere impossibile l'adempimento dell' obbligazione; il secondo impone l'inesistenza dei mezzi per evitare l'accaduto[26]. Se queste ipotesi vengono soddisfatte, l'obbligo si estingue, senza che il debitore sia ritenuto responsabile delle perdite derivanti dall'evento, in quanto si tratta di un'adempienza involontaria dell'obbligo.

La situazione causata dalla pandemia della *Covid-19*, con una quarantena imposta ed il divieto all'attività commerciale da parte di quasi tutti gli esercizi, durante un

responsabilità oggettiva." (Rogério Donnini *in Comentários ao Código Civil Brasileiro, arts. 927/954*, vol. VIII, coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 387/388).

[23] O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 258707/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 22/08/2000, DJ 25/09/2000, definiu caso fortuito e força maior da seguinte forma: "*Segundo qualificada doutrina, que encontrou eco nesta Corte, caso fortuito é 'o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes', enquanto a força maior é 'o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade."* Súmula 479 do STJ: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."

[24] Superior Tribunal de Justiça (STJ) – REsp 1450.434.

[25] STJ - **REsp 1.764.439.**

[26] Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 347.

lungo periodo, soddisfa, in tesi, i requisiti di cui sopra, considerando che l'evento è grave e non vi era modo di fermarlo. Tuttavia, affinché il debitore si avvalga di questo permesso legale (Codice Civile Brasiliano, art. 393), è necessario dimostrare il carattere inevitabile, come, ad esempio, l'obbligo del debitore di consegnare al creditore un gran numero di attrezzature chirurgiche che sono state acquisite, nella loro totalità, dal Potere Pubblico, senza che nessun altro possa essere offerto. L'inadimpienza del debitore che dovrebbe consegnare questa merce entro il termine stabilito contrattualmente, sarebbe giustificabile, il che consentirebbe la risoluzione del contratto, con la restituzione del prezzo, se già ricevuto, senza alcuna multa o indennizzo per perdite o danni, in quanto si tratta di *fortuito esterno*, dovuto non solo alla pandemia stessa, ma soprattutto a determinazioni governative che hanno impedito, anche se temporaneamente, l'esercizio delle attività della società. Una situazione simile si verifica nella legislazione italiana (c.c., artt. 1463 e 1464 – sopravvenuta impossibilità totale o parziale della prestazione dovuta).

Non è diversa l'ipotesi dell'impossibilità del pagamento dell'affitto nei rapporti di locazione, siano essi residenziali o commerciali, in cui il fatto notorio della pandemia e le sue conseguenze concrete, di per sé, non sarebbero argomenti capaci di provocare la risoluzione del contratto, a meno che ci sia conferma che l'impossibilità dell'esercizio dell'attività abbia portato il locatario all'insolvenza, il che giustificherebbe la non incidenza della multa contrattuale e, come conseguenza, l'estinzione dell'accordo. Se, d'altra parte, vi è impossibilità temporanea o parziale di rispettare il contratto, ma esiste una vera intenzione di rimanere nel rapporto *ex locato*, si giustifica la riduzione, per un certo periodo di tempo, del valore dell'affitto, senza dimenticare, tuttavia, che il proprietario non può stare senza assistenza, sotto pena di causargli gravi danni, motivo per cui la riduzione deve essere basata su *ragionevolezza*[27], o *equità*, come stabilisce l'art.1374 del Codice Civile italiano.

III. REVISIONE DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI, RISOLUZIONE CONTRATTUALE, FUNZIONE SOCIALE DEL CONTRATTO E BUONA FEDE OGGETTIVA

Sotto l'egida del Codice Civile brasiliano del 1916 e della Costituzione

[27] Em acórdão da 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP, no agravo de instrumento nº 2069928-09.2020.8.26.0000, sob relatoria do desembargador Costa Wagner, com razoabilidade, decidiu pela redução temporário do aluguel em 50%.

Federale del 1988, il principio della *forza obbligatoria dei patti*, sancito dalla massima *contractus enim legem ex conventione accipiunt*[28], era difeso dalla maggior parte della dottrina e deciso dai tribunali brasiliani con estremo rigore, salvo eccezioni, anche in varie situazioni ingiuste, disuguali, squilibrate. Sebbene non ci fosse alcun dispositivo espresso tra di noi, sull'esempio del *Code Napoléon* (art. 1134)[29] o del *Codice Civile italiano* (art. 1372)[30], stabilendo che i contratti legalmente costituiti hanno forza di legge per le parti, la loro applicazione derivava dalla teoria contrattuale classica, *un principio generale del diritto.*

Il principio della *forza obbligatoria dei contratti* era ed è l'essenza stessa delle convenzioni e continua ad essere fondamentale, poiché non avrebbe nessun senso assumere senza che ci fosse un modo per costringere i contraenti al rispetto dell'obbligo[31]. Tuttavia, vi è stato un cambiamento di paradigma più intenso, a partire dal Codice di Difesa del Consumatore (1990) e dell'attuale Codice Civile (2002), già delineato a partire dal testo costituzionale, una vera attenuazione all'*intangibilità contrattuale*, che, come si vede, ha prevalso per quasi tutto il sec. XX. Dispositivi della nostra legge sui consumatori (art. 6º, V) e del Codice Civile (artt. 317 e 478) hanno iniziato ad ammettere espressamente la possibilità di revisione e la risoluzione contrattuale in situazioni in cui fattori esterni ai patti, ritenuti straordinari e imprevedibili, potrebbero modificare la base giuridica contrattuale[32].

Se vi era un impegno del Codice Civile brasiliano del 1916 con la circolazione delle ricchezze, con scarso interesse nell'equilibrio tra prestazione e controprestazione, l'attuale legislazione cerca la cosiddetta *giustizia contrattuale*, poiché diverse disposizioni costituzionali e infracostituzionali[33] richiedono trasparenza e correttezza nei rapporti

[28] Ulpiano, no Digesto L. 1, § 6º: *contractus enim legem ex conventione accipiunt* (os contratos recebem lei da convenção das partes).

[29] *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.* Elles doivent être exécutées de bonne foi" (tradução livre: "As convenções legalmente formadas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram. Só podem elas ser revogadas mediante consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite. Devem ser executadas de boa-fé".

[30] *Il contrato ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge"*

[31] Nell'antica Grecia, un uomo giusto e retto era colui che adempiva ai suoi obblighi derivanti da un contratto. La nozione di correzione era legata, in un primo momento, al rispetto dei diritti dell'altra parte, con l'adempimento di quanto promesso. A proposito di questa azione giusta e corretta, esemplificata da Aristotele nella sua opera *Etica a Nicomaco*, V. 2.12, sfociata nella cosiddetta *iustitia commutativa*.

[32] La cosiddetta *base oggettiva del negozio giuridico* viene violata quando non esiste il rapporto di equivalenza tra prestazione e controprestazione.V. Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1956, p. 224 e s.

[33] CF, arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana), 3º, I (solidariedade) e 170, *caput* (justiça social na ordem econômica); CC, arts. 317 (revisão contratual), 421 (função social do contrato) e 422 (boa-fé objetiva), 478 (resolução contratual por imprevisão e excessiva onerosidade); e CDC (Código de Defesa do Consumidor) arts. 4º, *caput* (transparência nas relações de consumo) e inciso III (boa-fé e equilíbrio contratual), 6º, V (modificação de cláusulas com prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas), entre outros.

contrattuali, evitando così il prevalere di situazioni sproporzionate che violano la buona fede oggettiva. Tuttavia, la possibilità di invocare, senza la dovuta giustificazione e in modo esagerato la revisione dei contratti civili e commerciali, ha portato il legislatore brasiliano a stabilire che tali convenzioni sono presumibilmente paritarie, la cui alterazione di quanto concordato è divenuta eccezionale e limitata, inoltre a privilegiare l'autonomia privata (art. 421, paragrafo unico, e art. 421-A ed i suoi incisi I/III del Codice Civile brasiliano)[34].

L'esistenza di un maggior rigore in quanto pattuito, tuttavia, non preclude la possibilità di risoluzione o revisione dei contratti in determinate situazioni di *imprevedibilità* nei contratti a tratto successivo, con modifiche a quanto è stato inizialmente previsto dalle parti, rispetto ad un momento ulteriore, provocato da una causa esterna che lo porta a diventare iniquo, disuguale.

L'eccessiva onerosità sopravvenuta (*teoria da imprevisão - imprevidibilità*) ha origine nell'antica clausola *rebus sic stantibus*[35], che è l'abbreviazione della formula *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (nei contratti successivi o a termine determinato, il vincolo obbligatorio si intende subordinato al perdurare di quello stato di fatto vigente al momento della stipula)[36], glossa medievale attribuita a Neratio. Prima di integrare la legge civile sostanziale brasiliana, la rara applicazione di questa teoria era condizionata ad alcuni presupposti, che continuano a sussistere: a) la validità di un contratto commutativo di esecuzione continuata; b) cambiamento radicale delle condizioni economiche oggettive al momento dell'esecuzione, in contronto a quello della celebrazione del contratto; c) onerosità eccessiva per uno dei contraenti e vantaggio esagerato per l'altro, cosa che accade normalmente, ma che non è indispensabile; e d) *imprevisibilità* e *straordinarietà* di tale cambiamento[37]. Il requisito del vantaggio esagerato per l'altro contraente non sempre è rispettato e non è essenziale, perché in

[34] Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

[35] La clausola *rebus sic stantibus* ha il seguente significato: "clausola" è una parola di origine latina, conclusione, disposizione, cosa si decide, cosa si conclude. *Rebus* è ablativo del plurale *res, rei* (cosa, evento, fatto, circostanza, fortuna, stato di cose). *Sic* è un avverbio, apocope de *sice* (così, in questo modo). *Stantibus* è un plurale ablativo del participio presente del verbo latino intransitivo *sto, stas, steti, statum, stare* (essere, conservarsi, mantenersi). In questo modo, *rebus sic stantibus* corrisponde a "stando così le cose" (Rogério Donnini, *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001, p. 9).

[36] Arnoldo Medeiros da Fonseca, em sua obra *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 2a. ed., 1943, p. 14.

[37] Maria Helena Diniz, ob. cit., p. 184.

situazioni straordinarie, come si vede durante una pandemia, entrambe le parti spesso sopportano le perdite.

Sebbene la possibilità di revisione o risoluzione contrattuale non si limiti alle ipotesi di *imprevidibilità* e *straordinarietà*, poiché la violazione delle *clausole generali* della *funzione sociale del contratto* e la *buona fede oggettiva* autorizzano anche tale rivendicazione[38], il Codice Civile brasiliano, in caso di qualcosa imprevedibile, richiede la sua dimostrazione. L'art. 317 di questo stesso statuto, che si occupa della revisione contrattuale[39], fa riferimento all'imprevedibilità, senza alcuna menzione ad un fatto straordinario, mentre l'art. 478, che tratta degli oneri eccessivi e della risoluzione contrattuale, racchiude entrambe le nozioni[40], ispirate all'art. 1467 del *Codice Civile* italiano. Gli eventi logicamente improbabili sono considerati imprevedibili, al di fuori della probabilità che può essere verificata; straordinaria sarebbe una situazione che va oltre la normalità prevista dagli eventi, cosa che statisticamente non succede facilmente[41].

Nei rapporti privati (quelli regolati dal Codice Civile brasiliano), gli artt. 317 e 478 impongono la dimostrazione dell'evento imprevedibile per la revisione o la risoluzione del contratto. Comunque, lo stesso non succede nei rapporti con i consumatori, perché il Codice di Difesa dei Consumatori (CDC) non ha adottato la classica *teoria della clausola rebus sic stantibus*, poiché ha optato per una redazione più adeguata e contemporanea, che esclude il criterio soggettivo di quanto sarebbe imprevedibile e ha inserito solo le parole *sproporzione* ed *onerosità eccessiva.* Così l'art. 6º, nº V, consente la modifica delle clausole contrattuali che stabiliscono situazioni sproporzionate o la loro revisione a causa di eventi sopravvenienti che le rendono eccessivamente onerose. Nella prima ipotesi, il giudice può modificare una o più clausole che stabiliscono una situazione sproporzionale, cioè che può provocare uno squilibrio contrattuale, sia di prezzo che di qualsiasi altro obbligo sproporzionato; nella seconda, vi è la possibilità di revisione giudiziale della clausola del prezzo, che era equa al momento della conclusione del contratto ed è diventata

[38] V. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado*, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 724, e Rogério Donnini, *Revisão Contratual sem Imprevisão, in Revista do Advogado*, v. 98, p. 212-221, 2008.

[39] Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[40] "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

[41] Carlo G. Terranova, *Il Codice Civile – Commentario – L'eccessiva onerosità nei contratti – artt. 1467-1469*, Milano: Giuffrè Editore, 1995, p. 130.

eccessivamente onerosa per il consumatore. Non si parla di fatti imprevedibili e straordinari. È sufficiente che ci sia sproporzione o squilibrio per causare un onere eccessivo.

La possibilità di revisione giudiziale del contratto non porta vantaggi solo al consumatore, poiché, visto il citato art. 6º, nº V della legge dei consumatori brasiliana è incluso tra i diritti fondamentali del consumatore, può essere richiesto dal fornitore di prodotti o servizi il cambiamento o la revisione della clausola che causa una onerosità eccessiva, a causa delle disposizioni del § 2º dell'art. 51 dello stesso *codex*, e in virtù del principio della buona fede (art. 4º, nº III), che dovrebbe orientare i rapporti con i consumatori.

Nel Codice Civile brasiliano, in qualsiasi modo, sebbene vi sia una disposizione espressa dell'incidenza di un fatto imprevedibile per la modifica di clausole contrattuali o la risoluzione dell'accordo (CC, artt. 317 e 478), vi è ancora la possibilità di revisione giudiziaria del contratto, senza che ci sia imprevedibilità, ma solo sproporzione, squilibrio nel binomio, prestazione e controprestazione, causato da motivi esterne o derivanti dall'assunzione stessa, ma attualmente in via eccezionale, sotto la funzione sociale del contratto (CC, 421). Si tratta di un inserimento inaudito in una codificazione civile in Occidente, che si occupa espressamente della clausola generale della funzione sociale dei contratti, che funge da limitatore della libertà contrattuale, derivante dal principio di solidarietà (Costituzione Federale del Brasile - CF, art. 3º, I) e della funzione sociale della proprietà (CF, art. 5º, XXIII e CC, 1.228, § 1º). Il comportamento che si richiede dalle parti in ambito contrattuale altro non è se non un'estensione di questo principio[42], in quanto il contratto non può essere contemplato solo in ambito economico. Si noti che è un aspetto etico che lega un individuo alle responsabilità e agli interessi sociali, un vero comportamento incentrato sull'etica, con lo scopo di favorire altre persone in una determinata società. Pertanto, un contratto non è più ammesso senza che prevalga la sua concezione sociale, sotto l'idea di commutatività e di buona fede oggettiva. Pertanto, la funzione sociale del contratto serve come base affinché si effettui tra i contraenti un equilibrio, un rapporto equo, pena la revisione dell'accordo.

[42] Dalla parola solidale (dal latino *solidariu*) nasce solidarietà, che significa obbligo reciproco tra le persone, che sono legate l'una all'altra e ciascuna da tutte le altre. Na mesma direção, Michael J. Sandel *in Justiça – O que é fazer a coisa certa*, trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 277, afirma: "Diferentemente dos deveres naturais, as obrigações de solidariedade são particulares, e não universais; elas envolvem responsabilidades morais que devemos ter não apenas com os seres racionais, mas com aqueles com quem compartilhamos uma determinada história. No entanto, diferentemente das obrigações voluntárias, elas não dependem de um ato de consentimento. Seu valor moral fundamenta-se, ao contrário, no aspecto localizado da reflexão moral, no reconhecimento do fato de que minha história de vida está implicada na história dos demais indivíduos."

La funzione sociale del contratto consente, inoltre, l'applicazione del *principio della conservazione dei contratti* nei rapporti tra privati[43], regolati dal Codice Civile, rendendo possibile il mantenimento del contratto, con il ripristino dell'equilibrio[44], a meno che il solo intento di uno dei contraenti sia la risoluzione. Anche in questa ipotesi, il sistema ammette comunque il mantenimento del patto, a condizione che il convenuto nell'azione di risoluzione modifichi equamente le condizioni del contratto (CC, art. 479)[45]. Però, in un primo momento, a causa della funzione sociale dei contratti e della clausola generale di buona fede di cui sopra, vi è il dovere di rinegoziare[46].

La clausola generale di buona fede oggettiva (CC brasiliano, art. 422; Codice di Procedura Civile brasiliano CPC), art. 5º)[47], accanto all'imposizione legale dell'interpretazione dei contratti secondo la buona fede (CC, art. 113)[48], autorizza inoltre la modifica delle clausole contrattuali divenute inique, ingiuste, poiché l'eccessivo onere e l'ipotesi di un rapporto contrattuale divenuto sproporzionato per fattori esterni quando, al momento della celebrazione dell'accordo era equo, consente l'invocazione della clausola generale di buona fede, in quanto tale mantenimento di un contratto con squilibrio economico-finanziario non può essere ignorato, specialmente se questo fatto si verifica in

[43] V. Alexandre Guerra, *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos*, São Paulo: Almedina, 2016.
[44] Rogério Donnini, *Responsabilidade civil pós-contratual*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.
[45] Il Codice di Difesa del Consumatore (CDC) prevede all'art. 51, § 2, il principio di conservazione dei contratti: "A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes."
[46] V. Carolina Xavier da Silveira Moreira, *O dever de renegociar em contratos de longa duração – De acordo com a Lei da Liberdade Econômica – à luz da pandemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19)*, São Paulo: LiberArs Editora, 2020.
[47] "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé." V. Rogério Donnini, *Bona fides: do direito material ao processual*, *Revista de Processo (RePro)* nº 41, janeiro de 2016, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, p. 113/126, ou https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4597/3015
Ulpiano, no Digesto 1.1.10.1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* Il primo precetto è la moralità (vivere onestamente), che ritrae accuratamente la moralità stoica, che elogia l'onestà come un bene supremo. Per lo stoicismo la virtù è soprattutto ed è imposta dall'universo intero, dato che la natura è dominata dalla ragione e questa regola la natura dell'uomo. Quindi, ciò che corrisponde alla ragione pratica e alle concezioni dell'etica è, allo stesso tempo, naturale. Un uomo giusto e corretto era colui che adempiva ai suoi obblighi contrattuali. Agire con correttezza era legato al rispetto dei diritti dell'altro contraente, con l'adempimento di quanto promesso, concordato. Questa azione giusta, corretta e proporzionale ha prodotto la cosiddetta *iustitia commutativa* (Helmut Coing, *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 42, 43 e 245). Nel diritto romano-giustinianeo, *honeste vivere* ha assunto un significato più ampio, che includeva la buona fede (*bona fides*), l'idea di giustizia e anche di lealtà. In questo modo, la nozione di *bona fides* è collegata a *honeste vivere*, perché *honestus* è associato a *virtus* (a venire) e onore. Pertanto, *vir honestus* è tanto quanto *vir bonus* (uomo buono), cioè uno che agisce secondo l'onore civile, con la totale reputazione che ha davanti alla legge, il cui scopo è il bene della comunità. (Juan Iglesias, *Direito Romano*, trad. da 18ª edição espanhola de Claudia de Miranda Avena, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 156).
[48] "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

gran parte, come si può verificare attualmente durante questa pandemia, provocando un danno sociale.

Vista l'espressa possibilità di revisione delle clausole contrattuali nei rapporti del Diritto Civile o del diritto dei consumatori, nonché le clausole generali che autorizzano anche tale atteggiamento, non è stato necessario creare norme imperative specifiche a causa della pandemia, come avvenuto in Italia[49], sebbene esistano disposizioni legali che consentono sia l'offerta equa, in caso di risoluzione del contratto, prevista dall'art. 1467 c.c. (*La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*)[50], sia la rinegoziazione del debito, basata sulla buona fede oggettiva, come si può costatare sugli artt. 1175 (*Comportamento secondo correttezza*), 1367 (*Conservazione del contratto*) 1375 (Esecuzione di buona fede), 1450 (Offerta di modificazione del contratto – equità), 1464 (Impossibilità parziale) e 1664 (Onerosità o difficoltà dell'esecuzione), tutti sul Codice Civile.

IV. RAGIONEVOLEZZA ED EQUITÀ NELLA DECISIONE RIGUARDANTE LA REVISIONE DEL VALORE DEL CONTRATTO

Quando si parla di ragionevolezza, questa nozione, che non è ampiamente utilizzata nel Diritto Civile, viene spesso confusa con buona fede, fiducia, abuso del diritto o equità. Benché in diversi articoli del Codice Civile brasiliano sia presente la parola ragionevole (artt. 562, 606, 623, 1.530 e 1.807)[51], così come nel Codice Civile italiano (artt.

[49] L'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 dispone: "All'articolo 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: «6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»"

[50] L'art. 479 del Codice Civile brasiliano è stato ispirato nel Codice Civile italiano: "A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato."

[51] Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo **razoável** para que cumpra a obrigação assumida.
Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação **razoável**, desde que tenha agido com boa-fé.
Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização **razoável**, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra.
Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644 , se o objeto for judicialmente embargado, se sobre

1469-bis, 1748, 1783 e 2426 c.c.)[52], queste disposizioni legali trattano di "termine ragionevole", "indennità ragionevole", "compenso ragionevole", "motivo ragionevole", "certezza ragionevole". In effetti, spesso si confonde il concetto di ragionevolezza con proporzionalità, buona-fede, abuso del diritto ed equità, o anche arbitrarietà, coscienza sociale e norma in bianco (vuota), quando sono nozioni diverse.

La proporzionalità si trattiene alla graduazione del provvedimento, ossia, al divieto di eccedenza, mentre la ragionevolezza tiene conto dell'analisi della compatibilità del caso concreto e della sua esigibilità in una determinata situazione. Differisce dalla buona fede, perché mentre questa comprende le nozioni di probità e lealtà[53], oltre agli annessi doveri di

---

ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.
Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu. Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo **razoável** para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.
Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo **razoável**, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.

[52] 1469-bis Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore.
Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obbblighi derivanti dal contratto.
In relazione al contrattto di cui al primo comma, il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma. Si presumono clausole vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di:...8) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un **ragionevole** preavviso, tranne nel caso di giusta causa;
Art. 1748 Diritti dell'agente ed obblighi del preponente
Il preponente deve porre a disposizione dell'agente la documentazione necessaria relativa ai beni o servizi trattati e fornire all'agente le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto; in particolare avvertire l'agente, entro un termine **ragionevole**, non appena preveda che il volume delle operazioni commerciali sarà notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto normalmente attendersi. Il preponente deve inoltre informare l'agente, entro un termine ragionevole, dell'accettazione o del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli.
Art. 1783 Responsabilità per le cose portate in albergo
Gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal consumatore in albergo. Sono considerate cose portate in albergo:
...
3) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo **ragionevole**, precedente o successivo a quello in cui il consumatore dispone dell'alloggio.
Art. 2426 Criteri di valutazione
Nelle valutazioni devono essere osservati i seguenti criteri:
...
11) i lavori in corso su ordinazione possono essere iscritti sulla base dei corrispettivi contrattuali maturati con **ragionevole** certezza;

[53] La parola probo, dal latino *probus*, è composta dal prefisso *pro* (avanti) e dal suffisso *bus*, del radicale pre-latino *bhu* (essere), che letteralmente significa "che è avanti". Il vero significato e comunemente usato in latino è quello di abile, buono, coraggioso e impiegato in senso morale, come qualcuno che agisce con rettitudine, onestà, correttezza. La parola provare ha la stessa radice di probo (*probus*), cioè, quello che può provare, per essere una buona persona e, quindi, capace di provare qualcosa, contrariamente a quanto accade a una persona

protezione ed informazione, la ragionevolezza è legata all'efficienza economica o all'utilità. É diversa anche dall'abuso del diritto, poiché si tratta del potere legittimo esercitato in modo eccessivo, violando la buona fede, mentre la ragionevolezza riguarda l'adeguatezza. Se l'equità è legata alla proporzione e all'equilibrio, la ragionevolezza fa parte del processo ermeneutico ed è considerata uno dei canoni dell'interpretazione, quando si mettono in relazione valori e interessi, adattandoli. L'equità, quindi è un criterio di decisione o ha come scopo integrare un contratto ed è stabilita dal legislatore (CPC brasiliano, art. 140; CPC italiano, artt. 113 e 114; art. 1374 c.c.), in relazione ad un caso concreto.

La ragionevolezza, a sua volta, è lo strumento di controllo nell'applicazione della norma il cui obiettivo è quello di evitare incertezze, antinomie o contraddizioni al momento di interpretarla[54]. Allo stesso modo in cui presenta differenze rispetto agli istituti precedenti, non è un atto arbitrario o una regola in bianco (vuota), poiché ha supporto legale.

La ragionevolezza, in questo modo, è un *principio generale del diritto* che ha come finalità la realizzazione di un criterio per la correzione del ragionamento pratico, la vera esperienza pratica, una miscela di buon senso, senso giuridico, ponderazione ed equilibrio, come misura di giustizia[55]. Pertanto, la nozione di ragionevolezza, come già detto, rientra nel principio della legalità, in quanto la questione giudiziale e la decisione devono essere previste dalla legge e ciò che risulta è un'integrazione di valori che dipende dal momento storico[56].

---

considerata *improbus*. (Ottorino Pianigiani, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana, in https://www.etimo.it/?term=probo&find=Cerca)*. Chi agisce con probità è, di conseguenza, leale (dal latino *legalem*), persona che mantiene la parola data, sincera, incapace di ingannare. Lealtà, quindi, significa agire con probità, considerazione, cioè secondo i precetti che governano l'onore, qualcuno che è integro, onesto. Nello stesso senso di rispettoso, di rispetto, la cui etimologia deriva da *re* (di nuovo), più *spichere* (guardare), cioè guardare di nuovo, considerando l'atto da compiere.

[54] Giovanni Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 128.

[55] Poiché il giusto valore del diritto è la giustizia, si vede che è concepito non come un mero rapporto formale di atti e attività umane, ma come una concreta unità di questi, per la costituzione del bene comune. Questa è la precondizione dell'intero sistema giuridico, nelle parole di Miguel Reale *in Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272). In questa stessa direzione, questo indottrinatore *in Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2003, p. 91, aggiunge: "Il diritto non è solo una norma, come vuole Kelsen, non è solo un fatto, come dicono i marxisti o gli economisti del diritto, perché il diritto non è economia. Il diritto non è produzione economica, ma coinvolge la produzione economica e interferisce con essa; il diritto non è principalmente un valore, come pensano i sostenitori del diritto naturale tomista, ad esempio, perché il diritto è allo stesso tempo una norma, un fatto ed un valore."
È certo che la giustizia è un *dubium* e non un *certum*, motivo per cui non può essere trattata monologicamente, poiché la sua caratteristica centrale riguarda ciò che è equo, congruente, virtuoso, uguale. D'altra parte, in modo specifico, si riferisce alla congruenza relativa dell'essere umano. Da qui lo sforzo per la sua ricerca attraverso specie, come distributiva, diortica (rettificante, correttiva, commutativa e retributiva), tra le altre, come insegna Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Estudos de Filosofia do Direito - Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 2009, p. 168 e s.). V. Rogério Donnini, *Responsabilidade civil na pós-modernidade – felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 26 e s.

[56] V. Giovanni Perlingieri, ob. cit., p. 16.

È in accordo con questo tema la cosiddetta *logica del ragionevole*, di Luis Recaséns Siches, emersa come contrappunto alla logica giuridica meramente formale, che ha come intento quello di plasmare l'applicazione delle regole secondo la realtà del caso concreto, scegliendo la soluzione più ragionevole, tenendo conto gli eventi sociali, culturali ed economici, non allontanandosi dai criterio stabiliti dalla legge, ma con la finalità precipua di realizzare il valore della giustizia[57]. In quanto tale, il percorso ideale inseguito dal giudice inizia con il divieto del *non liquet*[58], passa dalla base legale, poiché il magistrato è soggetto alla legge, concretizzato nell'invocazione di una regola o di un principio positivato (clausola generale) o non positivado (principio generale del diritto)[59], senza tralasciare l'uso di entrambi, allo scopo di ricercare un *decisum* giusto, ancorato ad un ideale di giustizia[60].

In sintesi, la ragionevolezza è coerente con il giusto rimedio, soprattutto in assenza di una norma specifica. Così, la sua applicazione nella delimitazione della clausola generale di buona fede (CC brasiliano, art. 422), nella valutazione di ciò che è corretto (*correttezza* dell'art. 1175 del *Codice Civile*) è fondamentale, ragione per la quale vi è un legame reale tra ragionevolezza, buona fede e solidarietà. La ragionevolezza agisce anche nel momento della fissazione del valore per equità, poiché ha la funzione di evitare una distanza tra il diritto e la giustizia e di garantire che non vi sia discostamento dalla legge, con l'obiettivo di raggiungere un equilibrio di interessi. Si cerca, in questo modo, di verificare se il giudizio di equità è in rapporto ai termini del sistema in cui viene applicato, anche perché attualmente non vi è sia nella dottrina italiana sia in quella brasiliana, un'opposizione tra *ius*, *aequitas*[61] e ragionevolezza.

[57] Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofia de la interpretatión del derecho*. México: Porrúa, 1973. V. Alvaro de Azevedo Gonzaga, Lógica do Razoável, *in Enciclopédia Jurídica da PUCSP* - https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/62/edicao-1/logica-do-razoavel
"Non è per caso che *ius* (diritto) sia il termine primario ed *iustitia* il derivato, perché nel Digesto (1.1.1pr.) Ulpiano stabilisce questo collegamento: "*Iuri operate daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Iustitia appellatum è autam: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi "*. Poi (Digesto 1.1.1.1) afferma che i giureconsulti possono essere chiamati sacerdoti, poiché coltivano la giustizia e professano la conoscenza del bene e dell'equo (*bonum et aequum*), separando il giusto dall'ingiusto, distinguendo il lecito dall'illecito, oltre al fatto che aspirano a formare buone persone." (Rogério Donnini, ob. cit., p. 34).
[58] È un'espressione del diritto romano, che è stata applicata nei casi in cui il magistrato non aveva trovato una chiara risposta giuridica e, quindi, non era riuscito a decidere.
[59] Se positivato, diventa una clausola generale, altrimenti sarà un principio generale di diritto.
[60] Helmut Coing, ob. cit., p. 350.
[61] Pietro Perlingieri, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 229.

V. CONCLUSIONE

La pandemia causata dal *coronavirus* può provocare sia l'estinzione (risoluzione o inadempimento involontario degli obblighi) sia la revisione dei contratti, ma soprattutto vi è un dovere di rinegoziazione imposto alle parti.

Sebbene la dottrina nazionale e estera abbia sempre differenziato il *caso fortuito* dalla *teoria della eccessiva onerosità*, l'inevitabilità della situazione nel primo caso e l'imprevedibilità e straordinarietà nel secondo, entrambe le figure possono servire da supporto per il giusitificabile inadempimento dell'obbligo, con la risoluzione del contratto, o per la modifica della clausola contrattuale per eccessivo onere, per la mancata restituzione dell'equilibrio contrattuale, mediante dimostrazione inequivoca, purché il debitore non sia in mora.

Tutto dipende, tuttavia, dal caso specifico. Se l'interruzione dell'attività commerciale o industriale risulta nell'impossibilità dell'adempimento degli obblighi, fatto inevitabile (*fortuito esterno*) come, per esempio, la cessazione nella consegna di input o materia prima, l'inadempienza della obbligazione è giustificabile. D'altra parte però, nel caso il valore del prodotto o del servizio sia diventato eccessivamente oneroso, è necessaria una risoluzione o una revisione giudiziale (CC, artt. 317 e 478; CDC, artt. 6º, V e 51, § 2º, nella legislazione brasiliana; artt. 1175, 1375 e 1467 c.c.).

L'interruzione temporanea delle attività commerciali crea una situazione difficile da risolvere nei contratti di locazione di immobili commerciali e residenziali. Vi è un fatto inevitabile e molto meno previsto dalle parti che rende possibile ridurre temporaneamente il valore locativo, soprattutto nel primo caso. Comunque, se c'è il desiderio da parte del locatario di rimanere nel rapporto locatizio, questi non solo dovrebbe avere dei vantaggi, considerando che non è responsabilità esclusiva del locatore sostenere la diminuzione del valore, che, se fissata con equità e guidata dal principio di ragionevolezza, fornisce non solo l'idea di equilibrio delle perdite, ma anche la conservazione del contratto.

Il fatto notorio della pandemia, di per sé, non è base per l'incidenza di un caso fortuito esterno, della teoria delle circostanze impreviste o la pretesa riduttiva del importo contrattuale. È necessario provare l'inevitabilità e l'onerosità eccessiva, anche perché vi sono settori che non hanno subito delle perdite rilevanti in grado da giustificare l'inadempimento

contrattuale, la risoluzione o la revisione di quanto concordato, nonché i contratti aleatori, il cui rischio è insito nella loro natura, il che preclude qualsiasi pretesa in tal senso.

Ci deve essere buon senso e senso giuridico nelle situazioni di fortuito esterno o imprevedibilità, oltre al fatto che il giudice non dimentica che il diritto e l'economia vanno analizzati insieme, con il rischio che la crisi economica diventi ancora più grave.

Quando si stabilisce una possibile riduzione di una prestazione con equità, è indispensabile utilizzare il principio di ragionevolezza, in modo che non vi sia divario tra legge e giustizia, poiché la ponderazione, l'adeguatezza e l'equilibrio sono essenziali.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, vol. II, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Agostino. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1980.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano, volume secondo, parte prima*, Padova: Cedam, 1962.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976

BIANCA, Massimo C. *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano: Giuffrè Editore, 2014.

COING, Helmut. *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*, tradução de Elisete Antoniuk, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2012.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, vol. 3, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012

DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade – felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

_____. *Comentários ao Código Civil Brasileiro, arts. 927/954*, vol. VIII, coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Responsabilidade civil pós-contratual*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Revisão Contratual sem Imprevisão, in Revista do Advogado*, v. 98, 2008.

_____. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Bona fides: do direito material ao processual*, *Revista de Processo (RePro)* nº 41, janeiro de 2016, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, p. 113/126.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 2ª ed., 1943.

FOUILLÉE Alfred. *La Science sociale contemporaine*, Paris: Hachette, 1880.

GALGANO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano: CEDAM, sesta edizione, 2010.

GOMES, Orlando. *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, *2 – Teoria Geral da Obrigações*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo Gonzaga. *Lógica do Razoável*, *in Enciclopédia Jurídica da PUCSP* - https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/62/edicao-1/logica-do-razoavel

GUERRA, Alexandre. *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos*, São Paulo: Almedina, 2016.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*, tradução de Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HUC, Théophile. *Commentaire Théorique & Pratique du Code Civil*, Paris: Librairie Cotillon, 1895.

IGLESIAS, Juan. *Direito Romano*, trad. da 18ª edição espanhola de Claudia de Miranda Avena, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1956.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Do caso fortuito e da força maior, in* NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil, Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***, 18ª ed., Rio de Janeiro: Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, *Direito das Obrigações, 1ª Parte*, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, Carolina Xavier da Silveira. *O dever de renegociar em contratos de longa duração – De acordo com a Lei da Liberdade Econômica – à luz da pandemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19)*, São Paulo: LiberArs Editora, 2020.

NERY JUNIOR Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito* Civil, vol. II, Teoria Geral das *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 23ª ed., 2009.

PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETIT, Eugène. *Tratado Elementar de Direito Romano*, trad. Jorge Luís Custódio Porto, Campinas: Russell, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Parte Geral das* Obrigações, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 2009.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofia de la interpretatión del derecho*. México: Porrúa, 1973.

TERRANOVA, Carlo G. *Il Codice Civile – Commentario – L'eccessiva onerosità nei contratti – artt. 1467-1469*, Milano: Giuffrè Editore, 1995.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil, Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E DA COFINS, A CARGO DO CONTRIBUINTE-SUBSTITUÍDO – POSSIBILIDADE JURÍDICA – EXEGESE DO JULGAMENTO DO RE 574.706/PR – QUESTÕES CONEXAS

ICMS-ST CALCULATION SYSTEM, TAX BASIS OF THE CHARGES PIS AND COFINS, AND ITS EXEMPTION WHEN DUE BY THE TAXPAYER SUBSTITUTED. ANALYSIS OF THE RATIONALE IN THE CERTIORARI 574706-PR

Roque Antonio Carrazza[1]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0003-3402-5276

Submissão: 23/02/2022 Aprovação: 18/03/2022

RESUMO:

Em razão do que foi decidido no RE 574.706/PR (tema 69, da repercussão geral), o contribuinte-substituído tem o direito de excluir o montante do *ICMS-ST* da base de cálculo da *contribuição para o PIS* e da *COFINS*.

PALAVRAS-CHAVE: RE 574.706/PR. Substituído-tributário. *ICMS-ST*. Direito de exclusão da base de cálculo do *PIS/COFINS* .

ABSTRACT:

Due to the ruling by the Supreme Court on case number RE 574.706/PR (theme 69, with general repercussion), the substituted taxpayer has the right to exclude the amount of *ICMS-ST* from the taxable base of their contribution to *PIS* and *COFINS*

KEYWORDS: RE 574.706/PR. Substituted taxpayer. *ICMS-ST*. Right to the exclusion of the taxable base of *PIS/COFINS.*

[1] Titular da Cadeira Antonio Joaquim Ribas da Academia Paulista de Direito. Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado e Consultor Tributário. Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Tributário pela PUC/SP - Ex-Presidente da Academia Paulista de Direito. E-mail: roquecarrazza@uol.com.br - **Ark:/80372/2596/v9/006**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Síntese da decisão expendida nos autos do RE 574.706/PR. 3. Diferenças entre o ICMS-próprio e o ICMS-ST. 4. O contribuinte de direito, no ICMS-ST. 5 A base de cálculo do ICMS-ST. 6. O fato gerador definitivo (fato imponível) do ICMS-ST. 7. A repercussão do ICMS-ST, na base de cálculo do PIS/COFINS. 8. A indevida inclusão do ICMS-ST no faturamento/receita obtido pelo contribuinte-substituído, ao realizar a operação mercantil. 9. O alcance da tese fixada pelo STF, no julgamento do Tema 69 da repercussão geral. 10. A pequena liberdade dada ao STJ, pela decisão do STF, no RE nº 1.258.842. 11. O equivocado entendimento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. 12. Considerações complementares. 13. Conclusão. 14. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista o que foi decidido no RE 574.706/PR (Tema 69, da repercussão geral), procuraremos demonstrar, neste artigo, a possibilidade jurídica de o contribuinte-substituído do *ICMS-ST* excluir a parcela deste tributo da base de cálculo do *PIS/COFINS* a seu cargo.

Para tanto, ao depois de resumirmos o teor do aludido acórdão do *STF*, teceremos algumas considerações sobre ***(i)*** as diferenças entre o *ICMS-próprio* e o *ICMS-ST*, ***(ii)*** o contribuinte de direito no *ICMS-ST*, ***(iii)*** a base de cálculo do *ICMS-ST*, ***(iv)*** o fato gerador definitivo do *ICMS-ST*, ***(v)*** a indevida inclusão do *ICMS-ST* no faturamento/receita obtido pelo contribuinte-substituído, ao realizar a operação mercantil, ***(vi)*** o correto modo de se aplicar, em favor do contribuinte-substituído, a tese fixada pelo *STF*, no julgamento do Tema 69 da repercussão geral, ***(vi)*** a pequena liberdade dada ao *STJ*, pela decisão do *STF*, expendida no RE nº 1.258.842 e, ***(vii)*** o equívoco da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, quando sustenta que, em sendo admitida a aplicação, em favor do contribuinte-substituído, do Tema 69, da repercussão geral, somente o último, da cadeia de comercialização da mercadoria, faria jus à exclusão do *ICMS-ST*, da base de cálculo do *PIS/COFINS*.

2. SÍNTESE DA DECISÃO EXPENDIDA NOS AUTOS DO RE 574.706/PR

Para melhor nos situarmos no assunto, permitimo-nos lembrar que, em 15.03.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema 69, da repercussão geral, firmou, por maioria de votos, o entendimento de que "*[o] ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". Ao assim decidir, não fez qualquer distinção em relação ao contribuinte direto ou em substituição tributária.

Em 13/05/2021, aquela Alta Corte acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pela União, para modular os efeitos do julgado, fixando como marco temporal, a data da sessão de julgamento de 15.03.2017, para aplicação do que foi decidido no mencionado recurso extraordinário. Admitiu, ainda, a produção de efeitos retroativos para as ações judiciais e administrativas protocoladas até o julgamento do mérito do aludido recurso extraordinário.

Assim agremiados, passamos a cuidar do nosso assunto central.

3. DIFERENÇAS ENTRE O *ICMS-PRÓPRIO* E O *ICMS-ST*

I- Começamos por consignar que o *ICMS-operações mercantis* – que é o que será levado em conta, neste estudo – tem por *hipótese de incidência* (fato gerador *in abstracto*) a operação jurídica que, praticada por comerciante, industrial ou produtor, acarreta a circulação de mercadorias, isto é, a transmissão de sua titularidade.

Tributa-se, por meio dessa exação, a obrigação de dar mercadorias. Cuida-se, pois, de modalidade de imposto sobre atos jurídicos, na conhecida classificação de Amilcar de Araújo Falcão.[2]

II- Acrescentamos que o *ICMS* é gênero, do qual são espécies o *ICMS-próprio*[3] e o *ICMS-ST* (*ICMS-substituição tributária*)[4].

---

[2]. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, 7ª ed., São Paulo, Noeses, 2013, pp. 49 e ss. No mesmo sentido, Pontes de Miranda frisa que o *ICMS* é "*imposto sobre negócio jurídico bilateral, consensual... de que se irradia a circulação*" (*Comentários à Constituição de 1967*, 2ª ed., 2ª tiragem, Ed. R.T., São Paulo, 1973, vol. II, p. 507).

[3]. Por *ICMS-próprio* se entende o sujeito à técnica convencional de tributação, pela qual é o realizador do *fato imponível* que o recolhe aos cofres públicos, tomando por base de cálculo o valor da operação mercantil que realiza.

[4]. O *ICMS-ST* encontra *fundamento de validade* no art. 150, § 7º, da Constituição Federal; *verbis*: "*Art. 150 – ("omissis"): (...) § 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável*

Entretanto, o *ICMS-ST* não difere, em sua essência, do *ICMS-próprio*; apenas, nele, o contribuinte substituto assume o dever de recolher, de antemão, o tributo devido pelos subsequentes participantes da cadeia de circulação da mercadoria. Assim, deve apurar e pagar o *ICMS-próprio* (devido pela operação mercantil que realizou) e o *ICMS-ST* (que será devido, de acordo com *pautas fiscais*,[5] nas operações mercantis subsecutivas).

É também fundamental termos presente que, no *ICMS-ST*, o que a Lei Maior permite é a arrecadação antecipada do tributo; jamais, a superior à devida.

III- Por outro lado, a substituição tributária para frente, no *ICMS*, deve: ***a)*** ser implementada por meio de lei ordinária, *ex vi* do disposto nos arts. 150, § 7º e 155, § 2º, XII, *a* e *b*, ambos da Constituição Federal;[6] e 6º, da Lei Complementar nº 87/1996,[7] tudo em harmonia com os princípios *da legalidade* e *da tipicidade da tributação*; ***b)*** assegurar a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido; e, ***c)*** adotar o regime jurídico aplicável à tributação do contribuinte-substituído.

IV- Calha referir, ainda, que a substituição tributária não altera a natureza jurídica do *ICMS-operações mercantis*, que permanece sendo um imposto indireto, real e plurifásico,[8] incidente sobre negócios jurídicos praticados com mercadorias.

Remarcamos que a distinção entre o *ICMS-operações mercantis* e o *ICMS-ST* repousa simplesmente na forma de arrecadação; não, no núcleo (na consistência jurídica) do tributo.

Deveras, a substituição tributária é mera técnica de arrecadação, visando a conferir maior eficiência ao processo de fiscalização do *ICMS*, reduzindo-lhe, assim, a complexidade. Não passa, pois, de medida de *praticidade* (ou *praticabilidade*) *tributária*,[9]

---

pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido".

[5]. As *pautas fiscais* encerram *presunções relativas*, motivo pelo qual que devem ceder passo, caso venham contrariadas pela realidade, isto é, se a venda da mercadoria ao consumidor final se der por preço inferior ao estimado.

[6]. Constituição Federal: "*Art. 155 ('omissis') § 2º. O imposto previsto no inciso II* [*ICMS*] *atenderá ao seguinte: (...) XII- cabe à lei complementar: a) definir seus contribuintes; b) dispor sobre substituição tributária*" (esclarecemos nos colchetes).

[7]. Lei Complementar nº 87/1996: "*Art. 6º. Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário*".

[8]. O *ICMS* é um tributo ***(i)*** *indireto*, porque sua carga econômica é transferida para o consumidor final, ***(ii)*** *real*, porque incide sobre bens corpóreos ou a eles constitucionalmente equiparados (caso da energia elétrica) e, ***(iii)*** *plurifásico*, porque incide sobre todas as fases do ciclo econômico que leva a mercadoria do produtor ao consumidor final.

[9]. A substituição tributária *para frente* é adotada, no *ICMS*, por razões de *praticidade* (ou *praticabilidade*). Deveras, é ela que recomenda que se evitem execuções muito complicadas das leis, sobretudo quando devem ser aplicadas em massa.

que, no entanto, deve respeitar todos os direitos e garantias dos contribuintes.

De conseguinte, o regime de substituição tributária não pode implicar, para os contribuintes que participam da cadeia de circulação de mercadorias, nem aumento da carga econômica do *ICMS*, nem acúmulo de créditos.

4. O CONTRIBUINTE *DE DIREITO*, NO *ICMS-ST*

I- O contribuinte de direito (*de iure*) do *ICMS-ST* é o substituído e, não, o substituto. Irrelevantes, no caso, as circunstâncias ***(i)*** de haver retenção, por parte do substituto, do montante devido pelo substituído e, ***(ii)*** deste último destacar, ou não, em suas notas fiscais de venda, o valor do *ICMS-ST*.

Salientamos, a propósito, que o *quantum* do *ICMS-ST* está sempre a cargo do substituído, porquanto, ao adquirir a mercadoria, reembolsa o substituto, do montante do tributo que este antecipou.

A par disso, o *ICMS-ST*, tanto quanto o *ICMS-próprio*, precisa obedecer aos princípios constitucionais ***(i)*** da estrita legalidade, ***(ii)*** da vedação ao confisco, ***(iii)*** da capacidade contributiva, ***(iv)*** da isonomia, ***(v)*** da expressa designação do contribuinte, além de outros, que seria fastidioso enumerar.

II- Melhor explicitando, o contribuinte de direito (*de iure*) do *ICMS-ST* é sempre o substituído, pois é ele – e não o substituto – que é obrigado ao pagamento do tributo, por ter relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador *in concreto* (cf. art. 121, parágrafo único, I, do *CTN*).

O substituto, de seu turno, ao recolher o *ICMS-ST*, antecipa seu pagamento, mas não figura no polo passivo da obrigação tributária do substituído.[10]

Nesse sentido, não passa do responsável tributário, vale dizer, da pessoa que, sem revestir a condição de contribuinte, tem a obrigação legal de reter, antecipadamente, o montante de *ICMS* devido pelo substituído (cf. art. 121, parágrafo único, II, do *CTN*).

Um ponto, no entanto, é certo: em nome da praticidade não se podem romper os princípios constitucionais tributários, entre os quais se inscrevem o *do não confisco* e o *da não cumulatividade*.
Para aprofundamento do assunto, *v.*, de Regina Helena Costa, *Praticabilidade e Justiça Tributária: Exequibidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte* (Malheiros Editores, São Paulo, 2007).

[10]. Raciocínio análogo pode ser feito em relação ao denominado *imposto sobre a renda retido na fonte* (*IRRF*), em que o contribuinte de direito continua a ser a pessoa que obteve rendimentos, muito embora a *fonte pagadora* antecipe o recolhimento da exação aos cofres públicos.

A retenção apenas confirma que o Código Tributário Nacional acolheu a "*teoria dualista*", importante no estudo dos vínculos obrigacionais.[11]

III- Pouco importa se o substituído destaca, ou não, em suas notas fiscais de venda,[12] o valor do *ICMS-ST*, pois o sujeito passivo desse tributo é sempre ele.

Anotamos, ainda, que, de acordo com a Cláusula Terceira do Ajuste SINIEF nº 04/1993, o substituído deverá indicar, na sua nota fiscal, que o imposto devido, na respectiva operação, foi retido por substituição.

Alguns Estados agregam, a esta determinação, que o substituído deve informar, na nota fiscal, o montante de *ICMS* retido pelo substituto,[13] circunstância que não altera, antes confirma, a sujeição passiva desta exação.

5. A BASE DE CÁLCULO DO *ICMS-ST*

I- Damo-nos pressa em afirmar que a base de cálculo do *ICMS-ST* não é o valor da operação jurídica do substituto, mas o da realizada posteriormente pelo substituído.

Na nota fiscal emitida pelo substituto, a parcela do *ICMS-ST* é destacada em separado e acrescida ao valor da operação própria por ele realizada, de sorte a proporcionar o repasse diretamente ao Fisco estadual.

Em suma, o substituto tributário paga o *ICMS-ST* em nome do substituído. Noutro passo, a base de cálculo do *ICMS-ST* é o valor da operação mercantil a ser realizada pelo substituído e, não, o montante total recolhido pelo substituto.

---

[11]. De acordo com a "*teoria dualista*", que remonta ao antigo direito romano e ressurgiu fortalecida na doutrina alemã, as obrigações podem ser separadas logicamente em dois liames: um, de *crédito/débito* (*Shuld*) e, outro, de *garantia/responsabilidade* (*Haftung*). Enquanto o *Shuld* (*debitum*) – elemento não coativo, pois o devedor é livre para realizar, ou não, a prestação – surge com a formação do vínculo obrigacional, o *Haftung* (*obligatio*) nasce na hipótese de ocorrer o inadimplemento, isto é, de não ser realizada a prestação.

Consoante dispõe o Código Tributário Nacional, a relação de *garantia/responsabilidade* (*Haftung*), embora de regra atinja o contribuinte (sujeito passivo direto), pode se voltar, nos casos estabelecidos pela lei, contra o responsável tributário (sujeito passivo indireto).

Entre as hipóteses de responsabilidade, figura a substituição tributária *para frente*, fenômeno pelo qual o sujeito passivo indireto antecipa o tributo que presumivelmente nascerá, quando o sujeito passivo direto (o substituído), realizar o *fato imponível* (fato gerador *in concreto*).

Portanto, o responsável, por haver pagado dívida do contribuinte, tem o direito de ser reembolsado por este, que, não custa repetir, é o verdadeiro sujeito passivo tributário.

[12]. A expedição da nota fiscal de venda não passa do cumprimento de uma obrigação acessória, e, como tal, não define a sujeição passiva tributária, que, no caso, é do substituído.

[13]. Tal exigência suplementar consta, por exemplo, do art. 274, § 3º, do *RICMS/SP*.

II- Frisamos que, na substituição tributária para frente, o *ICMS* (o *próprio* e o *ST*) é integralmente recolhido pelo substituto. Este paga não apenas o montante devido pela operação mercantil por ele realizada com o primeiro comprador (*v.g.*, o distribuidor de bebidas), como o relativo a todas as que provavelmente ocorrerão no futuro (*v.g.*, com o atacadista, com o varejista e com o consumidor final).

Os valores das operações futuras são estimados em *pautas fiscais*, que, por encerrarem *presunções relativas*, não poderão superar a realidade, vale dizer, o preço da venda ao consumidor final das mercadorias.

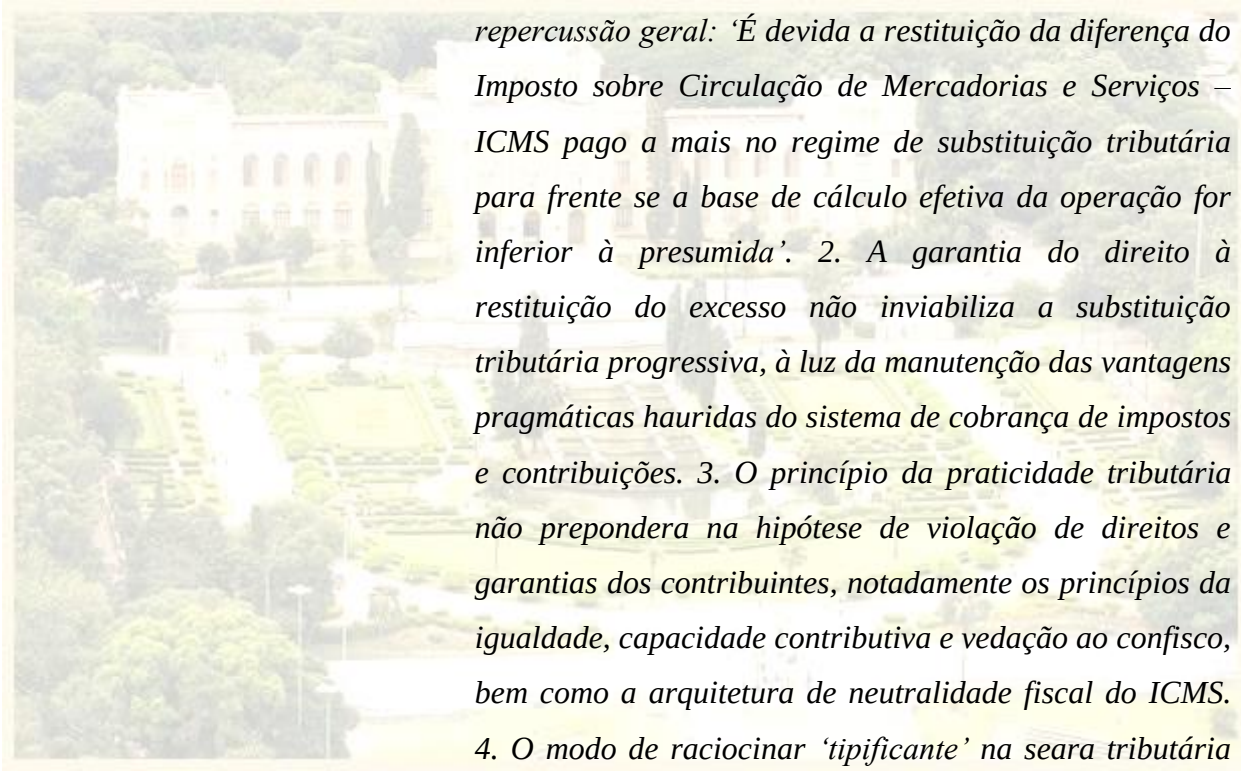
Respalda tal entendimento o próprio § 7º, do art. 150, da Constituição Federal, quando alude ao "*fato gerador que deva ocorrer posteriormente*", pelo que o recolhimento do imposto pago, em razão das operações anteriores – a real e as presumidas –, gera o correspondente *direito de crédito* (moeda de pagamento da exação).[14]

III- Aqui chegados, não se deve perder de vista que, no mecanismo da substituição, estão presentes três relações jurídicas tributárias típicas (**1**. Fisco e substituto; **2.** Substituto e substituído; e, **3.** Fisco e substituído), decorrentes de três fatos jurídicos distintos (o **1º**: a operação do substituto – *antecipação*; o **2º**: a operação havida entre o substituto e o substituído – *ressarcimento*; e, o **3º**: a operação do substituído - *presumida*), advindos de três ordens de *normas jurídicas*, também distintas; a saber: ***a)*** a definidora do regime de substituição, que constitui o fato jurídico do substituto; ***b)*** a que estabelece o regime de *não cumulatividade*; e, ***c)*** a que constitui a obrigação tributária material, constitucionalmente pressuposta, do substituído.

A última é a única que tem o poder ***(i)*** de conferir definitividade ao pagamento efetuado na primeira relação jurídica ou, ***(ii)*** de garantir o afastamento daquele regime, fomentando a devolução dos valores antecipados, caso não se verifique o *fato jurídico presumido*.

IV- Nessa esteira, o *STF*, no RE 593.849-MG, reconheceu, em regime de repercussão geral (Tema 201), o direito dos contribuintes-substituídos de obterem a restituição do imposto, quando o valor do *ICMS-ST* (antecipadamente pago) é maior do que o correspondente à efetiva operação realizada com o consumidor final; *verbis*:

[14]. Razão assiste, pois, a Christine Mendonça, quando observa: "*Como na substituição para frente há tributação das etapas posteriores ditas 'substituídas', há a realização do descrito na hipótese do débito do Fisco escritural do ICMS, devendo, portanto, ser previsto o nascimento do débito do Fisco escritural*" (*A Não-Cumulatividade do ICMS*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 248).



"*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: 'É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida'. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar 'tipificante' na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, § 7º, 'in fine', da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI*

1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, § 11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento".

Observe-se que o *STF* deixou assentado que a base de cálculo *in concreto* do *ICMS*, mesmo quando recolhido no regime da substituição tributária para frente, é o valor do imposto que seria devido na operação praticada com o consumidor final (cujo montante – repita-se – é antecipado pelo substituto tributário).

Em outros termos, o montante arrecadado a título de *ICMS-ST*, cujo *pressuposto de fato* é idêntico ao do *ICMS* convencional, deve corresponder a uma porcentagem do valor efetivamente praticado, na operação mercantil realizada pelo substituído, que impulsiona a mercadoria rumo ao consumidor final.[15]

Destarte, pacificou-se o direito à restituição, ao substituído, do *ICMS* pago *a maior*, no regime de substituição tributária para frente, quando a base de cálculo da operação realizada ao cabo do processo de circulação da mercadoria é inferior à presumida.

6. O FATO GERADOR DEFINITIVO (*FATO IMPONÍVEL*) DO *ICMS-ST*

I- Em face do que até aqui expusemos, temos de ser correto afirmar que o fato gerador definitivo (*fato imponível*) do *ICMS-ST* é praticado pelo substituído, na medida em que ***(i)*** a validade do recolhimento antecipado desse tributo depende da ocorrência da

[15]. Obviamente, mesmo na sistemática do *ICMS-ST*, pode haver várias operações mercantis entre a realizada pelo substituto e a praticada com o consumidor final. Nesse caso, cada substituído arcará com a parcela de *ICMS* correspondente à operação mercantil que levou a efeito.

operação por ele realizada e, ***(ii)*** a ele cabe a restituição do eventual indébito tributário (cf. art. 10, da LC 87/1996[16]).

Reiteramos que, na substituição tributária *para frente*, adotada por razões de *praticidade*, parte-se do pressuposto de que o *fato imponível* ocorrerá e que, portanto, é perfeitamente justificável a cobrança antecipada do tributo, ainda mais quando há fundados receios, baseados na experiência comum, de que o realizador do *fato futuro* venha a praticar *evasão fiscal*.

Assim, para acautelar interesses fazendários, reduzindo a complexidade do processo de fiscalização,[17] tributa-se, na substituição tributária *para frente*, fato que ainda não aconteceu (e que, portanto, ainda não existe e, em tese, poderá nunca vir a existir).[18]

II- Aqui chegados, permitimo-nos lembrar que, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 3/1993, é possível, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, a tributação antecipada do *ICMS* (*ICMS-ST*), desde que se garanta ao contribuinte originário (no caso, o *substituído*) a devolução do indébito tributário, na hipótese de, ao final, deixar de ocorrer o *fato imponível presumido* (que o § 7º, do art. 150, da *CF*, denomina *fato gerador presumido*). Afinal – não custa insistir –o que a Lei Maior admite é a arrecadação antecipada do tributo; não, a superior à devida.

Ademais, as razões de praticidade que levaram à adoção, no *ICMS*, do regime da substituição tributária *para frente*, não têm primazia sobre a *segurança* e a *certeza da tributação*, postulados constitucionais que exigem que os contribuintes recolham, a título de tributo, exatamente o que devem; nunca, mais. Do contrário, haverá, da parte da pessoa política tributante, *enriquecimento sem causa*, que a Teoria Geral do Direito repele e o senso comum inadmite.

III- Está-se diante, como se viu, de um mecanismo de arrecadação que, ao introduzir um terceiro sujeito na relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte-substituído, atribui, àquele (ao contribuinte-substituto), a obrigação de antecipar o pagamento do imposto, calculado sobre o faturamento (estimado) decorrente do negócio jurídico a ser realizado por este último (o contribuinte-substituído), dentro do regime plurifásico.

---

[16]. Lei Complementar nº 87/1996: "*Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar*".

[17]. A fiscalização, *in casu*, é feita apenas sobre o contribuinte substituto.

[18]. Oportuno lembrar que, se o pagamento é modalidade extintiva de obrigações tributárias (cf. art. 156, I, do *CTN*), é logicamente impossível extinguir tributo que ainda não nasceu.

Em consequência, o regime jurídico-tributário aplicável na substituição tributária será sempre o do substituído; nunca, o do substituto. Isso porque – seja-nos permitida a tautologia – o contribuinte-substituto limita-se a recolher antecipadamente o montante que, na sistemática convencional (*ICMS-próprio*), seria devido pelo contribuinte-substituído.

IV- Importante remarcar, outrossim, que a substituição tributária não altera a natureza jurídica do *ICMS-operações mercantis*, que permanece sendo um imposto plurifásico, incidente sobre negócios jurídicos praticados com mercadorias. A distinção entre o *ICMS-próprio* e o *ICMS-ST* repousa simplesmente no modo como são arrecadados; **não,** nas suas materialidades.

A substituição tributária é mera técnica de arrecadação, que concentra, no primeiro elo da cadeia de circulação de mercadorias, o recolhimento do *ICMS* sobre os valores auferidos nas sucessivas operações mercantis. Como já escrevemos, é medida de *praticidade tributária*, que, no entanto, deve respeitar todos os direitos e garantias dos contribuintes.

Logo, o regime de substituição tributária alcança o montante da venda mercantil realizada pelo contribuinte-substituído e não pode implicar aumento da carga econômica do *ICMS* a seu cargo, nem, muito menos, perda de créditos.

7. A REPERCUSSÃO DO *ICMS-ST*, NA BASE DE CÁLCULO DO *PIS/COFINS*

I- Quando o contribuinte-substituto apura o *ICMS-ST*, este tributo repercute apenas na base de cálculo do *PIS* e da *COFINS* a cargo do contribuinte-substituído.

Permitimo-nos anotar que a base de cálculo destas contribuições sociais devidas pelo contribuinte-substituto é o faturamento por ele obtido, no qual foi incluído (indevidamente) apenas o seu *ICMS* (o *ICMS-próprio*).[19]

[19]. Nesse sentido, o art. 26, II, da IN RFB nº 1911/2019, esclarece que "*não integram a base de cálculo das contribuições os valores referentes (...) ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário*".
Logo, sem embargo do que foi decidido no RE 574.706/PR, o supramencionado dispositivo reconhece, *a contrário sensu*, que a inclusão do *ICMS-ST*, na base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*, é encargo do substituído.

Ora, como o *ICMS-ST* é calculado sobre o valor estimado da operação a ser realizada pelo contribuinte-substituído, é no faturamento deste que vem inserida a mencionada parcela do tributo.

II- Abrindo um ligeiro parêntese, enfatizamos ser incontroversa a possibilidade jurídica de exclusão (inclusive por restituição ou compensação), da base de cálculo da contribuição ao *PIS* e da *COFINS*, do *ICMS* pago pelo contribuinte, tendo em vista o entendimento pacificado no Plenário do *STF*, no julgamento do RE 574.706-PR, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 69).

E, como não há negar, tal decisão igualmente alcança os contribuintes que recolhem o *ICMS*, no regime de substituição tributária (*ICMS-ST*).

Corrobora a asserção *supra*, o entendimento do *STF* manifestado no julgamento do precitado RE nº 593.849/MG, no sentido de que a denominada *substituição tributária* é mera técnica especial de arrecadação, "*que objetiva tornar mais simples e eficaz a exação fiscal*" e que, "*estabelece uma garantia em favor do contribuinte contra eventual excesso do poder de tributar*".

III- Aliás, no julgamento do RE 574.706/PR, o *STF* não fez – e nem teria por que fazer – qualquer distinção entre as duas técnicas arrecadatórias do *ICMS-operações mercantis*.

O voto condutor do julgado deixou claro que, para efeito de aplicação da tese de repercussão geral, não importa quando o *ICMS* tenha sido recolhido, pois "*em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte*", uma vez que "*tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido*".[20]

Daí haver sido decidido que o "*ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*".[21]

Em suma, os fundamentos e as razões de decidir deste recurso extraordinário, aplicam-se, por inteiro, ao *ICMS-ST*.

IV- Sobreleva notar, que posição contrária viola o magno *princípio da igualdade* – também chamado *da isonomia* (equivalência de regras) –, veiculado no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal.

---

[20]. Modestamente, foi o que sustentamos em nosso livro *ICMS* (Malheiros Editores, São Paulo, 18ª ed., pp. 619 e ss.).
[21]. Grifamos.

Este princípio visa, em última análise, a garantir uma *tributação justa*, motivo pelo qual exige que a lei tributária, tanto ao ser editada, quanto aplicada (máxime pelo Poder Judiciário), ***(i)*** não discrimine os contribuintes que se encontrem em situação jurídica equivalente e, ***(ii)*** discrimine, na medida de suas desigualdades, os contribuintes que se encontrem em situação jurídica diversa.

Mais uma razão, pois, para que o contribuinte-substituído (submetido ao *ICMS-ST*) – que paga de forma antecipada o imposto, calculado sobre o montante da operação presumida – seja alcançado pela decisão prolatada nos autos do RE nº 574.706/PR.

V- Além disso, o *quantum* de *ICMS-ST* também é indevidamente computado na quantificação do *PIS* e da *COFINS* a cargo do contribuinte-substituído.

Inexiste, pois, respaldo jurídico para o *discrimen*, vale dizer, para afastar o direito do contribuinte-substituído à exclusão, à repetição ou à compensação ora em análise, apenas porque o *ICMS* indevidamente inserido na base de cálculo do *PIS* e da *COFINS* foi de antemão arrecadado pelo contribuinte-substituto.

Depois, tal discriminação, caso seja feita, estará também em desconformidade com o *princípio da capacidade contributiva* (art. 145, § 1º, 1ª parte, da *CF*[22]), de fora a parte desrespeitar a uniformidade e a generalidade da regra-matriz constitucional do *ICMS-operações mercantis*.

VI- Cabe ainda ponderar que os contribuintes sujeitos ao *ICMS-ST* já se encontram em situação desfavorável, em relação aos demais contribuintes do *ICMS-operações mercantis*, vale dizer, àqueles que o recolhem do modo convencional (no sistema de *conta-gráfica*).

Com efeito, o *ICMS-próprio* somente é exigido após a efetiva realização da operação mercantil e, não antecipadamente, como acontece com o *ICMS-ST*. Deste modo, se forem negados, ao contribuinte-substituído, os efeitos da decisão prolatada nos autos do RE 574.706 – o que só admitimos *ad argumentandum tantum* –, ele será ainda mais discriminado, em relação ao contribuinte que recolhe o *ICMS-próprio*, uma vez que a este não é negado o direito de efetuar tal abatimento.

[22]. Constituição Federal: "*Art. 145 ('omissis') § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte ...*".

9. O ALCANCE DA TESE FIXADA PELO *STF*, NO JULGAMENTO DO TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL

Conforme já consignamos, a tese fixada pelo *STF*, no julgamento do Tema 69 da repercussão geral ("*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*"), exclui a incidência de *PIS/COFINS* sobre todo o *ICMS* incidente na cadeia de comercialização das mercadorias, aí incluído, portanto, o *ICMS-ST* destacado pelo substituto.

Do contrário, ou seja, se a parcela do *ICMS-ST* não for deduzida da base de cálculo da contribuição para o *PIS* e da *COFINS*, a União acabará por exigir (inconstitucionalmente, é claro) esses tributos, sobre grandezas não previstas no art. 195, I, *b*, da Carta Magna.[23]

De fato, ali estão apontadas as *bases de cálculo possíveis* das contribuições patronais para a seguridade social (caso do *PIS* e da *COFINS*), quais sejam "*a receita ou o faturamento*".

Ora, o contribuinte não fatura *ICMS*, já que o montante deste tributo apenas transita pela contabilidade da pessoa jurídica, rumo aos cofres públicos estaduais. Pelo mesmo motivo, o *ICMS* também não tipifica uma receita, mas mero ingresso de caixa, já que não se agrega ao patrimônio do contribuinte, sem reservas ou condições.

Invocando, uma vez mais, o voto condutor proferido no RE 574.706/PR, "*é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública*".

Portanto, se o valor do *ICMS* não é receita/faturamento da empresa (é receita do Estado-membro), segue-se, com a força irresistível dos raciocínios lógicos, que não pode compor a base de cálculo quer do *PIS*, quer da *COFINS*.

[23]. Constituição Federal: "*Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I- do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (...) b) a receita ou o faturamento*" (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998).

10. A PEQUENA LIBERDADE DADA AO *STJ*, PELA DECISÃO DO *STF*, NO RE Nº 1.258.842

A decisão do *STF*, expendida no RE nº 1.258.842, no sentido de que a controvérsia relativa à exclusão do *ICMS-ST*, da base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*, envolve matéria infraconstitucional, não deu plena liberdade ao *STJ*, para deliberar a respeito.

Na realidade, o Tribunal da Cidadania está vinculado ao quanto foi decidido no julgamento do RE nº 574.706 (Tema 69, da repercussão geral), devendo, por isso, seguir a mesma lógica que levou o Pretório Excelso a acolher a tese de que o *ICMS* não integra a base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*.

Mais especificamente, cabe ao *STJ* simplesmente decidir como o Tema 69 da repercussão geral será aplicado ao *ICMS-ST*, devendo, para tanto, levar em conta as normas de sujeição passiva e de incidência do *PIS* e da *COFINS*, veiculadas na legislação infraconstitucional (*CTN*, LC 87/1996, Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 etc.), mas sempre "*conforme à Constituição*".[24]

Logo, *s.m.j.*, deve reconhecer o direito do contribuinte-substituído de excluir o valor do *ICMS-ST*, da base de cálculo das mencionadas contribuições sociais, observada, é claro, a modulação dos efeitos do RE nº 574.706/PR.[25]

[24]. A Constituição, além de ser o texto fundador e legitimador do ordenamento normativo, é um parâmetro hermenêutico de construção e realização do Direito. O postulado da "*interpretação conforme à Constituição*" leva necessariamente a que, diante de várias possibilidades interpretativas de uma norma, se opte pela mais consentânea com o Texto Magno.
Nesse sentido, de resto, pronunciou-se Karl Larenz; *verbis*: "*Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disso decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição*" (*Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª ed., 1997, p. 480).
[25]. Assim decidiu a 6ª Turma, do *TRF-3* (APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA – 5001332-21.2020.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, Relator para acórdão Desembargador Federal Luiz Alberto de Souza Ribeiro, julgado em 07/01/2022, Intimação via sistema DATA: 21/01/2022).

11. O EQUIVOCADO ENTENDIMENTO DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL

I- A nosso sentir – e sempre com o devido acatamento –, equivoca-se a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, quando sustenta que, em sendo admitida a aplicação do Tema 69, da repercussão geral, ao *ICMS-ST*, somente o último contribuinte-substituído, da cadeia de comercialização da mercadoria, teria direito à exclusão desse tributo da base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*, porque o art. 150, § 7º, *in fine*, da Constituição da República, quando alude ao *fato gerador presumido*, estaria se referindo à operação mercantil realizada com o consumidor final.

Conforme adiantamos nos itens 5 e 8, a base de cálculo do *ICMS-ST* é o valor da venda mercantil realizada pelo contribuinte-substituído, pouco importando se, dentro da cadeia de circulação da mercadoria, figuram outros contribuintes-substituídos.

II- Evidentemente, quando, na cadeia de comercialização, há vários contribuintes substituídos, cada um deles suporta a parcela de *ICMS-ST*, correspondente à operação mercantil que realizou.

Mas, o recolhimento antecipado, feito pelo contribuinte-substituto, de todo o *ICMS* (do *próprio* e do *ST*), não altera o fato de que cada contribuinte substituído é o sujeito passivo desta exação (tanto quanto o é, o contribuinte de *ICMS*, no regime normal de apuração, vale dizer, naquele em que o recolhimento do tributo se dá etapa por etapa, dentro da cadeia que leva a mercadoria, da fonte produtora ao consumidor final).[26]

Em resumo, os contribuintes-substituídos intermediários, vale dizer, que se encontram no meio da cadeia produtiva, também fazem jus à exclusão do respectivo *ICMS-ST*, da base de cálculo do *PIS* e da *COFINS* a seu cargo.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os embargos declaratórios opostos ao RE 574.706/PR, acolheu esta diretriz, quando rejeitou o argumento da Procuradoria da Fazenda Nacional, que sustentava que "*os decotes cumulativos do ICMS promoveriam uma exclusão da base de cálculo correspondente*" a valores superiores aos que foram transferidos ao Estado.

[26]. Não se nega que, no *ICMS-ST*, geralmente há várias operações mercantis, entre a realizada pelo substituto e a praticada pelo último contribuinte substituído. Entretanto, cada contribuinte substituído responde pelo pagamento do montante do tributo, relativo à venda mercantil que promoveu.

12. CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES

I- Com respaldo nas premissas acima firmadas, sentimo-nos confortáveis para asseverar que, em função do que restou decidido no RE 574.706/PR, o *ICMS-ST* deve ser excluído da base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*, a cargo do contribuinte-substituído.

Isso porque, no regime da substituição tributária para frente, a incidência do *ICMS* se dá normalmente, ao longo de toda a cadeia produtiva, ou seja, cada vez que se verifica o respectivo *fato imponível* (fato gerador *in concreto*). Apenas, o recolhimento da totalidade da exação é feito, pelo contribuinte-substituto, na primeira etapa da cadeia produtiva.[27]

Como pensamos haver deixado claro, o contribuinte de direito do *ICMS-ST* é o substituído e, não, a pessoa que efetua seu recolhimento antecipado. Esta, na verdade, paga a parte por ela devida (*ICMS-próprio*) e, por força do regime de substituição tributária para frente, antecipa o *ICMS* a cargo dos contribuintes-substituídos (*ICMS-ST*), ou seja, dos demais partícipes da cadeia econômica, que leva a mercadoria da fonte produtora ao consumidor final.

Insistimos: o *contribuinte de direito* do *ICMS-ST* é o substituído,[28] como preceitua o já citado art. 10, da Lei Complementar nº 87/1996, que lhe confere legitimidade para reaver "*o valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar*".

II- Muito bem. A inclusão, na base de cálculo do *PIS/COFINS*, do *ICMS-ST* – que não tipifica nem faturamento, nem receita da pessoa jurídica –, repercute

[27]. Encarecemos que a substituição tributária para frente é instituto jurídico que se contrapõe ao *diferimento*. Neste, o *ICMS* é exigível no elo subsequente da cadeia econômica, ou seja, seu recolhimento fica postergado para outro marco temporal. É o que se dá, por exemplo, quando a legislação permite que pequenos produtores e comerciantes, de incipiente organização, deixem de recolher o tributo, ao venderem certas mercadorias (aparas de papel, sucata, leite, cana-de-açúcar etc.). A teor dessa legislação, o tributo será pago no futuro, por quem, tendo adquirido tais mercadorias, promove sua revenda (em geral depois de havê-las submetido a processo de industrialização).
O diferimento, como já se pode perceber, é modalidade de substituição tributária para trás (ou regressiva).
O contribuinte-substituto, no caso, recolhe o *ICMS-próprio* e o relativo à operação mercantil anterior, alcançada pelo diferimento.

[28]. O contribuinte-substituído se enquadra na situação prevista no art. 121, parágrafo único, I, do *CTN*; *verbis*: "*Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária.*
"Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
"I- contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador".

inconstitucionalmente no patrimônio do contribuinte-substituído, pois o leva a suportar carga tributária superior à devida.

Ademais, caso ele tenha negado seu direito de recuperar os valores *a maior* de *PIS* e *COFINS*, a União experimentará um inaceitável *enriquecimento sem causa*.[29]

Tal decorrerá, *ad absurdum*, da mera circunstância de o Estado haver optado pela cobrança do *ICMS*, no regime de substituição tributária, no lugar do regime de conta gráfica (o que – reiteramos – não altera o fato de o substituído ser o contribuinte *de iure* desta exação).

III- Por igual modo, consoante anotamos no *item 7*, o substituído, se tiver negado o direito de abater o montante de *ICMS-ST* da base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*, será inconstitucionalmente discriminado, em relação ao contribuinte que recolhe o *ICMS-próprio*. De fato, este, como não se contesta, faz jus à exclusão, à repetição ou à compensação do valor do *ICMS-próprio*, indevidamente levado à tributação por meio das referidas contribuições sociais.

Se o mesmo tratamento não for dado ao contribuinte-substituído, haverá manifesta e irremissível burla ao *princípio da igualdade tributária*.

IV- Tampouco colhe o argumento de que o *ICMS-ST* incide sobre o faturamento do próprio contribuinte-substituto e o repasse, ao contribuinte-substituído, do montante desse tributo estadual, entra na esfera do *custo global* do produto transacionado. Isso porque, como vimos e revimos, o *ICMS-ST* é simplesmente antecipado pelo substituto, mas quem figura no polo passivo da obrigação tributária correspondente (na condição, pois, de sujeito passivo direto), é o contribuinte-substituído, que está longe de ser, portanto, mero destinatário da carga econômica da exação. Nesse sentido, de resto, já decidiu a Colenda 2ª Turma do *STJ*, em caso que esteve sob a relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques. Confira-se:

> "*1. Quando ocorre a retenção e recolhimento do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ICMS-ST), a empresa substituta não é a contribuinte, o*

[29]. A proibição do "*enriquecimento sem causa*" é chamada, pelo inolvidável Agostinho Alvim, de "*princípio eterno do Direito*". Vale também para o Estado, que, mais até do que qualquer particular, não pode locupletar-se em prejuízo alheio ("*nemo locupletari potest cum aliena iniuria*").
De fato, quando o *accipiens* é o Poder Público ele deve ser mais diligente do que o particular no restituir o indébito tributário, até em função do *princípio da moralidade*, que informa e condiciona seu agir, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.
Note-se, finalmente, que a repetição do indébito tributário recompõe a *capacidade contributiva* daquele que recolheu tributo *a maior*.

contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Nessa situação, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa substituta que se torna apenas depositária de tributo (responsável tributário por substituição ou agente arrecadador) que será entregue ao Fisco. Então não ocorre a incidência das contribuições ao PIS/PASEP, COFINS, já que não há receita da empresa prestadora substituta. É o que estabelece o art. 279 do RIR/99 e o art. 3º, §2º, da Lei n. 9.718/98".[30]

O ínclito Ministro não poderia ter afirmado mais, nem melhor.

V- Também não vemos como aderir à tese de que o contribuinte-substituto pode optar por absorver o impacto econômico do *ICMS-ST*, sem repassá-lo ao contribuinte-substituído, e que este, quando vende a mercadoria a terceiro, recebe um preço, que constitui receita/faturamento seu, não guardando qualquer relação com o tributo estadual, já recolhido (pelo contribuinte-substituto).

A uma, porque se trata de situação inusual, que, a bem da verdade, diz de perto com as condições de mercado e absolutamente não altera o fato de que o contribuinte-substituído é o sujeito passivo direto do *ICMS-ST*.

E, a duas, porque o *ICMS-ST*, independentemente de estar, ou não, destacado na nota fiscal, sempre integra o valor da operação mercantil praticada pelo contribuinte-substituído.

Este assunto merece explicações mais detalhadas.

VI- Somos os primeiros a concordar que nada impede que o contribuinte-substituto conceda um abatimento, no preço da mercadoria que vende ao contribuinte-substituído. Isso, porém, está longe de significar que ele deixou de repassar, a esse último, o montante do *ICMS-ST*, que, aliás, é calculado de acordo com *pautas fiscais*, que passam ao largo desse fenômeno puramente comercial.

Assim, o desconto que o contribuinte-substituto concede, ao contribuinte-substituído, no preço da mercadoria, reduz a base de cálculo do *ICMS-próprio* e, por via

[30]. AgInt no EDcl no REsp nº 1.881.576-SC, v.u., j. 15.3.2021, DJe 19.5.2021. No mesmo sentido, a decisão expendida no julgamento do RE 593.849-MG (Tema 201, da repercussão geral).

consequência, poderá elevar a diferença de *ICMS-ST* a ser recolhida sobre o valor presumido da operação final, como se depreende art. 8º, § 5º, da Lei Complementar nº 87/1996.[31]

VII- Por outro lado, presumir que o contribuinte-substituto venha a absorver o impacto econômico do *ICMS-ST*, quando vende as mercadorias ao contribuinte-substituído, implica desvirtuar a própria lógica que norteia a sistemática da substituição tributária (que, como regra, supõe a retenção e o repasse, ao Fisco, do imposto devido pelo contribuinte-substituído), de fora a parte utilizar convenções particulares, para alterar a sujeição passiva da exação, ferindo, às abertas e publicadas, o disposto no art. 123, do *CTN*, e os princípios constitucionais *da razoabilidade* e *da livre iniciativa*.

VIII- Repetimos que, como o destaque é "*mera indicação para fins de controle*" (cf. art. 13, § 1º, I, *in fine*, da LC nº 87/1996), a eventual circunstância de o montante do *ICMS-ST* não estar expressamente indicado nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte-substituído,[32] está longe de significar que o *quantum* do tributo não está integrado ao valor da operação mercantil.

Muito pelo contrário, a estrutura constitucional do *ICMS* leva à inexorável inclusão de seu montante ao efetivo valor da operação mercantil realizada pelo contribuinte-substituído. Pouco importa, pois, se o valor da venda da mercadoria é maior ou menor: o valor do tributo sempre estará a ele agregado.

VIII- Aqui chegados, é o caso de aludirmos a pitoresca história, que de há muito passeia no mundo jurídico-tributário nacional.

---

[31]. Lei Complementar nº 87/1996: "Art. 8º ('omissis') (...) *§ 5º. O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do 'caput', corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto*".

[32]. Além de o *ICMS-ST* ser destacado na nota fiscal emitida pelo substituto tributário, em campo separado do *ICMS-próprio*, há legislações estaduais determinando que o contribuinte-substituído indique, em sua nota fiscal, não só que o imposto devido na respectiva operação foi retido por substituição (cf. Cláusula Terceira, do Ajuste SINIEF nº 04/1993), como também o valor da retenção. É o consta, por exemplo, do art. 274, § 3º, do *RICMS/SP*; *verbis*:

"*Art. 274. O contribuinte substituído, ao realizar operação com mercadoria ou prestação de serviço que tiver recebido com imposto retido, emitirá documento fiscal, sem destaque do valor do imposto, que conterá, além dos demais requisitos, a seguinte indicação "Imposto Recolhido por Substituição - Artigo.....do RICMS" (Lei 6.374/89, art. 67, § 1º, e Ajuste SINIEF-4/93, cláusula terceira, na redação do Ajuste SINIEF-1/94). (...)*

"§ 3º. O contribuinte substituído que realizar operações destinadas ao território paulista, com a finalidade de comercialização subsequente, ou prestação de serviço vinculada a operação ou prestação abrangida pela substituição tributária, deverá, no campo 'Informações Complementares' do documento fiscal:

"1 - indicar a base de cálculo sobre a qual o imposto foi retido e o valor da parcela do imposto retido cobrável do destinatário;

"2 - relativamente a cada mercadoria, discriminar as indicações previstas no item anterior" (grifamos).

Conta-se que Aliomar Baleeiro, caminhando pela orla baiana, parou em uma banca de feira e constatou que o quilo da pescada estava sendo vendido por dez cruzeiros.[33] Ao retornar, passando novamente diante da banca, notou, surpreso, que o mesmo quilo de peixe, agora estava posto à venda por sete cruzeiros. Divertido, perguntou ao feirante: "*Tirou o ICM do peixe?*"[34].

O comerciante, ladino, temendo estar diante de um auditor fiscal, deu-se pressa em responder: "*Não, senhor! O ICM está sempre dentro do peixe*".

Este pequeno empresário, em sua simplicidade, deu, sem perceber, uma lição de profunda sabedoria jurídica, qual seja, a de que o *ICM* (hoje, *ICMS*), independentemente da forma como é recolhido, sempre integra o valor da operação mercantil realizada.

IX- Depois, numa economia de livre mercado (*livre iniciativa*) como a nossa, a estipulação do preço das mercadorias vendidas é medida de estratégia comercial, na qual o Estado não pode e não deve interferir. Nesse entrecho, ele é mero terceiro, que, por não integrar a relação jurídica existente entre o comprador e o vendedor, não tem como formatar o preço avençado pelas partes. Vale, a propósito, o clássico brocardo *res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet* ("*os atos dos contratantes não aproveitam, nem prejudicam, a terceiros*").

Lembramos, de resto, que a *livre iniciativa* é uma das diretrizes de nosso sistema jurídico-econômico.

O assunto foi minudentemente disciplinado na Constituição Federal, que, já em seu art. 1º, alça a "*livre iniciativa*" (inc. IV) ao patamar de *fundamento* da República Federativa do Brasil. E, mais adiante, em seu art. 170, *caput*, volta a estatuir que a ordem econômica nacional se funda no princípio da "*livre iniciativa*".

Este princípio encerra, parafraseando Robert Alexy, um *comando de otimização*,[35] que impõe que se busque a melhor maneira de cumpri-lo, sem acarretar ônus desnecessários às pessoas, físicas ou jurídicas, que desenvolvem atividades profissionais.

Logo, as medidas adotadas pelo Estado devem ser apropriadas, isto é, ingerir, *o menos possível*, nos negócios das pessoas jurídicas. Afinal, por mais respeitáveis que sejam os interesses públicos a tutelar, não chegam ao ponto de sobrepor-se ao direito fundamental de as empresas conduzirem com liberdade, suas atividades lícitas.

---

[33]. O cruzeiro era o padrão monetário nacional da época.
[34]. Era o tributo vigente à época. Hoje, obviamente, a alusão seria feita ao *ICMS*.
[35]. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

13. CONCLUSÃO

Tudo posto e considerado, temos por incontroverso que a técnica da substituição tributária não altera a condição de contribuinte (sujeito passivo direto), daquele que sofre a retenção do *ICMS*, por parte do substituto tributário (sujeito passivo indireto), ao qual incumbe, apenas, o repasse, ao Estado, do montante da exação. Desse modo, para a correta quantificação do *PIS/COFINS*, o *ICMS-ST*, deve sempre ser excluído do faturamento do contribuinte-substituído, observada, evidentemente, a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.[36]

14. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1949.

ÁVILA, Humberto. "*A Inconstitucionalidade da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS/COFINS*", in *Contribuições e Imposto sobre a Renda: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

_____. *ICMS*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária: Exequibidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, 7ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

MENDONÇA, Christine. *A Não-Cumulatividade do ICMS*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, vol. II. 2ª ed. 2ª tiragem, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

[36]. O marco temporal fixado foi 15/03/2017.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI Nº 14.230/21: BREVÍSSIMAS NOTAS

ADMINISTRATIVE IMPROPRIETY AND THE STATUTE Nº 14.230/21: BRIEF NOTES

Jaques de Camargo Penteado [1]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0001-7066-2163

Submissão: 22/01/2022 Aprovação: 23/02/2022

RESUMO:

A probidade é essencial ao desenvolvimento dos povos. Estes devem ser formados para o comportamento honesto. A repressão jurídica à desonestidade deve observar o devido processo legal, formal e substancial. Recente alteração legislativa adotou o sistema do direito administrativo sancionador para a repressão à improbidade. A opção legal implica a imediata vigência dos princípios constitucionais, penais e processuais penais, às causas em andamento.

PALAVRAS-CHAVE: Probidade. Corrupção. Improbidade e natureza jurídica de suas normas. Dolo e culpa. Prescrição. Direito Intertemporal.

ABSTRACT:

Probity is essential to the development of peoples. These must be trained for honest behavior. The legal repression of dishonesty must comply with due process of law, both formal and substantial. A recent legislative change adopted the system of sanctioning administrative law for the repression of improbity. The legal option implies the immediate application of the constitutional, criminal and criminal procedural principles to the ongoing causes.

KEYWORDS: Probity. Corruption. Improperty and legal nature of its rules. Willful and guilt. Prescription. Intertemporal Law.

[1] Procurador de Justiça aposentado (MPSP). Ex-Secretário Executivo da Procuradoria de Justiça Criminal. Ex-Coordenador do Grupo de Estudos Carlos Siqueira Netto. Consultor e Advogado (OAB/SP). E-mail: jaquespenteado@uol.com.br - **Ark:/80372/2596/v9/007**

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Atos de improbidade: natureza jurídica 3. Elemento subjetivo 4. Prescrição 5. Causas em andamento 6. Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção abala a democracia. Na verdade, é deletéria para quaisquer regimes. Vítima o próprio ser humano. O corrupto, especialmente quando exerce o poder público, destrói um número infindável de pessoas, prejudica os seus patrimônios e arruína a economia de um país. A educação para as virtudes e a repressão das condutas ímprobas são necessárias para a preservação da humanidade.[2]

Assuma-se um truísmo: a corrupção é um mal que exige as forças das pessoas de bem para evitá-la ou para reparar os danos que causa. Essas prevenção e repressão precisam respeitar os direitos e as garantias fundamentais, especialmente o devido processo legal, formal e substancial, a dignidade humana e a proporcionalidade, para que a construção da sociedade justa, estável e segura, tenha alicerces sólidos e estrutura apta à civilidade republicana (arts. 5º, inc. LIV e 1º, inc. III, CR).

Em uma tríplice concepção, no plano ético, a consecução do bem comum implica a adoção da regra de que o exercício da virtude exige um método virtuoso.[3] A sabedoria universal recomenda separar o joio do trigo.[4] No aspecto jurídico, a justiça deve ser

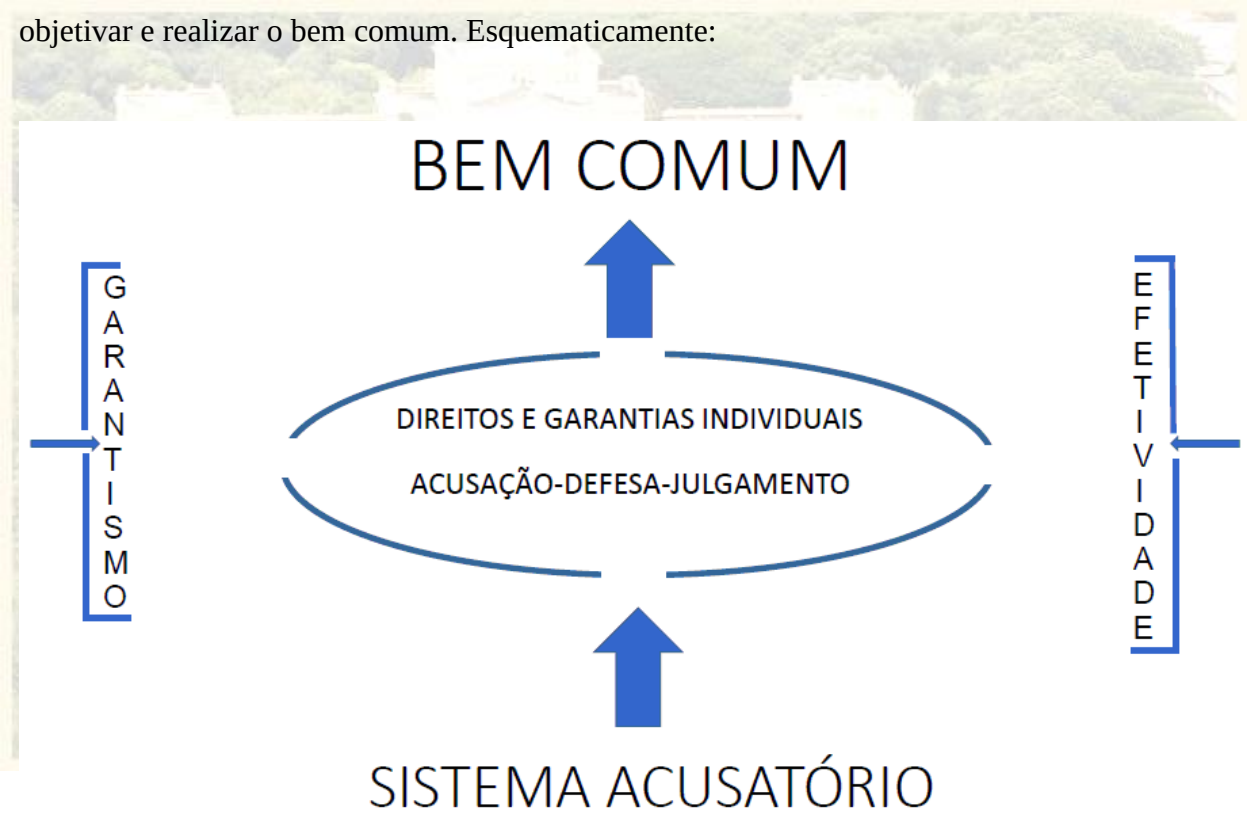
[2] "Perante as graves formas de injustiça social e econômica e de corrupção política, que gravam sobre povos e nações inteiras, cresce a reação indignada de muitíssimas pessoas oprimidas e humilhadas nos seus direitos humanos fundamentais e torna-se sempre mais ampla e sentida a *necessidade de uma radical renovação* pessoal e social de assegurar justiça, solidariedade, honestidade, transparência" (Carta Encíclica de São João Paulo II, *O Esplendor da Verdade*, 2ª ed., São Paulo, Paulinas, 1993, p. 152). "No início, pode ser que o suborno seja pequeno, mas funciona como uma droga. E, ainda que a primeira propina seja 'pequena, depois vêm outra e mais outra, até que o sujeito acaba imerso na doença da dependênciada ilegalidade", Papa Francisco, *O Amor é contagioso: O Evangelho da Justiça*, São Paulo, Fontanar, 2017, p. 81).

[3] "La virtù si distingue dalla buona azione per il fatto che opera una permanente e profonda conformazione morale di tutto l'essere umano. Inoltre la virtù, a differenza dell'a abitudine che diminuisce la libertà a causa dell'assuefazione che produce, scaturisce sempre dalla libera attività umana attraverso l'esercizio continuato di atti buoni. Perció l'acquisto di una virtù – frutto di un principio superiore, la ragione, che muove a compiere atti, che si tramuteranno poi in abiti, sul fondamento della conoscenza immediata dei princìpi universali della morale – significa sempre per l'uomo un progresso nella sua interiore perfezione. È la virtù che fa l'uomo (*vir*): essere uomo, di conseguenza, significa essere virtuoso. La virtù morale, perfezione dell'uomo, diventa in certo qual modo il fine della vita umana" (Michelangelo Peláez, *Etica, Professioni, Virtù*, Milano, Ares, 1995, p. 11).

[4] "Não seja caso que, ao apanhardes o joio, arranqueis juntamente com ele o trigo" (Mt 13,29).

feita de forma justa, punir os culpados, mas não incomodar os inocentes; conciliar efetividade e garantismo.[5]

Vivemos um momento em que a lei pendular da história é manifesta. Há corrupção intolerável e no combate à mesma, alguns setores causaram um impressionante desserviço à justiça. Uns almejando a impunidade destes graves delitos e outros visando condenações a qualquer custo. Espera-se que se atinja o ponto virtuoso de conciliação da efetividade do direito e do garantismo. Não permitir a institucionalização da improbidade e não aceitar espetaculosas operações em que acusadores e julgadores violem o sistema acusatório, os direitos e as garantias constitucionais, perdendo aqueles a missão constitucional de promoção da justiça e estes a neutralidade essencial à judicatura; deixando uns e outros de objetivar e realizar o bem comum. Esquematicamente:



[5] "A consecução dessa finalidade observará aqueles dois balizamentos, o garantismo, 'compreendido, no plano geral, como um estado, em constante evolução, no qual os inocentes não serão incomodados e gozarão de tranquilidade e segurança para a livre realização dos seus projetos pessoais, e, na esfera do processo penal, como *concreta forma de proteger o indivíduo em face do Poder Público*. Preservando a sua dignidade e empregando os regramentos do devido processo legal na sua forma mas abrangente', para atingir aquele objetivo. E não descurará a efetividade do processo, o que implica a 'resolução das causas penais com justiça e adequada aplicação do direito'" (Jaques de Camargo Penteado, *Sistema Acusatório, garantismo, efetividade e bem comum: uma visão esquemática*. *In Estudos de Processo Penal*, São Paulo, Scortecci, 2011, p. 21).

Sobreveio a recente Lei nº 14.230, de 25.10.2021, que vigora a partir de sua publicação (art. 5º). Sobre o elemento subjetivo do ato de improbidade, a prescrição e a aplicabilidade da regra nova aos processos em curso e findos, seguem brevíssimas considerações.

2. ATO DE IMPROBIDADE: NATUREZA JURÍDICA

Ao menos três orientações classificavam a Lei nº 8.429/92: "a) A primeira entende que os seus efeitos são de natureza administrativa e patrimonial, isto é, cível no sentido lato. b) A segunda defende que ela encerra, preponderantemente, conteúdo de Direito Penal, pelo que assim deve ser considerada. c) A terceira adota posição eclética. Firma compreensão no sentido de que, dependendo da autoridade que for chamada para integrar o polo passivo, ela terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa".[6]

A lei nº 14.230/21, dispõe que a disciplina da probidade administrativa configura um sistema[7] e ao mesmo aplicam-se os "princípios constitucionais do direito administrativo sancionador" (art. 2º, § 4º - art.1º, Lei nº 8.429/92). Admite o acordo de não persecução civil (art. 2º - art. 17-B, Lei nº 8.429/92). Define que a "ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil" (art. 2º - art. 17-D, Lei nº 8.429/92).

Adota as mais recentes orientações doutrinárias e a jurisprudência do Supremo Tribunal para classificar o ato de improbidade administrativa como parte do sistema do direito

[6] Jorge Augusto Delgado, *Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa*, Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n. 1, p. 1-106, jan/jun.2002, p. 21.

[7] "Na amplitude do sistema social insere-se o sistema incumbido da função de justiça que é integrado por agentes distintos – postulantes (leigos e técnicos do direito), auxiliares e juízes – que desenvolvem funções básicas diversas – petição, reação e decisão –, segundo regras predeterminadas. Os seus agentes comunicam-se no interior de sua unidade, estimulando e sendo estimulados pelos demais. Inicialmente, o sistema encarregado da função de justiça é movimentado de fora para dentro – os integrantes do sistema social demandam a solução de conflitos para que se tenha a situação jurídica propícia ao bem comum. Finalmente, o sistema judiciário expede a resposta, agora de dentro para fora, tentando transmitir ao sistema social que o envolve um estado de coisas o mais parecido possível com a situação jurídica existente caso não houvesse a lesão geradora do conflito" (Jaques de Camargo Penteado, *Acusação, Defesa e Julgamento*, Campinas, Millennium, 2001, p. 3).

.

administrativo sancionador que, por sua vez, reclama a aplicação da principiologia das normas penais e processuais penais à matéria estudada. Regras criminais estas estruturadas em conformidade com o devido processo legal substancial e formal.

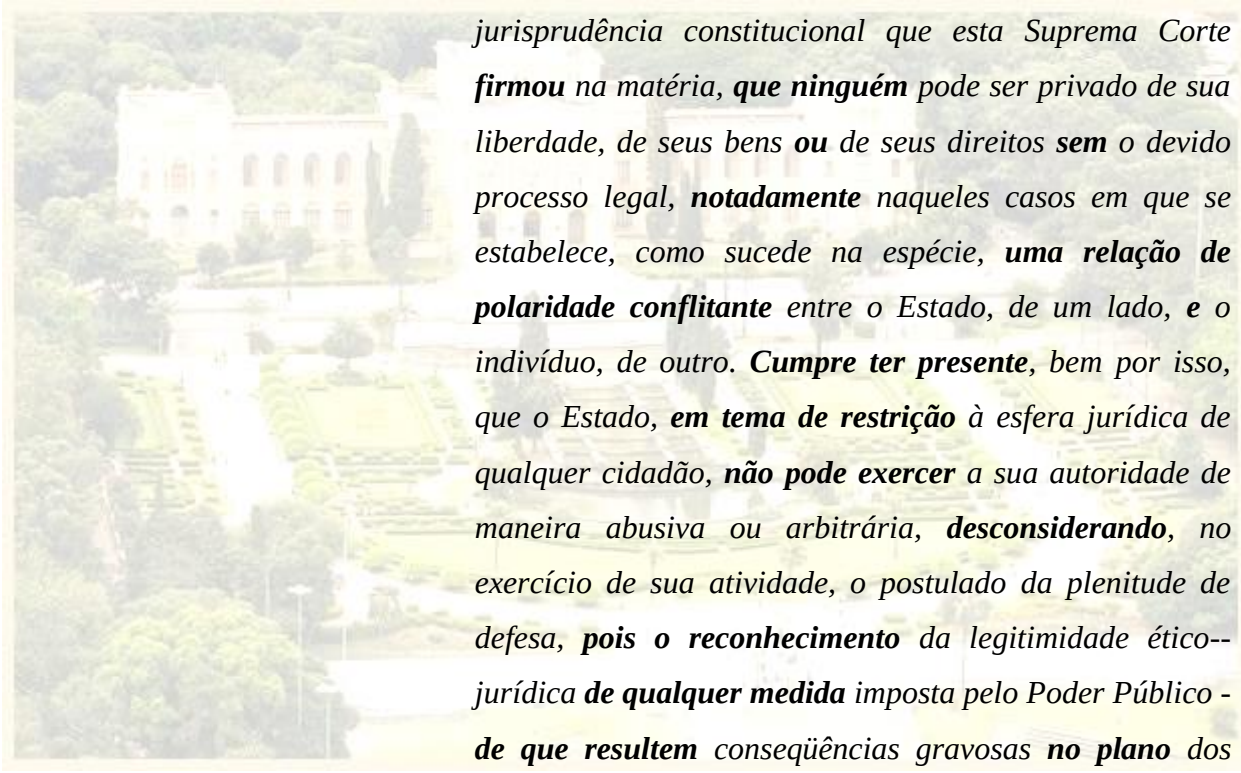
> *"Se o procedimento administrativo constitui um instrumento destinado a assegurar a eficácia e a legalidade da atividade confiada à Administração Pública, o processo administrativo não somente amplia a possibilidade de eficácia e de legalidade, mas acrescenta o objetivo de proteção jurídica dos cidadãos. Essa proteção jurídica se torna especialmente necessária e relevante quando o Estado se move para exercer sua pretensão punitiva sobre o particular, seja pessoa física, seja pessoa jurídica. Ja se tornou lugar comum dizer que o processo penal é direito e garantia do réu, tanto que pena alguma lhe pode ser imposta sem prévio procedimento com contraditório e ampla defesa. "Nemo inauditus damnari potest". Com o aumento do poder estatal e correspondente ampliação da regulamentação da vida dos administrados, mediante imposição de severas sanções, é natural que as garantias do processo penal se expandissem para não deixar ao desamparo o particular sujeito às penas administrativas. Realmente, notava Waline, depois da Segunda Guerra, que as sanções administrativas vinham duplicando as sanções penais em grave ameaça à liberdade dos cidadãos".*[8]

Arrematando, não "se pode negar o caráter penal das sanções administrativas. Nesse sentido Themistocles Brandão Cavalcanti, ao escrever que 'se é verdade que existe uma diferenciação entre o direito penal comum e o chamado direito penal administrativo, os

[8] Antonio Carlos de Araujo Cintra, Parecer juntado no PAS nº 07/03, Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo.

princípios, entretanto, que informam as bases dos dois, são os mesmos'. Adotam expressamente o mesmo entendimento Carlos S. de Barros Jr. e Lúcia Valle Figueiredo".[9]

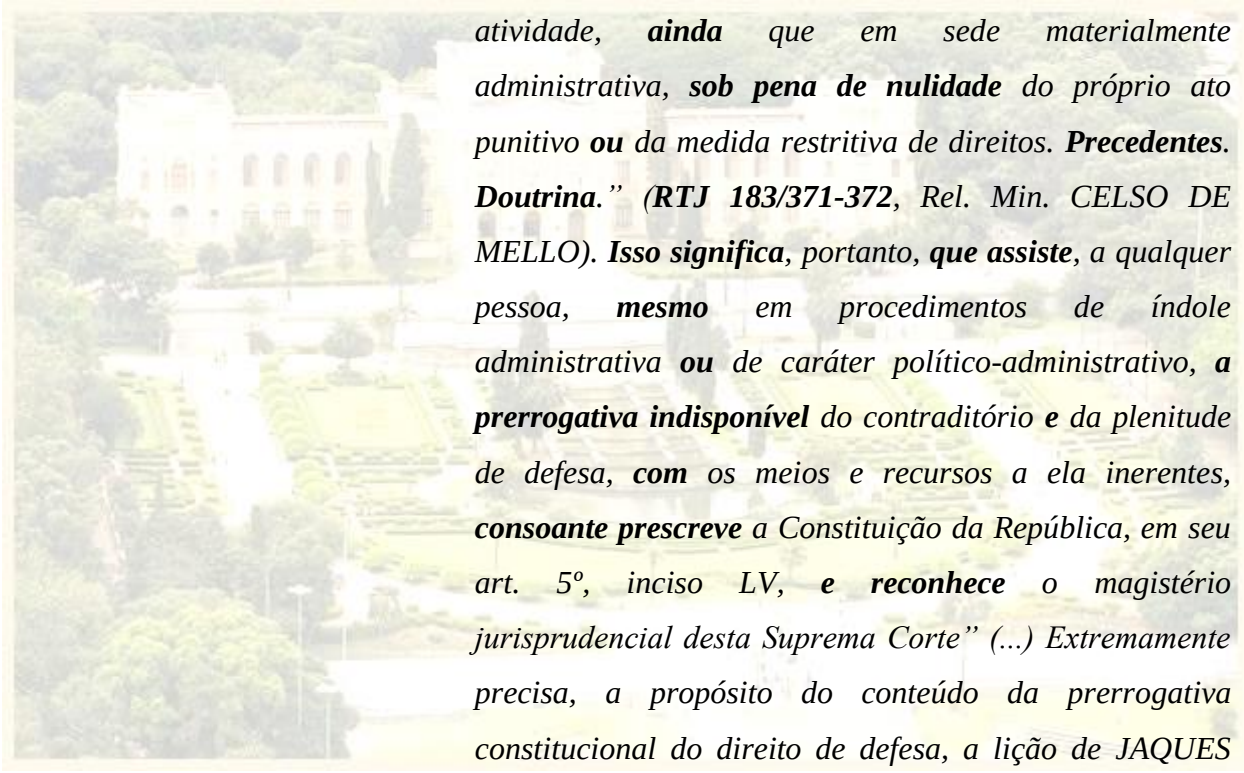
Importante voto do Ministro Celso de Mello, com a precisão e a cultura de sempre, explicita que diante de uma posição conflitante do Estado e do indivíduo, reconhecido o caráter penal da lei ora analisada, aplicam-se ao demandado todos os direitos e todas as garantias constitucionais:



"O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (...) ***Não custa relembrar****, neste ponto,* ***considerada*** *a própria jurisprudência constitucional que esta Suprema Corte* ***firmou*** *na matéria,* ***que ninguém*** *pode ser privado de sua liberdade, de seus bens* ***ou*** *de seus direitos* ***sem*** *o devido processo legal,* ***notadamente*** *naqueles casos em que se estabelece, como sucede na espécie,* ***uma relação de polaridade conflitante*** *entre o Estado, de um lado,* ***e*** *o indivíduo, de outro.* ***Cumpre ter presente****, bem por isso, que o Estado,* ***em tema de restrição*** *à esfera jurídica de qualquer cidadão,* ***não pode exercer*** *a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária,* ***desconsiderando****, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa,* ***pois o reconhecimento*** *da legitimidade ético--jurídica* ***de qualquer medida*** *imposta pelo Poder Público -* ***de que resultem*** *conseqüências gravosas* ***no plano*** *dos direitos e garantias individuais -* ***exige a fiel observância*** *do princípio do devido processo legal (****CF****, art. 5º, LV),* ***consoante adverte autorizado*** *magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "****Comentários à Constituição Brasileira de 1988****", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "****Comentários à Constituição Brasileira****", vol. 1/176* ***e*** *180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR,*

[9] Antonio Carlos de Araujo Cintra, *op. et loc. cit.*

*"**O Direito à Defesa na Constituição de 1988**", p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "**O Direito à Defesa na Constituição**", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 290 **e** 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, **v.g.**). A **jurisprudência** dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor** de **qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida**, ou não, de caráter punitivo (**RDA** 97/110 - **RDA** 114/142 - **RDA** 118/99 - **RTJ 163/790**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI 306.626/MT**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" **Informativo/STF** nº 253/2002 - **RE 140.195/SC**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **RE 191.480/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - **RE 199.800/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **v.g.**). "**RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO 'DUE PROCESS OF LAW'. - O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou** de restrição a direitos, **qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o*



__reconhecimento__ da legitimidade ético-jurídica de __qualquer__ medida estatal - __que importe__ em punição disciplinar __ou__ em limitação de direitos - __exige__, ainda que se cuide de procedimento __meramente__ administrativo (__CF__, art. 5º, LV), a __fiel__ observância do princípio do devido processo legal. A __jurisprudência__ do Supremo Tribunal Federal __tem reafirmado__ a essencialidade desse princípio, __nele reconhecendo__ uma insuprimível __garantia__, que, instituída __em favor de qualquer__ pessoa ou entidade, __rege__ e __condiciona__ o exercício, __pelo Poder Público__, de sua atividade, __ainda__ que em sede materialmente administrativa, __sob pena de nulidade__ do próprio ato punitivo __ou__ da medida restritiva de direitos. __Precedentes__. __Doutrina__." (__RTJ 183/371-372__, Rel. Min. CELSO DE MELLO). __Isso significa__, portanto, __que assiste__, a qualquer pessoa, __mesmo__ em procedimentos de índole administrativa __ou__ de caráter político-administrativo, __a prerrogativa indisponível__ do contraditório __e__ da plenitude de defesa, __com__ os meios e recursos a ela inerentes, __consoante prescreve__ a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, __e reconhece__ o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte" (...) Extremamente precisa, a propósito do conteúdo da prerrogativa constitucional do direito de defesa, a lição de JAQUES DE CAMARGO PENTEADO ("Acusação, Defesa e Julgamento, p. 257, item 17, 2001, Millennium): 'A ampla defesa é essencial à segurança da pessoa. É imprescindível à garantia da presunção de inocência em face de injustas imputações. Envolve três direitos básicos do acusado: direito ao seu defensor, direito ao pleno conhecimento do conteúdo da imputação e das respectivas

provas e direito de debater essas provas e produzir outras' (grifei)".[10]

Os direitos e as garantias constitucionais *informam* e *conformam* o direito infraconstitucional impedindo que a divisão enciclopédica da ciência jurídica obste ou diminua a eficácia dos direitos fundamentais. "Do princípio da constitucionalidade em geral e da constitucionalidade do Estado em particular decorre necessariamente *o princípio da constitucionalidade da acção do Estado e de quaisquer outras entidades públicas* (nº 3). É uma consequência directa da juridicidade de todos os poderes do Estado e da *força normativa da Constituição* enquanto lei fundamental da ordem jurídica. Sob pena de inconstitucionalidade e logo, de invalidade – cada acto há-de ser praticado apenas por quem possui *competência* constitucional para isso, há-de observar a *forma* e seguir o *processo* constitucionalmente prescritos e não pode contrariar, pelo seu *conteúdo*, nenhum princípio ou preceito constitucional".[11]

Dentre essas garantias e direitos individuais, pode-se destacar que não há infração administrativa sem prévia definição legal e se aplica ao sistema do direito administrativo sancionador a regra da retroatividade *in mellius* (art. 5º, incs. XXXIX e XL, CR). O preceito constitucional concretiza-se no Direito Penal: ninguém "pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória" (art. 2º, CP); e a lei posterior que, de qualquer modo favorecer o agente, "aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado" (art. 2º, parágrafo único, CP). A lei mais benéfica aplica-se aos fatos anteriores que ainda não estiverem definitivamente julgados e aos processos findos.

Com a brevidade inerente aos primeiros estudos da reforma da Lei de Improbidade Administrativa, examinar-se-á em seguida a questão do elemento subjetivo do ato de improbidade.

[10] STF, Medida Cautelar em Mandado de Segurança, nº 25.647-8/DF, voto Ministro Celso de Mello.
[11] J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1ª ed. brasileira e 4ª edição portuguesa revista, São Paulo, Revista dos Tribunais e Coimbra, 2007, pág. 217.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

A perene lição de E. Magalhães Noronha define o dolo como vontade livre e consciente. "Dois são, portanto, os elementos do dolo. A consciência há de abranger a ação ou a omissão do agente, tal qual é caracterizada pela lei, devendo igualmente compreender o resultado, e, portanto, o nexo causal entre este e a atividade desenvolvida pelo sujeito ativo. Age, pois, dolosamente quem pratica a ação (em sentido amplo) *consciente* e *voluntàriamente*". Classifica-o como direto ("o evento corresponde à vontade do sujeito ativo") e indireto ("apesar de querer o resultado, a vontade não se manifesta de modo único e seguro em direção a ele". Subdivide este em alternativo ("o agente quer um dos eventos que sua ação pode causar" e eventual ("o sujeito ativo prevê o resultado e, embora não seja este a razão de sua conduta, aceita-o". A culpa é a imprevisibilidade do previsível ("a opinião mais categorizada é a que fundamenta a culpa na *previsibilidade*". Somente punível quando expressamente prevista por lei (art. 18, parágrafo único, CP). Esta pode ser por imperícia ("supõe *arte* ou *profissão*. Consiste na incapacidade, na falta de conhecimento ou habilitação para o exercício de determinado mister", imprudência ("agir sem a cautela necessária. É forma *militante* e *positiva* da culpa, consistente no atuar o agente com precipitação, insensatez ou inconsideração, já por não atentar para a lição dos fatos ordinários, já por não atender as circunstâncias especiais do caso, já por não perseverar no que a razão indica") ou negligência ("Na doutrina e nas leis, freqüentemente é usada como equivalente à culpa em sentido estrito, dando-lhe, então, todo o substrato e abrangendo, pois, a imprudência e a imperícia (...) Reduz-se a um comportamento negativo. Negligente é quem, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental, não age ou se comporta de modo diverso").[12]

Os clássicos,[13] os finalistas[14] e os partidários da imputação objetiva,[15] como não poderia deixar de ser, *não* concebem uma infração penal sem o *elemento subjetivo*.

[12] *Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1967, v. I, p. 155 e segs.
[13] "Crime é o *injusto contra o qual o Estado commina pena* e o injusto, quer se trate de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a *acção culposa e contraria ao direito*" (Franz Von Liszt, *Tratado de Direito Penal Allemão*, Rio de Janeiro, F. Briguiet & C., 1899, v. I p. 183).
[14] "La teoría de la acción finalista alcanza por fin el concepto unitario de culpa, tanto tiempo buscado" (Hans Welzel, *La teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 34).
[15] "Dessa forma, a culpabilidade representa um elemento fundamental para a verificação dos fatos de relevância jurídico-penal, uma vez que a consciência da ilicitude interfere em toda a extensão dos demais elementos do crime" (Antonio Luís Chaves Camargo, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 133).

Considerando-se crime o fato típico, antijurídico e culpável, ou o fato típico e antijurídico, enquanto a culpabilidade é o elo entre o fato típico e antijurídico e a punibilidade, o que importa para os fins dessas brevíssimas considerações é que não há infração penal sem vontade, representação mental do resultado e consciência potencial da ilicitude. *Não há crime sem culpa*. A culpa é punível por exceção. Essa concepção penal e a interpretação da mesma estendem-se ao ato de improbidade.[16]

Não se equipara culpa do administrador com a sua eventual falta de técnica. A conduta culpável do agente público, apurada segundo o devido processo legal, pode ser juridicamente reprovada. A atecnia deve ser analisada pelos eleitores e gerar ou não o voto à candidatura ou à recandidatura. A Lei de Improbidade Administrativa "não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé".[17] É perfeitamente aplicável às hipóteses de alegação de falta de probidade a norma penal que isenta de punição aquele que, por erro inevitável, desconhece a ilicitude do fato (art. 21, CP). Nessas hipóteses, em consciência, o administrador age de acordo com o Direito e com a Moral.[18] É preciso verificar as circunstâncias que rodeiam a administração e o ato do administrador e de seus auxiliares.[19] Não se pode confundir erro, inerente à falibilidade humana e próprio das ciências da administração pública, com dolo.[20] Houve louvável ação dos órgãos públicos para assegurar a probidade e houve desvios sem conta.[21]

---

[16] "A rubrica – *Leis Penais*, aposta a este capítulo compreende todas as normas que impõem penalidades,e não somente as que alvejam os delinqüentes e se enquadram em Códigos criminais. Assim é que se aplicam as mesmas regras de exegese para os regulamentos policiais, as posturas municipais e as leis de finanças, quanto às disposições cominadoras de multa e outras medidas repressivas de descuidos culposos, imprudências ou abusos, bem como em relação às castigadoras dos retardatários no cumprimento das prescrições legais. Os preceitos mencionados regem, também, disposições de direito privado, de caráter punitivo (...) toda norma *imperativa* ou *proibitiva* e de *ordem pública* admite só a interpretação *estrita*" (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 21ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 294).

[17] STJ, 2ª T., Resp. nº 1660398/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/06/2017, DJe 30/06/2017.

[18] "Por la misma razón es preciso dejar claro otro principio: *ha de seguirse la conciencia invenciblemente errónea*. En efecto, la conciencia invenciblemente errónea es cierta, es decir, se cree que es verdadera subjetivamente. La ley moral se hace presente en el hombre a través de la conciencia, que, por esta razón, se denomina <<norma próxima de moralidad>>. La conciencia, como se ha visto, es un juicio del entendimiento práctico, en el que va incluida la libertad. El acto de una conciencia invenciblemente errónea es, por tanto, un acto humano livre, una decisión a favor de la ley moral (aunque se equivoque)" (Rafael Gómez Pérez, *Deontologia Juridica*, 3ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, p. 51).

[19] "La circunstancia! *Circum-stantia!* Las cosas mudas que están en nuestro próximo derredor! Muy cerca, muy cerca de nosotros levantan sus tácitas fisonomías con un gesto de humildad e de anelo, como menesterosas de que aceptemos su ofrenda y a la par avergonzadas por la simplicidad aparente de su donativo (...) Hemos de buscar a nuestra circunstancia, tal y como ella es, precisamente en lo que tiene de limitación, de perculiaridad, el lugar acertado en la inmensa perspectiva del mundo (...) Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo" (José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, Madrid, Universidad de Puerto Rico, 1957, pp. 35,42 e 43).

[20] "Aprender es equivocarse, precisamente para dejar de equivocarse. No habría ciencia si no existiera el error. Con mucha frecuencia, el clima que crea la reiteración de los errores predispone para esa especie de advinación

A lei sob comento consagrou a principiologia constitucional do direito administrativo sancionador e fixou que configuram atos de improbidade administrativa as condutas "dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11", da Lei nº 8.429/92, Dispôs, expressamente, que se aplica a teoria da tipicidade à matéria em estudo e que são puníveis exclusivamente as condutas dolosas praticadas por uma pessoa ou em concurso de pessoas (art. 2º - art. 1º, § 1º, Lei 8.429/92; art. 2º - art. 3º, Lei 8.429/92).[22] Além disso, definiu dolo: "vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11", não bastando a "voluntariedade do agente" (art. 2º - art. 1º, § 2º, Lei nº 8.429/92). Elucidou que o "mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa" (art. 2º - art. 1º, § 3º, Lei nº 8.429/92). Está a exigir o dolo específico (praticar a ação, em sentido amplo, para "auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida)", nos termos da reforma (art. 2º - art. 9º, *caput*, Lei nº 8.429/92, v. g.).[23] Além dos elementos normativos dos tipos de ato de improbidade administrativa elencados ("facilitar" para a *indevida* incorporação – art. 2º - art. 10, inc. I, Lei nº 8.429/92).[24]

"A Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) negou provimento à apelação contra a sentença do Juízo da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Corrente/PI para julgar improcedente o pedido para condenar o ex-prefeito da municipalidade por atos de improbidade administrativa. O município alegou que o ex-prefeito usou dos bens vinculados ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em obras particulares em sua gestão; deixou escolas em péssimo estado de conservação; não

---

en la que consiste el invento" (Rafael Gomes Perez, *Los Derechos,* Madrid, El Drac,1995, p. 77). Ver art. 22, § 1º, LIDB.

[21] Denúncias anônimas, motivações políticas, delações amorais, inquéritos mal presididos, imputações desprovidas de lastro probatório mínimo, falta de descrição circunstanciada dos fatos, descaso aos impedimentos legais, prisões indevidas, condenações informais, qualificações da inabilidade como culpa, olvido da proporcionalidade, transformações de culpa levíssima em culpa grave, desta em dolo, em verdadeiras operações espetaculosas.

[22] Sustenta Kamile Medeiros do Valle que "a previsão da responsabilidade subjetiva pelo dolo não está inserida apenas na nova Lei, mas já estava contida no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei Federal nº 13.655/2018 – LINDB), a qual prevê a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas somente em caso de dolo ou erro grosseiro" (*O fim da improbidade administrativa por ato culposo: por que tanta indignação?*, *Littera Express*, nº 805, http://manesco.com.br/).

[23] "... é considerado como um *fim* especial e próprio do delito (...) às vêzes, a lei não usa expressões para indicá-lo, porém, ele está implícito na oração" (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1967, v. I, p. 155 e segs.).

[24] "Os elementos normativos dizem respeito à antijuridicidade e são designados por expressões como 'indevidamente' (...), 'sem justa causa' (...), 'sem consentimento de quem de direito' (...), 'sem licença da autoridade competente' (...), 'fraudulentamente' e mais algumas" (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1967, v. I, p. 113).

repassou à previdência social contribuições retidas dos servidores municipais, entre outras reclamações. Ao analisar o caso, o relator, desembargador federal Ney de Barros Bello Filho, observou que o magistrado que proferiu a sentença acertou ao julgar o pedido improcedente – "Ao meu sentir, a sentença não contraria a jurisprudência desta Corte Regional que trafega no sentido de que "o elemento subjetivo deve estar sempre presente na configuração dos atos de improbidade, que não se confundem com meras irregularidades e/ou atipicidades administrativas ou inaptidões funcionais. Não existe improbidade sem má intenção, sem desonestidade" – afirmou".[25]

"A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal e não constitui ação civil" (art. 2º - art. 17-D, Lei nº 8.429/92). As suas sanções somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 2º - art. 12, § 9º, Lei nº 8.429/92).

Dita a lei nova que não "configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência", mesmo que essa orientação dos tribunais não seja pacífica ou não venha a prevalecer (art. 2º - art. 1º, § 8º, Lei nº 8.429/92). É que o agente público que pratica um ato com base na jurisprudência – fonte do direito –, age de boa-fé e esta é excludente do dolo. "Por boa-fé subjetiva entende-se aquele estado de consciência da parte em agir em conformidade com o Direito posto, ou seja, o estado psicológico do agente frente à relação jurídica. Contraposta a essa conformação mental é a má fé, que opera subjetivamente com a intenção de lesar. Denota, pois, ignorância ante a existência de uma situação regular ou de erro sobre a aparência de algum ato jurídico e, ainda, vínculo ao pactuado, de forma que a parte age convencida do próprio direito. Denota também ignorância de lesar direito alheio, ou convicção de estar-se ligado à literalidade do pactuado".[26]

Por exemplo, se um administrador, com base nas orientações doutrinárias e jurisprudenciais, fizer uma distinção entre loteamento e desmembramento e, com base nisto, executar a desapropriação de uma área, por evidência não cometerá ato de improbidade, por

[25] Processo nº: 0000427-49.2017.4.01.4005, AASP, Clipping Eletrônico, 2.2.2021.
[26] Fernando de Paula Gomes, *Do Contrato: Interpretação e Boa-Fé*, Revista de Direito Privado, v. 27/2006, p. 96-142, jul-set/2006, DTR/2006/450. Ver art. 24, LIDB.

culpa ou por dolo.[27] Está de boa-fé e pauta a conduta por precedentes jurisprudenciais e na *communis opinio doctorum*.

A justa promoção da probidade – preventiva e repressiva – deve levar em conta a *proporcionalidade*.[28]

4. PRESCRIÇÃO

A lei em estudo prevê a prescrição em 8 anos (art. 2º - art. 23, Lei nº 8.429/92), as causas de suspensão e de interrupção do lapso prescricional. A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo suspende a prescrição por 180 dias no máximo (art. 2º - art.23, § 1º, Lei nº 8.429/92. O inquérito civil deverá ser concluído em 365 dias, prorrogáveis uma única vez, mediante promoção fundamentada (art. 2º - art. 23, § 2º, Lei nº 8.429/92). Com esta norma procura-se a efetividade da garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CR).

As hipóteses de interrupção do curso prescricional estão previstas no art. 2º (art. 23, § 4º, Lei nº 8.429/92), começando pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa e terminando com a publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirme acórdão condenatório ou que reforme acórdão de improcedência.

[27] Loteamento e desmembramento são institutos diferentes. Ambos são formas de parcelamento do solo, sendo este seu gênero próximo. A diferença específica está em que no loteamento há a divisão da gleba em frações menores, usualmente para uma ou duas moradias, com a previsão de abertura de vias públicas e de áreas institucionais. No desmembramento tal não ocorre, sendo a gleba dividida em fração menor, com desdobro para efeitos matriculares, mantendo-se a contigüidade. Não há ruas nem espaços em branco nos desmembramentos. Esta é a orientação jurisprudencial: "acerca do que se deve entender por loteamento e desmembramento, a própria lei esclarece", no art. 2º, da Lei nº 6.766/79 (Apelação nº 1.0319.08.032195-7/001, 1ª Câm., TJMG, Rel. Des. Silas Vieira, v. un., j. 31.1.2012).

[28] "... o *princípio da proporcionalidade* tem de ser entendido no quadro dos direitos fundamentais. Ele há de ser considerado ao lado de outros princípios também extraídos da natureza desses direitos, como o da proteção do núcleo essencial e da concordância prática. O parâmetro da proporcionalidade é especialmente útil para *flagrar* uma indevida intervenção do Estado em posições jurídicas e não pode ser manejado em sentido oposto, isto é, para justificar iniquidades. Mesmo se admitindo a possibilidade de, inobservadas as cautelas devidas na aplicação do princípio, vir a ser criada alguma injustiça, mais injusta é a aplicação automática e indiscriminada da lei. Assim, é de ser privilegiada uma solução concreta quando a lei é posta em confronto quanto à sua idoneidade para solver um problema, de maneira que, deve ser compreendido que um 'eventual *escorregão* entre o direito e a política constitui risco inafastável da profissão do constitucionalista'. O *deficit* de previsibilidade creditado à utilização do *princípio da proporcionalidade* é, sem dúvida, compensado pela possibilidade de se dar uma solução justa ao caso concreto" (Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000, p. 209). Ver art. 22. § 2º, LIDB.

Prevê a prescrição intercorrente cujo prazo é de 4 anos (art. 2º - art. 23, § 5º, Lei nº 8.429/92) e que deverá ser decretada de ofício ou a requerimento das partes, em contraditório (art. 2º - art. 23, § 6º, Lei nº 8.429/92).

A Procuradoria Geral da República posicionou-se no sentido da imediata aplicação do direito novo aos casos em andamento e na própria instância especial.[29] *En passant*, com a adoção legal da noção de sistema e da principiologia do direito sancionador, é natural a legitimidade ativa *exclusiva* do Ministério Público, *órgão de soberania do Estado*,[30] para a ação de improbidade administrativa.

5. CAUSAS EM ANDAMENTO

Com a entrada em vigor da lei *sub studio*, nos limites do presente trabalho, relembra-se que adota a principiologia constitucional do direito penal sancionador, a tipicidade do ato de improbidade administrativa, a integração dele quanto ao elemento subjetivo somente por dolo específico, a exclusão do mesmo nas hipóteses de adoção de jurisprudência. ainda que não pacificada e ainda que não venha a prevalecer, e institui prazos de prescrição geral e intercorrente.[31] Os direitos e as garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

---

[29] "A persecução por ato de improbidade administrativa se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução penal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF" (STJ, 2º Turma, Resp. nº 1.966.002/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Parecer da Procuradoria Geral da República, Procurador da República Nicolau Dino).

[30] "É o que JELLINEK em síntese perfeita: 'Atrás do representante há outra pessoa, atrás do órgão, não se vê ninguém'. Carecendo a sociedade de personalização jurídica, inconfundindo-se com os eventuais mandatários que a representam na chefia do governo, deve o Ministério Público, definitivamente, conceber-se como Órgão de Soberania do Estado, evitando a dubiedade da 'Instituição Permanente', permissiva de sua equívoca interpretação como agente das autoridades (Jaques de Camargo Penteado, Jarvis Viana Pinto, Paulo Edson Marques e Samuel Sergio Salinas, *Aspectos da Estrutura Orgânica do Ministério Público*, Teses e Relatórios do IX Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, Edições APMP, 1981, p. 64).

[31] No Superior Tribunal de Justiça, o Min. Mauro Campbell Marques, antes do julgamento dos recursos de competência deste tribunal, tem aberto vista às partes para se manifestar sobre a incidência da nova lei de improbidade administrativa: a "Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) foi recentemente alterada e reformada pela Lei nº 14.230/2021, a qual proporcionou significativas alterações no âmbito do direito processual e do direito material da norma sancionadora. Entre as principais mudanças, é possível destacar a expressa previsão legal no sentido da aplicação ao sistema de improbidade administrativa dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (art. 1º, § 4º, da LIA, redação da Lei nº 14.230/2021) e novos parâmetros relacionados aos tipos sancionadores, tais como a extinção de condutas típicas e de condutas culposas. Ante o exposto, com base no art. 10 do CPC/2015, diante da potencial incidência dos novos parâmetros introduzidos na Lei de Improbidade Administrativa, intimem-se as partes para, no prazo legal, se manifestarem sobre a eventual aplicação retroativa da Lei nº 8.429/1992 alterada pela Lei nº 14.230/2021" (Resp. nº 1920691-SP (2020/0241317-0), despacho de 14.12.2021; Resp. nº 1.966.002/SP, despacho de 29.11.2021).

Estes direitos constitucionais, mais favoráveis a quem figura no pólo passivo das ações de improbidade administrativa, têm aplicabilidade aos processos em curso e aos processos findos.[32]

Nos casos em que há imputação de fatos praticados por culpa do administrador, a lei nova implica a falta de justa causa para a continuidade dos respectivos processos. Sabe-se que uma das características do recurso é que o pedido de reexame desenvolve-se no *mesmo* processo em que emitida a decisão recorrida ou em instrumento dele formado e não instaura uma nova relação jurídica processual. O recurso cabe *antes* do trânsito em julgado da decisão. Nas apelações em andamento os Tribunais de Justiça ou os Tribunais Federais de Recurso deverão absolver o demandado.[33] Durante a tramitação de recursos especiais ou extraordinários, a nova lei também deve ser aplicada *nestes* tribunais superiores, antes do julgamento daqueles ou de recursos que os sustentem – embargos de declaração ou agravo interno, por exemplo – (arts. 493 e 933, CPC).[34]

Nas hipóteses em que houver decisão judicial de primeira instância classificando os fatos atribuídos ao administrador como culposos, isto é, praticados por imprudência, negligência ou imperícia, e não houver recurso do autor quanto a esta classificação jurídica da realidade fática, pendente recurso do réu, a regra da proibição da *reformatio in pejus* impede a reclassificação dos fatos culposos para fatos dolosos, também porque está estabilizada a imputação.

Se houver atribuição de fato culposo, a partir da vigência da lei nova, o pedido de condenação ou de manutenção desta é juridicamente impossível. Ao tempo do Código de Processo Civil precedente haveria a falta incidental de uma das condições da ação e sob o atual estatuto processual civil dá-se o caso de imediato julgamento da causa com a improcedência da ação civil pública. Este julgamento é de mérito, eis que sob a vigência daquele código, pela teoria da asserção, a supressão incidental da possibilidade jurídica do

[32] "Contém ainda o artigo princípio que faz a *lex mitior* retroagir, não só no caso de estar sendo movida a *persecutio criminis*, como também no de haver sentença definitiva com trânsito em julgado" (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1967, v. I, p. 86).

[33] "Superveniência da Lei n. 14.203/2021 que, em seu artigo 1º, § 4º estabelece ao sistema de improbidade a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Retroatividade da norma mais benéfica, por disposição específica da mesma (art. 1.º §4.º). Supressão das modalidades culposas. Atos de improbidade administrativa somente dolosos, não verificados na espécie. Ausência de má-fé no trato com o dinheiro público ou obtenção de vantagem.Negligência durante a gestão. 8. Sentença reformada. Decreto de improcedência da ação. Recurso provido (TJSP, 9ª Câm., Ap. Civ. nº 1001594-31.2019.8.26.0369, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, v. un., j. em 10.11.2021).

[34] A aplicação imediata em matéria de inovação legal, em recurso que tramita perante o Superior Tribunal de Justiça e antes do julgamento desse recurso é sustentada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 19ª edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, comentários aos artigos supra citados).

pedido implicava a formulação de julgamento do *meritum causae* e, na vigência do atual, é caso típico de decisão sobre este mérito e no estado do processo (arts.354 e 487, inc. I, CPC).

A lei nova prevê o julgamento conforme o estado do processo (art. 2º - art. 17, § 10-B, Lei nº 8.429/92) e, "em qualquer momento do processo", verificada a "inexistência do ato de improbidade", julgar-se-á a demanda improcedente (art. 2º - art. 17, § 11, Lei nº 8.429/92). A decretação da prescrição intercorrente deve ser feita de imediato (art. 2º - art. 23, § 8º, Lei nº 8.429/92).

6. CONCLUSÕES

A corrupção é um empecilho a quaisquer regimes porque maltrata a pessoa humana e a impede de se realizar segundo as suas potencialidades. A construção de uma sociedade livre, justa, solidária e proba é um dos fins do Estado. Exige a educação para as virtudes e a repressão proporcionada à ofensa, harmonizando efetividade e garantismo.

Havia diversas classificações da natureza jurídica dos atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/92. A lei acima estudada adotou a noção de sistema, aplica-se segundo os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, seguindo a moderna orientação doutrinária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A adoção da doutrina de sistema jurídico e da principiologia constitucional do direito sancionador implica o tratamento das investigações e das ações judiciais atributivas de improbidade segundo os princípios e as regras de interpretação, da Constituição da República, do Direito Penal e do Direito Processual Penal sempre informados pela Carta Magna. Exige-se a tipicidade do ato de improbidade, não há ato de improbidade administrativa sem dolo, vigora a irretroatividade da lei mais gravosa e a retroatividade da *lex mitior*.

Por definição legal, a acusação da prática de improbidade administrativa é repressiva, tem caráter sancionatório e pessoal, não se constituindo em ação civil.

Não há ato de improbidade administrativa imprescritível e está prevista a prescrição intercorrente, tudo em atenção ao estado de liberdade da pessoa humana, à sua dignidade e preservação de sua boa fama, bem como para atender, reflexamente, a garantia constitucional da duração razoável do processo.

A punibilidade de ato de improbidade administrativa exige prévia elaboração legislativa do tipo de infração desta natureza, a sua integração por dolo específico, este não se

configura nas hipóteses de adesão a orientações jurisprudenciais, e o erro ou a boa-fé do administrador também excluem o dolo. Aplica-se a regra da proporcionalidade.

A recente reforma aplica-se aos processos em curso e aos processos findos. Nas ações em curso nas quais se atribua culpa ao administrador, a lei nova implica a falta de justa causa para a continuidade dos respectivos processos. Nos processos em que houver decisão judicial de primeira ou de segunda instância, não transitada em julgado, classificando os fatos atribuídos ao administrador como culposos, isto é, praticados por imprudência, negligência ou imperícia, e não houver recurso do autor da respectiva ação quanto a esta classificação judicial da realidade fática, pendente recurso do réu condenado sob a alegação de culpa, a regra da proibição da *reformatio in pejus* impede a reclassificação dos fatos culposos como fatos dolosos, também porque está estabilizada a imputação. É caso de improcedência da ação judicial

Se há atribuição de fato culposo, com a vigência da lei nova, o pedido de condenação ou de manutenção desta é juridicamente impossível. Ao tempo do Código de Processo Civil precedente, pela teoria da asserção, haveria a falta incidental de uma das condições da ação e julgamento do mérito e sob o atual estatuto processual civil dá-se o caso de imediato julgamento da causa com a improcedência da ação civil pública, também examinando-se o *meritum causae* (arts.354 e 487, inc. I, CPC).

A lei nova prevê o julgamento conforme o estado do processo (art. 2º - art. 17, § 10-B, Lei nº 8.429/92) e, "em qualquer momento do processo", verificada a "inexistência do ato de improbidade", julgar-se-á a demanda improcedente (art. 2º - art. 17, § 11, Lei nº 8.429/92). A atribuição de ato de improbidade administrativa culposo implica a improcedência da respectiva ação judicial em curso e a cessação do cumprimento de sentença procedente transitada em julgada e dos seus efeitos. A decretação da prescrição intercorrente deve ser feita de imediato (art. 2º - art. 23, § 8º, Lei nº 8.429/92), como também disciplina o Código de Processo Penal (art. 61, *caput*).

A educação do povo para a probidade, a participação efetiva dele na escolha e no acompanhamento dos atos dos governantes incumbidos de otimizar os poderes que aquele delega a estes, mas conversa a sua titularidade, e a aplicação do devido processo legal, substancial e formal, pelos órgãos judiciários e essenciais à justiça, conciliando efetividade e garantismo podem implicar a evolução de nosso país.

BIBLIOGRAFIA:

Barros, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000.

Camargo, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, Cultural Paulista, 2002.

Canotilho, J. J. Gomes e Vital Moreira, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1ª ed. brasileira e 4ª edição portuguesa revista, São Paulo, Revista dos Tribunais e Coimbra, 2007.

Cintra, Antonio Carlos de Araújo. Parecer juntado no PAS nº 07/03, Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Delgado, Jorge Augusto. *Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa*, Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n. 1, p. 1-106, jan/jun.2002, p. 21.

Francisco, Papa, *O Amor é contagioso: O Evangelho da Justiça*, São Paulo, Fontanar, 2017.

Gasset, José Ortega y. *Meditaciones del Quijote*, Madrid, Universidad de Puerto Rico, 1957.

Gomes, Fernando de Paula. *Do Contrato: Interpretação e Boa-Fé*, Revista de Direito Privado, v. 27/2006, p. 96-142, jul-set/2006, DTR/2006/450.

Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 21ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018.

Nery Jr., Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*, 19ª edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, comentários aos artigos 493 e 933.

Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1967, v. I.

Paulo II, São João, Carta Encíclica *O Esplendor da Verdade*, 2ª ed., São Paulo, Paulinas, 1993.

Peláez, Michelangelo. *Etica, Professioni, Virtù*, Milano, Ares, 1995.

Penteado, Jaques de Camargo. *Sistema Acusatório, garantismo, efetividade e bem comum: uma visão esquemática*. *In Estudos de Processo Penal*, São Paulo, Scortecci, 2011.

_____. *Acusação, Defesa e Julgamento*, Campinas, Millennium, 2001.

_____, Jarvis Viana Pinto, Paulo Edson Marques e Samuel Sergio Salinas, *Aspectos da Estrutura Orgânica do Ministério Público*, Teses e Relatórios do IX Seminário Jurídico dos

Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, Edições APMP, 1981, p. 64.

Pérez, Rafael Gómez *Deontologia Juridica*, 3ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991.

_____. *Los Derechos*, Madrid, El Drac,1995.

Valle, Kamile Medeiros do. *O fim da improbidade administrativa por ato culposo: por que tanta indignação?*, *Littera Express*, nº 805, http://manesco.com.br/.

Von Liszt, Franz. *Tratado de Direito Penal Allemão*, Rio de Janeiro, F. Briguiet & C., 1899, v. I.

Welzel, Hans. *La teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, Depalma, 1951.

DIREITOS HUMANOS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL NA ANTROPOLOGIA JURÍDICA FRANCÓFONA

HUMAN RIGHTS AND INTERCULTURAL DIALOGUE IN FRANCOPHONE LEGAL ANTHROPOLOGY

André Ricardo dos Santos Lopes [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8200-9521

Submissão: 23/04/2022 Aprovação: 19/05/2022

RESUMO:

Neste trabalho, será analisada a questão da aplicação dos diálogos interculturais aos direitos humanos, principalmente acerca da hermenêutica diatópica de Raimon Panikkar, e como isto repercutiu na Antropologia Jurídica francófona. O método utilizado será o levantamento bibliográfico sobre o tema. Serão abordadas obras da Filosofia, da Sociologia e da Antropologia do Direito que tratam do diálogo intercultural nos direitos humanos, a hermenêutica diatópica e o pluralismo jurídico de forma central ou reflexa. Este trabalho está dividido em duas partes. Na primeira parte será apresentada a abordagem intercultural dos direitos humanos e na proposição de Panikkar de se utilizar a hermenêutica diatópica como método para a realização de diálogos entre o *topos* ocidental dos direitos humanos e *topoi* de outras culturas. Na segunda parte, serão apresentados textos de Robert Vachon e Boaventura de Sousa Santos que trabalham o conceito de hermenêutica diatópica. Logo após, serão apresentadas as influências que estas obras de Panikkar, Vachon e Santos na Antropologia Jurídica francófona, particularmente nas obras de Étienne Le Roy e Christoph Eberhard.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Interculturalidade. Antropologia Jurídica. Hermenêutica Diatópica. Interdisciplinaridade.

[1] Mestrando em Direito, na área de concentração de Direitos Humanos, no PPGD FD-USP. Especialista em Direito Internacional Aplicado (OAB-SP ESA; EBRADI). Bacharel em História (FFLCH-USP) e em Direito (PUC-SP). Pesquisador do CIDHSP, da Academia Paulista de Direito. E-mail: andre.ricardo.lopes@alumni.usp.br - **Ark:/80372/2596/v9/008**

ABSTRACT:

In this work, it's going to be analyzed the question of the application of intercultural dialogues to human rights, specially on Raimon Panikkar's diatopical hermeneutics, and how this impacted on francophone Legal Anthropology. The applied method will be the bibliographic survey on the topic. It's going to be analyzed works of Philosophy, Sociology and Legal Anthropology which deal centrally or reflexively with intercultural dialogue in human rights, diatopical hermeneutics and legal pluralism. This work is divided into two parts. In the first part, the intercultural approach to human rights will be presented and Panikkar's proposal to use diatopical hermeneutics as a method for conducting dialogues between the western *topos* of human rights and the *topoi* of other cultures. In the second part, it's going to be presented texts by Robert Vachon and Boaventura de Sousa Santos that work with the concept of diatopical hermeneutics. Soon after, the influences that these works by Panikkar, Vachon and Santos will have on francophone Legal Anthropology, particularly in the works of Étienne Le Roy and Christoph Eberhard.

KEYWORDS: Human Rights. Interculturality. Legal Anthropology. Diatopical Hermeneutics. Interdisciplinarity.

SUMÁRIO: Introdução. **1** Direitos humanos e o diálogo intercultural. **1.1** Contexto histórico. **1.2** Hermenêutica diatópica. **2** Reflexos na Antropologia Jurídica. **2.1** A hermenêutica diatópica na esfera jurídica. **2.2** Impacto na Antropologia Jurídica francófona. Considerações finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Por meio deste trabalho, pretende-se analisar a questão da aplicação dos diálogos interculturais aos direitos humanos, principalmente no que se trata da hermenêutica diatópica de Raimon Panikkar, e como isto repercutiu na Antropologia Jurídica francófona.

Para alcançar este objetivo, o método utilizado será o levantamento bibliográfico sobre o tema. O estudo será realizado a partir da leitura de obras da Filosofia, da Sociologia e da Antropologia do Direito que abranjam o tema do diálogo intercultural nos

direitos humanos, a hermenêutica diatópica e o pluralismo jurídico de forma central ou reflexa.

Este trabalho está dividido em duas partes. Na primeira parte será apresentada a abordagem intercultural dos direitos humanos. Focaremos na proposição, do filósofo e teólogo Raimon Panikkar, da utilização da hermenêutica diatópica como método para a realização de diálogos entre o *topos* ocidental dos direitos humanos e *topoi* de outras culturas, para que aqueles não sejam impostos forçosamente a pessoas que possuem diferentes culturas.

Na segunda parte, serão apresentados textos do filósofo e teólogo Robert Vachon e do sociólogo e jurista Boaventura de Sousa Santos que abordam o conceito de hermenêutica diatópica, cunhado por Panikkar. Logo após, serão apresentadas as influências que estas obras de Panikkar, Vachon e Santos na Antropologia Jurídica francófona, particularmente nas obras de Étienne Le Roy e Christoph Eberhard.

1 OS DIREITOS HUMANOS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A partir da década de 1970, com a crescente expansão da globalização, observa-se simultaneamente uma abertura de debates acerca do multiculturalismo e a interculturalidade[2], bem como, segundo o historiador Samuel Moyn, uma expansão dos direitos humanos no plano internacional e seu estabelecimento como uma moral global[3]. Como consequência das rupturas do fim do século XX – como o fim da Guerra Fria, a imposição do modelo neoliberal em escala global e o solapamento das utopias –, os direitos humanos, a partir da década de 1990, estabelecem sua hegemonia no vocabulário da moral e

[2] O debate acerca do Multiculturalismo e da Interculturalidade não será aprofundado neste trabalho. Ver mais em: KYMLICKA, W. *Mulitucultural Odysseys*. Oxford: Oxford University Press, 2007; KELLY, P. Introduction: Between Culture and Equality; Defending Some Dodos: Equality and/or Liberty, in: _____ (ed.). *Multiculturalism Reconsidered: Culture and Equality and its Critics*. 3. reprint., Cambridge: Polity Press, 2007; e PAREKH, B. *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

[3] Cf. MOYN, S. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Harvard University Press, 2010. Cf. também: ECKEL, J.; MOYN, S. (eds.). *The Breakthrough: Human Rights in the 1970's*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

político[4] e passam a serem vistos como a única ferramenta possível de emancipação de grupos sociais vulneráveis e populações subalternas neste momento.

Muito foi discutido acerca do caráter universalizante dos direitos humanos em face do relativismo cultural. A Declaração e Plano de Ação de Viena de 1993[5], das Nações Unidas, considera os direitos humanos como universais. Contudo, o debate é mantido vivo para que se evite uma uniformização imposta pelas nações hegemônicas e se abra um diálogo horizontal entre as culturas.

Boa parte dos autores que pensam sobre a relação dos direitos humanos com a interculturalidade concordam que os direitos humanos são um conceito ocidental. No entanto, há uma maior divergência sobre se é possível, se é desejável e como povos não-ocidentais podem conciliar os direitos humanos com suas culturas. Dentre diversas teses acerca do estabelecimento dos direitos humanos a partir do diálogo entre as culturas, Raimon Panikkar, em 1984, proporá, como método, a utilização da hermenêutica diatópica, conceito cunhado pelo mesmo em 1979.

1.2 HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Na esteira da expansão do debate acerca da interculturalidade e dos direitos humanos, o filósofo e teólogo espanhol Raimon Panikkar publica, em 1984, o artigo *"Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?"*, versão expandida e revisada de uma apresentação sua no evento *"Entretiens de Dakar"*, do *Institut International de Philosophie*, sobre Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos, no Senegal[6].

Neste artigo, Panikkar responde à pergunta presente no título, afirmando que a noção de direitos humanos é um conceito ocidental[7]. Dessa forma, apesar de se pretenderem universais, não faz sentido serem impostos a outras culturas da forma com a qual foram construídas no Ocidente. No entanto, os direitos humanos não devem ser abandonados.

---

[4] HOFFMANN, Stefan-Ludwig. Human Rights and History. *Past & Present*, vol. 232, issue 1, August 2016, p. 282.

[5] ONU. *Declaração e Programa de Ação de Viena*. Adotada consensualmente, em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993. 1993. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html. Acesso em: 15 set. 2021.

[6] PANIKKAR, R. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? (trad. Roberto Cataldo Costa), in: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 205, nota de rodapé 1.

[7] Ibid., p. 205.

O autor propõe que o diálogo entre o *topos* ocidental dos direitos humanos e *topoi* de outras culturas. Panikkar assim propõe que este diálogo seja realizado por meio de uma nova hermenêutica: a hermenêutica diatópica, onde o *topos* de uma cultura possa se relacionar com o seu equivalente homeomórfico de outra, levando sempre em consideração que não estamos lidando com um todo, mas com um diálogo entre partes destas culturas.

O conceito de Hermenêutica Diatópica é proposto por Panikkar pela primeira vez em seu livro *Myth, Faith and Hermeneutics*, de 1979[8]. Segundo o autor:

> *Entendo por hermenêutica diatópica uma reflexão temática sobre o fato de que os* loci (topoi) *de culturas historicamente não-relacionadas tornam problemáticas a compreensão de uma tradição com as ferramentas de outras e as tentativas hermenêuticas de preencher essas lacunas*.[9]

Já por equivalente homeomórfico, entende o autor:

> *Homeomorfismo não é o mesmo que analogia; ele representa um equivalente funcional específico, descoberto através de uma transformação topológica. É um tipo de analogia funcional existencial.*
> *[...]*
> *Dessa forma, não buscamos transliterar os direitos humanos para outras linguagens culturais, nem devemos procurar simples analogias; tentamos, ao invés disso, buscar o equivalente horneomórfico*.[10]

O filósofo cita como exemplo a possibilidade de um diálogo entre os Direitos Humanos e o Darma *(dharma)*, da cultura indiana.

[8] Id. *Myth, Faith and Hermeneutics*. New York: Paulist Press, 1979, p. 8 et seq. apud Id., op. cit., p. 208, nota de rodapé 4.
[9] Ibid.
[10] Ibid., p. 209.

> *A palavra Darma é, talvez, a mais fundamental na tradição indiana, que poderia nos levar à descoberta de um possível símbolo homeomórfico correspondente à noção ocidental de 'Direitos Humanos'.*
> *[...]*
> *Não estou sugerindo que Darma seja seu equivalente homeornórfico, mas apenas indicando que uma reflexão no nível do darma pode nos ajudar a nos situarmos em um terreno comum, de forma que saibamos o que estamos procurando quando saímos em busca dos 'Direitos Humanos' no contexto indiano clássico*.[11]

Por fim, o autor faz três observações: (1) Para que seja possível uma vida autêntica ou humana no interior da megamáquina do mundo tecnológico moderno, os direitos humanos são um imperativo, porque a evolução dessa noção é determinada e tem seu significado atribuído pelo desenvolvimento lento desta megamáquina; (2) Devem-se criar espaços para que outras tradições do mundo se desenvolvam e formulem suas próprias visões homeomórficas correspondentes ou opostas aos "direitos" ocidentais, ou, mais precisamente, essas e outras tradições mundiais devem criar espaço para si próprias, pois é improvável que alguém mais o faça; e (3) Deve-se encontrar um espaço intermediário para a crítica recíproca, que avance no sentido da fecundação e do enriquecimento mútuos[12]. Além disso observa que *"o diálogo dialógico parece ser o método inevitável"*[13].

Este texto e a noção de hermenêutica diatópica de Panikkar serviu de influência para diversos outros autores que trabalham sobre interculturalidade e diálogos interculturais, como Boaventura de Sousa Santos e Robert Vachon, como será exposto a seguir.

2 ABORDAGEM DA ANTROPOLOGIA JURÍDICA

2.1 A HERMENÊUTICA DIATÓPICA NA ESFERA JURÍDICA

[11] Ibid., p. 230.
[12] Ibid., p. 236-237.
[13] Ibid.

O filósofo e teólogo estadunidense-franco-canadense Robert Vachon, em seu artigo *"L'étude du Pluralisme Juridique"*, de 1990, foi um dos responsáveis por divulgar o conceito de hermenêutica diatópica, de Panikkar, aos autores francófonos da Antropologia Jurídica.

Neste artigo, Vachon busca compreender o Pluralismo Jurídico através de uma abordagem mais pertinente que as realizadas até o momento, utilizando-se do diálogo e da diatopia.

Sua abordagem intercultural e diatópica *(approche interculturelle e diatopique)* presume que é preciso retirar o pluralismo jurídico do seu quadro de referências ocidental "unitarista", no qual está aprisionado[14]. Para tanto, apesar de tomar o Ocidente como ponto de partida de sua análise, contrasta a noção ocidental de Direito com a noção hindu de *Svadharma* e a noção iroquesa de Paz Cósmica *(Kayanerenhkowa)*[15]. Desta forma, o autor enfatiza a importância para se atentar ao homeomorfismo das culturas jurídicas para a realização dos diálogos diatópicos:

> *É porque nossos modos de inteligibilidade são radicalmente diferentes. Uma das características mais profundas da cultura ocidental é que ela procede através do primado do* princípio da não-contradição*: uma coisa é o que é na medida em que 'não é aquilo' (ou não é outra coisa). Procedemos ao conhecimento afirmando primeiro a diferença. Toda a noção ocidental de lei é, além disso, baseada no princípio de que a pessoa ou o ser humano é distinto do resto da criação e do não criado (Vachon 1972). Mas existe um outro modo de inteligibilidade, característico das culturas autóctones e que procede pelo primado do princípio da identidade ou não-dualidade: uma coisa é o que é na medida em que é o todo do ser, na medida em que é relação, conectado, unido aos outros e ao conjunto da realidade, na medida em que não está mais apenas separado, mas em harmonia e em um estado*

[14] VACHON, R. L'étude du pluralisme juridique: une approche diatopique et dialogale. *The journal of legal pluralism and unofficial law*, n. 29, 1990, p. 164.
[15] Ibid., 165.

> *de não dualidade com todas as dimensões de realidade. Não insistimos no "outro" então, porque ele é considerado como uma dimensão constitutiva de si mesmo (sendo este último nada mais nada menos que o todo da Realidade cósmica). Toda a cultura jurídica autóctone é baseada neste princípio de não-dualidade, na primazia do Todo sobre o indivíduo (Panikkar 1970: 29-41).*
>
> *Portanto, é muito importante descobrir a existência e a natureza dos homeomorfismos entre as diferentes culturas jurídicas do mundo, e isso nos diferentes níveis de cada cultura "jurídica". Isso prepara o terreno para sua fecundação mútua em um diálogo diatópico.*[16] (tradução nossa)

O autor também ressalta que no Ocidente se vive um "totalitarismo do *logos*"[17]. O Ocidente é logocêntrico e, portanto, tenta racionalizar tudo. Desta forma, baseando-se em Pannikar, o autor utiliza o *mythos* como oposição ao *logos*[18], considerando-o como um horizonte latente de inteligibilidade, que implica no diálogo com o outro para se construir o conhecimento.

Sobre as abordagens dialógica – que está no campo do *logos* – e diatópica – que está no *mythos* –, Vachon expõe:

---

[16] Trecho original: *"C'est que nos modes d'intelligibilité sont radicalement différents. Une des caractéristiques les plus profondes de la culture occidentale, c'est de proceder par la primauté du* principe de· non-contradiction*: une chose est ce qu'elle est dans la mesure où elle est 'pas cela' (ou pas-autre chose). On procède à la connaissance en affirmant d'abord la différence. Toute la notion occidentale du droit repose d'ailleurs sur ce principe que la personne ou l'être humain est distinct du reste de la création et de l'incréé (Vachon 1972). Mais il existe un autre mode d'intelligibilité, caractéristique des cultures autochtones et qui procède par la primaute du principe d'indentité ou de non-dualité: une chose est ce qu'elle est dans la mesure où elle est le tout de l'être, dans la mesure où elle est relation, reliée, unie aux autres et à la réalité toute entière, dans la mesure où elle n'est plus justement séparée, mais en harmonie et en état de non-dualité avec toutes les dimensions de la réalité. On n'insiste pas sur l''autre' alors, car il est considéré comme une dimension constitutive de Soi-même (ce dernier n'étant autre finalement que toute la Réalité cosmique). Toute la culture juridique autochtone repose sur ce principe de non-dualité, sur le primat du Tout sur l'individu (Panikkar 1970: 29-41).*

Il est donc très important de découvrir l'existence et la nature des homeomorphismes entre les differentes cultures juridiques de monde, et cela aux les différents niveaux de chaque culture 'juridique'. Cela prépare le terrain pour leur fécondation mutuelle dans un dialogue diatopique." (Ibid., 165-166).

[17] Ibid., p. 164.

[18] Ibid., p. 168-171.

A interpretação diatópica é aquela que tenta descobrir essas várias culturas jurídicas radicalmente diferentes, aproxima-as num diálogo que permite a emergência de um mito no qual podemos entrar em comunhão e que nos permite compreender uns aos outros colocando-nos juntos sob o mesmo horizonte de inteligibilidade, sem que esse horizonte seja exclusivamente seu (dia-topos: que atravessa os topoi para se juntar ao mythos de que são expressão). A interpretação diatópica é aquela que tenta compreender a textura do contexto e tenta superar a distância, não do presente para o passado, ou do passado para o presente, mas do presente para o presente.

Deve ser dito que este estudo de sistemas jurídicos e culturas é uma disciplina relativamente nova. Além disso, creio que ainda não se libertou o suficiente de uma abordagem dialética, certamente útil, mas radicalmente insuficiente. Na verdade, não se pode superar os limites de nossa forma particular de compreensão, por exemplo, por meio da conceituação, porque um conceito só é válido onde foi concebido. Precisamos de uma abordagem dialógica (dia-logos: que atravessa o logos para chegar a um terreno comum que o logos não pode expressar - só o que não pode ser dito vale a pena tentar - e que chamamos aqui de mythos)[19] (tradução nossa)

[19] Trecho original: *"L'interprétation diatopique est celle qui essaie de découvrir ces diverses cultures juridiques radicalement différentes, les rassemble dans un dialogue qui permette l'emergence d'un mythe dans lequel on peut entrer en communion et qui nous permet de nous entendre en nous mettant ensemble sous le même horizon d'intelligibilité, sans que cet horizon soit exclusivement le sien propre (dia-topos: qui transperce les topoi pour aller rejoindre le mythos dont elles sont l'expression). L'interprétation diatopique est celle qui essaie de comprendre la texture du contexte et qui essaie de surmonter la distance, non du présent au passé, ou du passé au présent, mais du présent au présent.*

Il faut dire que cette étude des systèmes et des cultures juridiques est une discipline relativement nouvelle. Je crois en plus qu'elle ne s'est pas encore assez dégagée d'une approche dialectique, certes utile, mais radicalement insuffisante. En effet, on ne saurait surmonter les limites de notre forme particulière d'entendement, au moyen par exemple de la conceptualisation, car un concept n'est valide que là où il a été conçu. Il nous faut une approche dialogale (dia-logos: qui traverse le logos pour rejoindre un terrain commun

Este artigo acabou por se tornar um grande marco na Antropologia Jurídica francófona, sendo amplamente citado e influenciando vários autores posteriores, como Christoph Eberhard e Étienne Le Roy, que porão em xeque perspectivas mais academicistas do Pluralismo Jurídico, como será abordado posteriormente neste trabalho.

Outro divulgador do conceito da hermenêutica diatópica foi o sociólogo e jurista português Boaventura de Sousa Santos, em seu artigo *"Por uma concepção multicultural de direitos humanos"*, de 1997.

Neste artigo, Santos vai realizar uma crítica à globalização neoliberal em suas dimensões sociais, políticas e culturais e buscará mapear uma emancipação por meio do que chamará de "globalização contra-hegemônica". O autor identifica, então, os direitos humanos como um potencial guião emancipatório, se forem reconceitualizados como multiculturais. Para ele, é precisamente no campo dos Direitos Humanos que podemos pensar em um "novo universal" por meio do cosmopolitismo. Neste ponto, as nações hegemônicas têm o que aprender com o Sul.

Neste momento, vale observar que a pretensão do autor de apontar para um ideal regulatório é típico das teorias normativas. Além disso, vale observar também que, apesar do termo utilizado ser "multiculturalismo", os antropólogos entendem que este artigo aborda a "interculturalidade", pela hermenêutica diatópica – e provavelmente era a interculturalidade, não o multiculturalismo, que estava sendo vislumbrado por Santos, mas falhou nesta precisão por não dominar o vocabulário antropológico. Vachon, no entanto, utiliza em seu texto o termo "interculturalidade".

Santos vai nos apresentar quatro modos de produção da globalização, divididos em dois gêneros: (I) globalização hegemônica, subdivida em (1) globalismo localizado e (2) localismo globalizado; e (II) globalização contra-hegemônica, subdividida em (3) cosmopolitismo e (4) patrimônio comum da humanidade. O globalismo localizado se trata de um *"impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais"*[20]. Por sua vez, o localismo globalizado se trata de um *"processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso"*[21]. Já o patrimônio comum

que le logos ne saurait exprimer - cela seul qui ne peut être dit vaut la peine qu'on essaie de le dire - et que nommons ici le mythos)" (Ibid., p. 167-168).

[20] SANTOS, B. S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, in: SANTOS, B. S. (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 335.

[21] Ibid.

da humanidade são temas que, pela sua natureza são globais e fazem sentido apenas enquanto reportado ao globo na sua totalidade, como sustentabilidade da vida e exploração espacial[22]. E, por fim, o cosmopolitismo é o

> *[...] conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pelos globalismos localizados e localismos globalizados, recorrendo a articulações transnacionais tornadas possíveis pela revolução das tecnologias de informação e comunicação.*[23]

Ou seja, o conceito de cosmopolitismo de Santos, diferente do conceito tradicional kantiano, é uma solidariedade dos subalternos, dos explorados, semelhante ao conceito de *"solidarité des ébranlés"*, do filósofo tcheco Jan Patočka[24].

O autor vai, então, partir da ideia de que os direitos humanos atualmente estão sendo aplicados como um localismo globalizado. Para se opor a isto, é necessária a construção de uma concepção de direitos humanos que parta dos subalternos, "de baixo-para-cima", aplicado como globalização contra-hegemônica. E, para o desenvolvimento desta concepção mais pertinente de Direitos Humanos, é necessário o diálogo entre culturas através da hermenêutica diatópica.

Para Santos, os *topoi* são *"lugares comuns retóricos mais abrangentes em determinadas culturas"*[25]. Por sua vez, a hermenêutica diatópica, de acordo com Santos, é o procedimento hermenêutico baseado na ideia de que

> *[...] os 'topoi' de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O*

[22] Ibid., p. 336.
[23] Ibid.
[24] PATOČKA, J. *Essais hérétiques sur la philosophie de l'histoire*. (trad. E. Abrams) Lagrasse: Éditions Verdier, 1999, p. 207.
[25] SANTOS, B. S., op. cit, 2003, p. 341.

> *objetivo da hermenêutica diatópica não é porém atingir a completude – um objetivo inatingível -, mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico*.[26]

Portanto, por levar em consideração uma igualdade entre as culturas e seus diferentes *topoi*, é fundamental para a construção comum deste novo sentido de direitos humanos.

Santos apresenta como uma hermenêutica diatópica possível o diálogo entre os *topoi* dos Direitos Humanos, da cultura ocidental, do *Dharma*, da cultura hindu, e o da *Umma*, da cultura islâmica[27].

O autor ressalva que o diálogo intercultural só é possível através da simultaneidade temporária de duas ou mais contemporaneidades diferentes[28]. Salienta também que um dos mais problemáticos pressupostos da hermenêutica diatópica é a concepção das culturas como entidades incompletas, o que pode alcançar dois resultados alternativos ao diálogo intercultural: o fechamento cultural ou a conquista cultural[29].

> *Esta linha de argumentação é particularmente convincente quando aplicada a culturas não-ocidentais que no passado foram vítimas dos mais destrutivos 'encontros' com a cultura ocidental, encontros de tal maneira destrutivos que, nalguns casos, levaram à extinção cultural.*
> *[...]*
> *Tais processos assentam em relações de poder e em trocas culturais tão desiguais que o fechamento cultural se transforma na outra face da conquista cultural.*
> *[...] a verdadeira questão é de saber se a conquista cultural em curso pode ser substituída por diálogos*

[26] Ibid., p. 342.
[27] Ibid., p. 343-344.
[28] Ibid., p. 348.
[29] Ibid., p. 349.

> *interculturais assentes em condições estabelecidas por mútuo acordo. E se a resposta for positiva, há que identificar as condições a serem discutidas.*[30]

Portanto, podemos observar que objetivo da hermenêutica diatópica, para o autor, não é buscar a completude das culturas, mas alcançar uma consciência de sua incompletude e a possibilidade de um diálogo estabelecido com o Outro. Uma fusão de horizontes distintos de sentido.

Ainda que sociólogo, Santos possui um amplo diálogo com autores da Antropologia, como os já mencionados Le Roy e Eberhard – como será abordado posteriormente neste trabalho.

Apesar da noção de direitos humanos como um conceito ocidental e o conceito de hermenêutica diatópica já serem ideias trabalhadas anteriormente, o mérito de Santos e Vachon, em seus artigos, é o de captar o conceito de Panikkar e aplicá-lo na esfera jurídica.

2.2 IMPACTO NA ANTROPOLOGIA JURÍDICA FRANCÓFONA

Por influência das obras de Panikkar, Vachon e Santos – além de outros autores, como Michel Alliot –, os antropólogos Étienne Le Roy e Christoph Eberhard porão em xeque perspectivas mais academicistas do Pluralismo Jurídico, como as de Norbert Rouland[31] e Jacques Vanderlinden[32], partindo, então, para uma abordagem intercultural do tema.

A Cartografia Simbólica do Direito e a Teoria da Interlegalidade, de Boaventura de Sousa Santos, influenciarão Le Roy e Eberhard e o que viria a se tornar o Pluralismo Jurídico – tornando-se uma proposta alternativa ao Pluralismo Jurídico Radical (ou Crítico) de Jacques Vanderlinden[33]. Elas são apresentadas em *"Uma cartografia simbólica das representações sociais: o caso do Direito"*, terceiro capítulo d'*A crítica da razão indolente: o desperdício da experiência*, primeiro volume da obra *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, onde Santos busca a criação de uma Epistemologia Pós-Moderna. A Teoria da Interlegalidade se refere à relação

[30] Ibid.
[31] Cf. ROULAND, N. *L'anthropologie Juridique*. 2ème éd., Paris: PUF, 1995.
[32] Cf. VANDERLINDEN, J. *Anthropologie juridique*. Paris: Dalloz, 1996.
[33] Cf. Id. Return to legal pluralism: twenty years later. *Journal of legal pluralism*, n. 28, 1989, p. 149-157.

entre os planos Estatal, Infraestatal e Supraestatal do Mecanismo da Escala da Cartografia Simbólica do Direito[34]. O Direito, então, é apresentado como fenômeno complexo.

A Teoria (ou Hipótese) do Multijuridismo de Le Roy, presente principalmente nos textos *"L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de la Modernité"*[35], de 1998, e *"Le jeu des lois: Une anthropologie 'dynamique' du Droit"*[36], de 1999, é influenciada pela Teoria da Interlegalidade, de Boaventura de Sousa Santos – bem como pela Teoria dos Arquétipos de Michel Alliot[37] e a noção de *"habitus"* de Pierre Bourdieu[38].

Eberhard, por sua vez, em sua Abordagem Intercultural do Direito, presente no texto *"Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico"*, de 2002, busca se desvincular das formas acadêmicas de teoria, que, segundo o autor, possuem caráter logocêntrico, limitado e ocidental. Assim, procura extrapolar o quadro de referências das Ciências Sociais ocidentais utilizando-se do "diálogo dialógico" *(dialogue dialogale)*[39], conceito de Panikkar, e do domínio do *mythos* sobre o *logos*[40], sendo o primeiro um horizonte latente de sentindo ou inteligibilidade, com abordagem semelhante à de Vachon[41].

> *Esta explicitação da hermenêutica diatópica ilustra a abordagem do Direito de Alliot, mas também aponta para alguns problemas epistemológicos que precisam ser superados, e que parecem demandar uma ruptura epistemológica e um novo método. Na verdade, o reconhecimento de diferentes lugares (*topoi*) possíveis, de onde podem surgir distintos discursos e práticas, implica, do ponto de vista epistemológico, que tenhamos que*

[34] SANTOS, B. S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 1)*. 4. ed., São Paulo: Cortez, 2002, p. 197-224.
[35] Cf. LE ROY, É. L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de la modernité, in: LAJOIE, A.; MACDONALD, R. A., JANDA, R.; ROCHER, G. (dir.). *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*. Montréal; Bruxelles: Les Éditions Thémis et Bruylant, 1998, p. 29-43.
[36] Id. *Le jeu des lois. Une anthropologie 'dynamique' du Droit*. Paris: LGDJ, 1999, p. 33. Cf. também: Id. Pour une anthropologie de la juridicité. *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2004, p. 242-244.
[37] VILLAS BÔAS FILHO, O. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica como obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 109, 2014, p. 289. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89235/96068. Acesso em 15 set. 2021.
[38] Ibid., p. 303, nota de rodapé 72. Cf. também: BOURDIEU, P. Habitus, code et codification. *Actes de la recherche en sciences sociales*, v. 64, p. 40-44, 1986.
[39] PANIKKAR, R. The Dialogical Dialogue, in: WHALING F. (org.). *The World's Religious Traditions*. Edinburgh: T. & T. Clark, 1984, p. 201-221 apud EBERHARD, C. Para uma teoria jurídica intercultural - o desafio dialógico. *Revista direito e democracia*, vol. 3, n.º 2, jul./dez 2002, p. 507.
[40] EBERHARD, C., op. cit., 2002 p. 507.
[41] VACHON, R., op. cit., 167-168.

> *reconhecer uma dimensão nova no "Homem" (e na Realidade) que não pode ser exaurida pelas luzes da Razão, somente pelo logos. Panikkar (1979: 30) chama esta dimensão de mito, "o horizonte invisível no qual projetamos nossas noções do real" e observa que "a realidade humana é complexa por ser uma: não se pode separar completamente o logos do mito. Pode-se distingui-los, mas não os separar, pois um nutre o outro, e toda a cultura humana é uma textura de mito e logos [...] eles são como dois fios que se interlaçam para tecer a realidade.*
>
> *[...]*
>
> *Sendo assim, nos encontramos em uma situação em que temos que reconhecer que a realidade não pode ser reduzida a um único centro de inteligibilidade – próximo ao logos, também está o mythos (Vachon, 1997:9). De forma que parecemos ser convidados, nos termos de Panikkar, a avançar do puro domínio da dialética para um método que também leve em conta nossos mitos. Para assumir esse desafio de desenvolver uma "hermenêutica diatópica" que permita desvendar mutuamente nossos respectivos mitos e o compartilhamento de um novo mito emergente, Panikkar propõe um novo método, descrito em seu artigo 'O diálogo dialógico' (1984b).*[42]

Eberhard, portanto, vê o Direito como uma experiência vivida, e não como algo racionalizável, para, assim, alcançar conceitos de outras culturas.

Na obra *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, de 2010, Eberhard, de modo similar a Boaventura de Sousa Santos em *"Por uma concepção multicultural de direitos humanos"*, pretende propor, por meio da Antropologia, uma nova Mundialização[43]. Eberhard também é influenciado por Santos ao ponto em que busca resgatar os *topoi* que foram invisibilizados pelo Imperialismo e o epistemicídio causado pelas nações

[42] Ibid.
[43] Cf. Id. *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*. Paris: LGDJ, 2010.

hegemônicas nas subalternas. Além disso, a noção de aculturação jurídica que ele trabalha é bastante semelhante conceito de Santos de globalização hegemônica, localismos globalizados e globalismos localizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste trabalho, pudemos observar o processo de desenvolvimento e repercussões do conceito de hermenêutica diatópica, de Raimon Panikkar, aplicado ao debate dos diálogos interculturais aplicados aos direitos humanos.

Pode-se observar que a obra de Panikkar foi de grande expressão e contribuição entre os autores posteriores que pensaram o tema dos direitos humanos frente a pluralidade das culturas. A partir deste ponto, nos debruçamos sobre a apropriação do conceito de hermenêutica diatópica por Robert Vachon e Boaventura de Sousa Santos. Por fim, foi analisada o impacto da obra Vachon, Santos, e do próprio Panikkar, entre autores francófonos da Antropologia Jurídica – no caso deste trabalho, Étienne Le Roy e Christoph Eberhard.

No âmbito da Antropologia Jurídica, especialmente entre Le Roy e Eberhard, Santos, Vachon e Panikkar influenciaram os debates sobre o Pluralismo Jurídico, abrindo as portas a uma concepção crítica, menos etnocêntrica e academicista e mais voltada ao diálogo entre a pluralidade jurídica das diferentes culturas.

A reflexão contida nas obras abordadas neste estudo é importante, pois, considerando Santos, é precisamente no campo dos direitos humanos que podemos pensar em um "novo universal" por meio do Cosmopolitismo. É neste campo que as nações hegemônicas têm o que aprender com as populações das nações subalternas e estas podem gerar sua emancipação e uma forma de Globalização mais humana.

BIBLIOGRAFIA

BOURDIEU, Pierre. Habitus, code et codification. *Actes de la recherche en sciences sociales*, v. 64, p. 40-44, 1986.

EBERHARD, Christoph. *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*. Paris: LGDJ, 2010.

_____. Para uma teoria jurídica intercultural - o desafio dialógico. *Revista direito e democracia*, vol. 3, n.º 2, p. 489-530, jul./dez 2002.

ECKEL, J.; MOYN, S. (eds.). *The Breakthrough: Human Rights in the 1970's*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

HOFFMANN, Stefan-Ludwig. Human Rights and History. *Past & Present*, vol. 232, issue 1, August 2016, p. 279-310.

KELLY, Paul. Introduction: Between Culture and Equality; Defending Some Dodos: Equality and/or Liberty, in: _____ (ed.). *Multiculturalism Reconsidered: Culture and Equality and its Critics*. 3. reprint., Cambridge: Polity Press, 2007.

KYMLICKA, Will. *Mulitucultural Odysseys*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois. Une anthropologie 'dynamique' du Droit*. Paris: LGDJ, 1999.

_____. L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de la modernité, in: LAJOIE, A.; MACDONALD, R. A., JANDA, R.; ROCHER, G. (dir.). *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*. Montréal; Bruxelles: Les Éditions Thémis et Bruylant, 1998, p. 29-43.

_____. Pour une anthropologie de la juridicité. *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2004, p. 241-247.

MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Harvard University Press, 2010

ONU. Declaração e Programa de Ação de Viena. Adotada consensualmente, em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993. 1993. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html. Acesso em: 15 set. 2021.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? (trad. Roberto Cataldo Costa), in: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 205-238.

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

PATOČKA, Jan. *Essais hérétiques sur la philosophie de l'histoire*. (trad. E. Abrams). Lagrasse: Éditions Verdier, 1999.

ROULAND, Norbert. *L'anthropologie Juridique*. 2ème éd., Paris: PUF, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 1)*. 4. ed., São Paulo: Cortez, 2002.

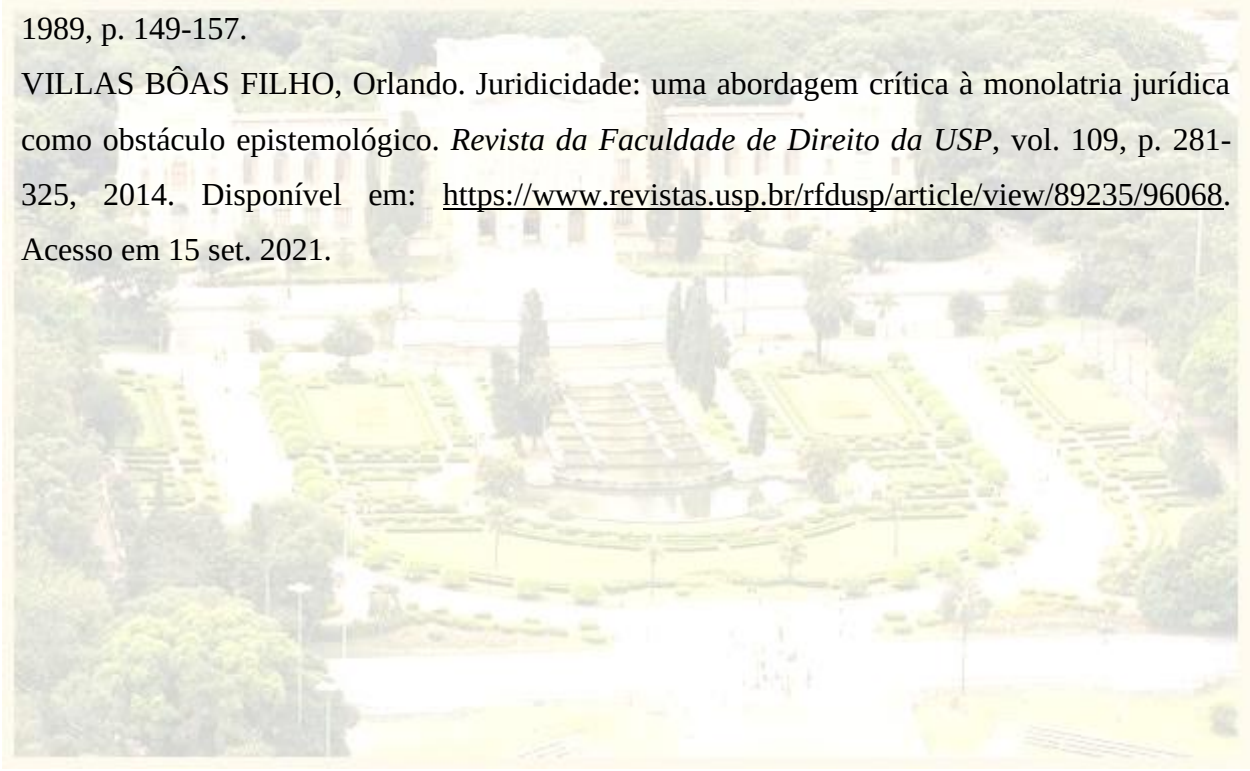
_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, in: _____ (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 429-461.

VACHON, Robert. L'étude du pluralisme juridique: une approche diatopique et dialogale. *The journal of legal pluralism and unofficial law*, n. 29, 1990, p. 163-173.

VANDERLINDEN, Jacques. *Anthropologie juridique*. Paris: Dalloz, 1996.

_____. Return to legal pluralism: twenty years later. *Journal of legal pluralism*, n. 28, 1989, p. 149-157.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica como obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 109, p. 281-325, 2014. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89235/96068. Acesso em 15 set. 2021.



JOAQUIM NABUCO E A SOCIEDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DAS ATUAÇÕES INTELECTUAL E POLÍTICA

JOAQUIM NABUCO AND THE CIVIL SOCIETY: ANALYSIS OF HIS INTELLECTUAL AND POLITICAL ACTIVITIES

André Ricardo dos Santos Lopes [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8200-9521

Submissão: 23/04/2022 Aprovação: 19/05/2022

RESUMO:

Este artigo tem como objetivo analisar a concepção de Joaquim Nabuco de abolicionismo e reformas sociais, bem como fazer uma análise da relação de Nabuco com grupos sociais brasileiros de seu tempo que foram cruciais para sua atuação política: as elites, a Igreja Católica e as pessoas escravizadas. Após, pretende comparar a atuação sociedade civil do século XIX com importantes movimentos sociais populares brasileiros do século XX e suas concepções de emancipação e reformas sociais. Esta análise, nos campos da História do Direito e da História das Instituições, será feita a partir do levantamento de leis do período, obras de História e de uma leitura das obras de Joaquim Nabuco, em especial *O Abolicionismo*.

PALAVRAS-CHAVE: Abolicionismo. Sociedade Civil. Reformas Sociais. Emancipação Social. Movimentos Sociais.

ABSTRACT:

This article aims to analyze Joaquim Nabuco's conception of abolitionism and social reforms, as well as to analyze Nabuco's relationship with Brazilian social groups of his time that were crucial to his political activity: the elites, the Catholic Church and the people enslaved. Afterwards, it intends to compare the action of the civil society of the 19th century with

[1] Mestrando em Direito, na área de concentração de Direitos Humanos, no PPGD FD-USP. Especialista em Direito Internacional Aplicado (OAB-SP ESA; EBRADI). Bacharel em História (FFLCH-USP) e em Direito (PUC-SP). Pesquisador do CIDHSP, da Academia Paulista de Direito. E-mail: andre.ricardo.lopes@alumni.usp.br - **Ark:/80372/2596/v9/009**

important Brazilian popular social movements of the 20th century and their conceptions of emancipation and social reforms. This analysis, in the Legal History and Institutional History fields, will be made from the survey of laws of the period, History books and through a reading of the works of Joaquim Nabuco, especially *The Abolitionism*.

KEYWORDS: Abolitionism. Civil Society. Social Reform. Social Emancipation. Social Movements.

SUMÁRIO: Introdução. **1** Contexto histórico. **2** Breve biografia. **3** Joaquim Nabuco e as reformas sociais. **4** Joaquim Nabuco e os grupos sociais; **4.1** As elites; **4.2** A Igreja Católica; **4.3** As pessoas escravizadas. **5** Movimentos sociais do século XX. **6** Considerações finais. **7** Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Este artigo analisará a concepção de Joaquim Nabuco de abolicionismo e reformas sociais. Além disso, fará uma análise da relação de Nabuco com grupos sociais brasileiros de seu tempo que foram cruciais para sua atuação política: as elites, a Igreja Católica e as pessoas escravizadas. Por fim, após esta análise da sociedade civil do tempo de Nabuco, será realizada uma comparação de sua atuação com a de importantes movimentos sociais populares brasileiros do século XX e suas concepções de emancipação e reformas sociais.

Esta análise, nos campos da História do Direito e da História das Instituições, será feita a partir do levantamento de leis do período, obras de História, mas, principalmente, através de uma leitura das obras de Joaquim Nabuco, em especial *O Abolicionismo*, publicado pela primeira vez em 1883.

As análises presentes neste artigo pretendem provocar a reflexão sobre importantes questões, como a emancipação social, os resultados danosos que a instituição da escravidão deixou na sociedade brasileira e o papel dos movimentos sociais e políticos contemporâneos acerca destas questões, através da observação dos movimentos sociais e políticos dos séculos XIX e XX – em especial na vida intelectual e política de Nabuco.

1 CONTEXTO HISTÓRICO

A pressão inglesa para tornar ilegal o comércio de pessoas escravizadas atinge o Brasil desde sua independência, com o fim do tráfico negreiro sendo exigido pela Inglaterra para que esta reconhecesse diplomaticamente a independência brasileira. Todavia, a pressão sobre este âmbito já vinha desde a dominação portuguesa. Desta forma, os tratados que foram firmados da Inglaterra com Portugal em 1815 e 1817 foram retomados no Tratado de 1826[2] com o Brasil, reconhecendo sua independência.

A diplomacia brasileira, entretanto, conseguiu contornar o acordo que classificava o tráfico negreiro como pirataria. Assim, nenhuma outra lei antitráfico foi providenciada até a Lei de 7 de novembro de 1831[3], conhecida como a Lei Feijó, firmada, contudo, sem medidas concretas para sua implementação de fato.

De qualquer modo, é interessante observar que, ainda que sem aplicá-la de fato, foi possível notar uma tentativa de redução da entrada de pessoas escravizados no Brasil. Essa tentativa se deu substancialmente pela preocupação de se ter um grande aumento da população escrava em relação à população livre, podendo gerar um "desequilíbrio populacional". Ou seja, existia o medo da possibilidade de revoltas, como ocorrido na Revolução Haitiana (1791-1804).

No entanto, ainda que este "fantasma haitiano" assustasse a sociedade escravocrata, compondo os argumentos dos defensores do fim do tráfico, havia muita resistência de várias partes da sociedade, principalmente dos traficantes e de grandes proprietários. Portanto, institucionalmente, neste primeiro momento, os defensores do fim da escravidão optaram por uma libertação lenta e gradual, sem ferir os direitos dos proprietários e sem precisar indenizá-los. Consequentemente, a abolição do tráfico seria uma das formas de se conseguir tal feito[4].

Neste contexto, enquanto as tentativas de abolir o tráfico não pareciam surtir efeitos práticos, a pressão inglesa só veio a aumentar e navios que transportavam escravos

[2] BRASIL. *Decreto de 10 de abril de 1826*. Manda observar o tratado de reconhecimento da Independencia, entre o Brazil e Portugal. 1826. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38623-10-abril-1826-567216-publicacaooriginal-90605-pe.html. Acesso em 28 set. 2021.

[3] BRASIL. *Lei de 7 de novembro de 1831*. Declara livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. 1831. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html. Acesso em: 28 set. 2021.

[4] CARVALHO, J. M. A política de abolição: o rei contra os barões, in: *A Construção da Ordem / Teatro de Sombras*. 3. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 293-294.

para a costa brasileira foram apreendidos. Até que foi aprovada a Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850[5], a Lei Eusébio de Queirós, que colocaria um fim ao tráfico. Logo após a aprovação desta lei, houve tentativas de se pôr em discussão a libertação do ventre da mulher escravizada, porém foram rejeitadas. Apenas com a intervenção da Coroa, a partir de 1866, passou-se a debater firmemente esta possibilidade, concretizada em 1871, e ainda deixando a criança sob a tutela do proprietário de sua mãe até os 21 anos de idade[6].

Dos primeiros momentos do Império Brasileiro até 1850, as decisões e posições antiescravistas – mais relacionadas à abolição do tráfico –, devem-se às pressões externas. Depois deste período inicial, houve maior participação da Coroa e, na última fase, após a promulgação da Lei nº 2.040, de setembro de 1871[7], a Lei do Ventre Livre (ou Lei Rio Branco), observou-se uma grande participação popular[8]. Segundo Maria Helena Machado, essa participação, *"com revoltas, fugas e protestos de escravos, forros e populares"*, foi essencial para se conseguir de fato a emancipação, enquanto *"a política formal, sempre cautelosa e conservadora, manteve-se na retaguarda, timidamente buscando os movimentos sociais"*[9].

Da primeira fase ao fim da escravidão, houve uma forte oposição por parte dos proprietários da grande lavoura. Pode-se dizer que a substituição só se deu quando o senhorio percebeu que a escravidão já estava com seus dias contados. Seu fim estava próximo diante das pressões externas e internas, e a troca pela mão-de-obra livre do imigrante passava a se mostrar necessária[10].

2 BREVE BIOGRAFIA

Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo, nascido em Recife, em 19 de agosto de 1849, e morto em Washington, em 17 de janeiro de 1910, foi um filho da

[5] BRASIL. *Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850*. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Imperio. 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm. Acesso em: 28 set. 2021.
[6] CARVALHO, J. M., op. cit., p. 304-307.
[7] BRASIL. *Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871*. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annaul de escravos. 1871. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm. Acesso em: 28 set. 2021.
[8] CARVALHO, J. M., op. cit., p. 314-320.
[9] MACHADO, M. H. 'Teremos grandes desastres se não houver providências energéticas e imediatas': a rebeldia dos escravos e a abolição da escravidão, in: GRINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (orgs.). *O Brasil Imperial, vol. III (1870-1889)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 369.
[10] CARVALHO, J. M., op cit., p. 321.

aristocracia burocrática. Seu pai, José Tomás Nabuco de Araújo, foi senador na corte, participou da Liga Progressista e manteve atuações abolicionistas[11].

Quando garoto, Joaquim Nabuco passou os primeiros anos de sua vida no engenho de Massangana, em Pernambuco, com os padrinhos. Ele próprio afirma que foi neste local que percebeu a "natureza do sistema", levando-o a lutar contra a escravidão. Conta, em *Minha Formação*, espécie de autobiografia, que, certo dia, um negro fugido aparecera em Massangana e pediu à sua madrinha para servir-lhe, pois seu antigo dono castigava e ameaçava-lhe a vida. Segundo o próprio Joaquim Nabuco: *"Foi este o traço inesperado que me descobriu a natureza da instituição com a qual eu vivera até então familiarmente, sem suspeitar da dor que ela ocultava"*[12].

Marcado para o resto de sua vida como diplomata e político, formado pela Faculdade de Direito do Recife, teve então contato com os ingleses e com o movimento abolicionista exterior – que diferentemente do abolicionismo brasileiro, estava mais relacionado à religião, baseado na moral cristã[13]. Pode-se dizer que sua atuação abolicionista, assim como suas ações diplomáticas e políticas, era sempre direcionada aos proprietários, burocratas e para a Corte. Ou seja, seu objetivo era mudar o sistema escravista partindo da elite. Seus escritos tinham objetivo de divulgação política e eram feitos para convencer os governantes de que era preciso mudar a legislação e o modo de atuar para que o Brasil pudesse se tornar um Estado livre de fato.

Dentre suas muitas obras, em *A Escravidão*, escrita em 1870, haveria incialmente três capítulos: *"O Crime"*, *"A História do Crime"* e *"A Reparação do Crime"*. No entanto, teria concluído só os dois primeiros capítulos, faltando tratar de como deveria ser realizado o processo abolicionista. Então, em 1883 escreve *O Abolicionismo*, onde desenvolve a ideia que estava planejada para este último capítulo de *A Escravidão*.

3 JOAQUIM NABUCO E AS REFORMAS SOCIAIS

Durante a década de 1880, as discussões a respeito do trabalho escravo no Brasil continuam a gerar polêmicas e desacordos e, desde muito, já não podiam ser caladas. O escravismo resistia à duras penas e prometia sobreviver o último suspiro de sua derradeira

[11] ALONSO, A. *Joaquim Nabuco: os salões e as ruas*. 1. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 19.
[12] NABUCO, J. *Minha Formação*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2004, Coleção Excelsior, vol. 1.
[13] ROCHA, A. P. *Abolicionistas brasileiros e ingleses: a coligação entre Joaquim Nabuco e a British and Foreign Anti-Slavery Society (1880-1902)*. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 73.

vítima. Testemunha desta época, Joaquim Nabuco buscava meios de promover ações que compatibilizassem a emancipação do cativo e reformulações que tangessem a organização social. Libertar e conciliar eram o desejado e *O Abolicionismo* vinha colaborar com tais fins. O percurso feito por Nabuco nesta obra foi: a evidência do problema – a instituição escravista -, o caminho e a solução para superá-lo.

Quando falamos em abolicionismo, logo nos vem em mente uma concepção bem difundida do termo que privilegia seu aspecto emancipador, do movimento político que pregava o fim da escravatura[14]. Não já nesta definição nenhum problema e este objetivo, como não poderia ser diferente, não escapava dos anseios de Joaquim Nabuco. Todavia, na sua visão, apesar da importância inegável que a simples emancipação possuía, esta era insuficiente para justificar por só os esforços do movimento abolicionista.

A concepção de abolicionismo como quase um sinônimo de emancipação é resultado de uma interpretação que julga ser a escravidão resumida nas relações de trabalho mantidas entre senhor e escravo – relações marcadas pela servidão do segundo e a posição vantajosa do primeiro. Na interpretação de Nabuco, estes significados são ampliados. Para o autor, escravidão não se restringe apenas à servidão e o abolicionismo apenas à emancipação.

Nos seus três séculos de existência, a escravidão se enraizou profundamente na sociedade brasileira. Além de definir as relações e os meios de produção, esta instituição extrapolava suas influências além dos vínculos sociais e econômicos entre senhor e escravo, atingindo em cheio os mais diversos setores da economia, política e sociedade colonial e, posteriormente, imperial. Tal fato não escapava do olhar aguçado e crítico de Nabuco, que procurava eliminar efetivamente as máculas que a instituição infligia no Brasil.

Sua argumentação incide na ideia de que no sistema escravista não existem privilegiados. Longe de ser o escravo o único prejudicado, todos – inclusive os senhores de escravos – sofrem danos que a instituição impõe para a manutenção de sua existência. Imoralidade e atraso econômico são os principais elementos que formam o ônus carregado pelos brasileiros. A escravidão é apontada por Joaquim Nabuco como a principal responsável pelos vícios, degradação e imoralidade reinantes na sociedade e em suas instituições. Neste sentido, a questão deixa de ser de interesse apenas dos abolicionistas ou dos escravos e torna-se uma questão de interesse da sociedade como um todo.

Nos esforços de dar cabo à escravidão, Nabuco percorre o caminho da delação.

[14] HOUAISS, A. Abolicionismo, in: *Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed., Rio de Janeiro: Moderna, 2009.

> *O momento era dos mais ambivalentes, uma vez que procurava-se apagar e disfarçar tal questão, ao mesmo tempo em que se contemporizava. Exemplo maior foi a lei de 1871, considerada por Nabuco como uma espécie de medida de recesso, que arrefeceu ânimos e o próprio processo. Talvez por conta de tantos recuos, Nabuco tenha adotado a tática de delação, a partir dos anos 80, como uma forma objetiva de atuação. Era necessário expor abertamente a situação dos escravos no Brasil, e assim constranger as elites políticas nacionais.*[15]

O autor tenta evidenciar a realidade cruel desta instituição e o seu papel negativo para o país, visando mobilizar a opinião pública dentro e fora do Brasil. Segundo Nabuco, no cenário internacional, o país assumia uma posição de atraso frente às demais nações, especialmente os países europeus.

Para Nabuco, além de civilizar, a emancipação das pessoas escravizadas representaria também, para o Brasil sua verdadeira independência. Não mais frente às nações estrangeiras, mas no âmbito interno. Para ser efetivamente livre, o Brasil deveria promover a liberdade para o seu povo.

Toda esta ampliação do significado da escravidão para a sociedade brasileira permitiu outra importante ampliação. O abolicionismo não poderia mais se restringir à emancipação das pessoas escravizadas. Ao injustiçar o escravo, toda a sociedade se degenera. Portanto, para regenerá-la, não basta libertar sua parte escravizada, mas é imprescindível que se acabe com as marcas que a instituição da escravidão produziu.

Observa-se a proposta de ampliação do foco de atuação do abolicionista para a promoção de uma reforma social. Longe de representar o fim de um processo, a emancipação se torna prerrogativa para o início de outro: incluir a massa injustiçada à comunidade civil. Para tanto, são necessários os esforços e trabalho de gerações.

> *O nosso caráter, o nosso temperamento, a nossa organização toda, física, intelectual e moral, acha-se*

[15] SCHWARCZ, L. M. O abolicionismo e a militância: pensar escravidão; obliterar a raça, in: *Joaquim Nabuco e a raça como (falsa) questão*. Versão digital cedida pela autora para os alunos do curso Fontes do Brasil Oitocentista, ministrado no Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo (IEB-USP), nos dias 30 de agosto de 2010 a 08 de setembro de 2010.

> *terrivelmente afetada pelas influências com que a escravidão passou trezentos anos a permear a sociedade brasileira. A empresa de anular essas tendências é superior, por certo, aos esforços de uma só geração, mas, enquanto essa obra não estiver concluída, o abolicionismo terá sempre razão de ser.*[16]

Para Nabuco, em sua atuação, o abolicionista deve ter a ciência de seu papel de conciliador. Este não se deve colocar contra indivíduos, mas sim contra a instituição escravista, que degrada e corrompe. Ao invés de opor, unir. Ao invés de impor, negociar uma solução assegurada por força única e exclusiva da lei. Visa o bem-estar do Brasil e, para tanto, vislumbra a sociedade como um todo. Por sua vez, o negro deve ser parte integrante da sociedade. Não por acaso ou por motivos filantrópicos, mas pelo papel de importância que desenvolveu na construção do País.

> *No Brasil, a questão não é, como nas colônias europeias, um movimento de generosidade em favor de uma classe de homens vítimas de uma opressão injusta a grande distância das nossas praias. A raça negra não é, tampouco, para nós, uma raça inferior, alheia à comunhão, ou isolada desta, e cujo bem-estar nos afete como o de qualquer tribo indígena maltratada pelos invasores europeus. Para nós, a raça negra é um elemento de considerável importância nacional, estreitamente ligada por infinitas relações orgânicas à nossa constituição, parte integrante do povo brasileiro. Por outro lado, a emancipação não significa tão somente a termo da injustiça de que o escravo é mártir, mas também a eliminação simultânea dos dois tipos contrários, e no fundo os mesmos: o escravo e o senhor.*[17]

[16] NABUCO, J. *O Abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000, Coleção Grandes Nomes do Pensamento Brasileiro.
[17] Ibid.

Ainda vale ressaltar que, intencionalmente ou não, Joaquim Nabuco percorre um caminho diferente de grande parte de interpretações sociológicas de sua época, embebidas pelas teorias do determinismo racial ou evolucionismo social. A historiadora Lilia Moritz Schwarcz demonstra que o viés escolhido pelo autor foi o da circunstância social historicamente fundada:

> *Assim, se esse contexto viu nascer uma escola de pensamento social influente, que apostou todas as suas tintas e munições no tema da raça e da miscigenação biológica e moral, da mesma maneira como anotou com descrédito o nosso futuro como nação; já Nabuco pode ser considerado o fundador de uma outra tradição, que sem pensar em raça biológica entendeu a nação a partir da história, da cultura, da circunstância social.*[18]

A degeneração de que sofria a sociedade brasileira não era resultado de questões raciais, mas sim da organização socioeconômica mantida no País. Não era biológica, mas social. O problema era claro: a instituição escravista.

Para Joaquim Nabuco, a causa do abolicionismo, apesar de moralmente vencida, ainda exigia muito trabalho para ser conquistada efetivamente. Tornar-se-ia concretizada com a negociação e a aprovação de uma lei que garantisse sua aplicação. E o passar acelerado do tempo e a postergação da instituição só faziam aumentar suas consequências negativas.

A solução de Nabuco era complexa: emancipar as pessoas escravizadas e promover sua integração civil através de reformas sociais que visassem construir uma sociedade uma e justa. Às diversas partes da sociedade, então, cabiam um esforço de colaboração. Diferentes entre si, mas iguais no que tange ao objetivo: modernizar a economia, humanizar e civilizar verdadeiramente os trópicos.

[18] SCHWARCZ, L. M., op. cit., loc. cit.

4 JOAQUIM NABUCO E OS GRUPOS SOCIAIS

Dentro da concepção de abolição apresentada acima, como parte de um processo maior de reformas sociais, será analisado, então, como Joaquim Nabuco se relacionava com os diferentes setores sociais: Quais deveriam ser seus respectivos papeis na abolição? E na reformulação da sociedade, qual era o papel de cada um?

4.1 AS ELITES

Para Joaquim Nabuco, a escravidão é uma instituição essencialmente destrutiva. Era prejudicial aos cativos e até ao próprio ambiente. Mas também era destrutiva à economia brasileira e aos próprios proprietários, que se destruíam moralmente e tornavam-se inertes, irresponsáveis e reféns do servilismo. Nabuco faz uma áspera crítica à herança que a Escravidão deixou na mentalidade da aristocracia brasileira. A escravidão havia desonrado o trabalho e afastado os filhos da elite brasileira da educação, transformando-os em indiferentes a sentimentos, instintos, paixões e necessidades, responsáveis por formar mais que uma sociedade, uma nação.

Em sua análise, Nabuco divide a aristocracia escravista em dois polos específicos: o Norte – que compreende a Bahia, o Maranhão, Rio Grande do Norte e Pernambuco -, e o Sul – que, por sua vez, compreende o Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo.

O Norte era marcado por uma escravidão decadente desde a falência das antigas empresas da indústria do açúcar. Era formado por uma aristocracia falida, que busca altos cargos do funcionalismo público como última esperança para manter seu patrimônio, como se observa no seguinte trecho:

> *Se, por acaso, o Estado despedisse todos os seus pensionistas e empregados, ver-se-ia a situação real a que a escravidão reduziu os representantes das famílias que a exploraram no século passado e no atual [...]. O funcionalismo público era a forma de garantir rendas, visto o grande desinteresse destes homens pelo trabalho,*

consequência direta da condição servil do trabalho na colônia.[19]

O Sul, cuja escravidão estava no auge, eram sustentados pela já aparente e sensível riqueza vinda da grande produção de café. O Rio de Janeiro e Minas Gerais, segundo Nabuco, sem o café, seriam províncias decrépitas. São Paulo, cuja elite era chamada de "ianques brasileiros" – ainda que Nabuco não concordasse -, devido ao grande poder econômico e espírito empreendedor, apesar de investir muito dinheiro em escravos, não era tão economicamente dependente da escravidão.

Já o Paraná, Santa Catarina e o Rio Grande do Sul, o Extremo Sul, são muito elogiados por Nabuco, por já utilizarem largamente a mão-de-obra livre dos imigrantes europeus. Sabe-se hoje que a aplicação de mão-de-obra imigrante europeia nesta região e no atual Sudeste se devia a um projeto de colonização do Sul do Brasil e de "branqueamento" da população brasileira, mas não cabe a este estudo discutir este ponto.

Segundo Nabuco, a aristocracia estava acostumada aos benefícios que o trabalho servil lhe trazia. Não valorizava o trabalho e, portanto, não possuíam meios de sobrevivência que não fosse pelos lucros gerados pelo trabalho escravo ou pelo funcionalismo público. Esse pensamento gerava atraso nas próprias províncias que viviam à margem da riqueza das grandes produções, e, caso essa produção deixasse de ser lucrativa, logo estas regiões demonstrariam sua fragilidade, entrando em decadência. *"A realidade é um povo antes escravo do que senhor do vasto território que ocupa; cujos olhos o trabalho foi sistematicamente aviltado; ao qual se ensinou que a nobreza está em fazer trabalhar"*[20].

Com a percepção do atraso econômico e da "imoralidade", durante o Império houve consideráveis adesões de grandes figuras políticas à ideia da emancipação, além da criação de leis que reduziam o regime da Escravidão e combatiam o tráfico negreiro – poderosíssimo até 1851 –, as leis Feijó, Eusébio de Queirós e do Ventre Livre, já mencionadas neste artigo. Entre as grandes figuras abolicionistas do Partido Liberal estavam Sousa Franco, Otaviano e Tavares Bastos, e, do Partido Conservador, Tales Torres-Homem e São Vicente, que preparavam seus partidos para a reforma. Além da elite econômica e política, há também ares de oposição vindos da elite intelectual: imprensa, academia, homens de letras, bispos, professores de Direito e educadores, que também passavam a condenar a instituição.

[19] NABUCO, J., op. cit., 2000, p. 64.
[20] Ibid., p. 67.

Neste esforço de parte da elite para a emancipação dos escravos brasileiros, havia um grande número de estrangeiros envolvidos nessa causa através de debates diplomáticos, como os abolicionistas franceses envolvidos na *"Fala do Trono de 22 de maio de 1867"* – Duque de Broglie, Guizot, A. Cochin, Andaluz, Borsier, príncipe de Broglie, Gaumont, Leon Lavedan, Henri Martin, Conde de Montalemberg, Henri Moreaum Edouard de Pressensém Wallon e Eugène Yung – e os britânicos da *British and Foreign Anti-Slavery Society*, que realizaram uma larga troca de correspondências com Joaquim Nabuco entre 1880 e 1902. Além deles, houve a famosa atitude intervencionista militar britânica do *Slave Trade Suppression Act* – também conhecida como *"Aberdeen Act"* ou *"Bill Aberdeen"* –, de 8 de agosto de 1845[21].

Joaquim Nabuco comenta que havia certa corrente de consciência tomando os brasileiros de seu tempo, um "arrependimento dos descendentes de senhores", já que a escravidão ia contra causas humanitárias e os projetos civilizatórios do século XIX. De acordo com Nabuco, a causa abolicionista começara a ganhar algum espaço na opinião pública e entre os proprietários.

Vale ressaltar que a propaganda abolicionista de Nabuco se refere sempre aos proprietários, e não aos escravizados, pois, para ele, isso incitaria uma explosão de violência e ódio, uma "guerra servil", que colocaria todo o projeto de "conciliação de classes" dos abolicionistas a perder. A libertação dos escravos, segundo Nabuco, precisava ser feita no Parlamento, pelas elites e homens livres, através de leis, e somente desta forma.

Joaquim Nabuco, assim, ao imputar a necessidade do protagonismo das elites para dar fim à escravidão, vai insistir que tal campanha não seria voltada contra os latifundiários escravocratas como indivíduos, mas sim ao domínio que exercem e ao estado de atraso que a Escravidão, instituição que tais proprietários representam, mantém em todo o país. Desta forma, os abolicionistas também estariam lutando pelos interesses dos senhores, pois, para Nabuco, a escravidão trazia prejuízos econômicos para o Brasil, impedindo seu crescimento e prejudicando a produção rural e industrial.

Este seria o papel das elites para Nabuco: aderir à abolição e contribuir para a superação dos antigos modelos de produção, trazendo a modernização econômica (e social) ao País.

[21] REINO UNIDO. *8° & 9° Vict. Cap. CXXII. An Act to amend an Act, intituled An Act to carry into execution a Convention between His Majesty and the Emperor of Brazil, for the Regulation and final Abolition of the African Slave Trade*. 8th August 1845. Disponível em: https://www.pdavis.nl/Legis_28.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

4.2 A IGREJA CATÓLICA

O Brasil Independente herdou muitas características típicas do Período Colonial: na economia, com a permanência do modelo agrário; na política, com a participação restritiva da polução, e na sociedade, com a singela divisão entre cativos e libertos. Ainda há de se mencionar aquela que se tornou uma característica marcante tanto do Brasil Colonial quanto Independente: a escravidão.

A escravidão tange, de forma direta ou indireta, as três esferas de um período: na esfera econômica, o emprego da mão-de-obra escrava; na esfera política, a negação ao escravo da participação política, mesmo este grupo englobando a maior parte dos brasileiros; e na esfera social, a presença alienígena de um grupo que está, em sua maioria, condenado a viver à margem da sociedade. No entanto, na esfera social, ainda há de se relevar o papel de destaque que a Igreja Católica mantém – papel este que não passou despercebido por Joaquim Nabuco em seu discurso abolicionista.

A Igreja Católica foi uma instituição que estabeleceu sua posição desde o princípio da colonização portuguesa: incumbiu-se da missão de "civilizar" os indígenas através da catequização, somada com a devoção dos já súditos portugueses, que vinham ao Brasil. O seu prestígio já estabelecido em Portugal assegurou à Igreja um papel de destaque na sociedade em formação. Adentrando o Período Imperial, a influência que a Igreja ainda exercia sobre todos os setores sociais era muito grande, e não seria de se espantar a participação desta instituição no movimento abolicionista – isto é, se ele realmente tivesse sido notório.

Seja pela sua doutrina, que prega compaixão entre os homens, seja por motivos humanitários, a Igreja tinha motivos para reforçar a campanha abolicionista, mas não o fez – pelo menos pelo julgamento pessoal de Nabuco[22], que aponta que, em outras partes do mundo, os discursos abolicionistas eram proferidos por membros do clero. No entanto, no Brasil, esses servidores de Deus não só se omitiram da campanha abolicionista como foram coniventes com a escravidão. Desde o Período Colonial, ou seja, desde os primórdios da escravidão no Brasil, os clérigos já se mostram coniventes com a escravidão. Nabuco, no caso, aponta para os jesuítas[23], que se aproveitavam da mão-de-obra indígena nas lavouras em troca do ensino religioso – um processo que pareceu somente agravar-se.

[22] Ibid., p. 47.
[23] Id. *A Escravidão*. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 9-16.

Devido a essas críticas tão incisivas, Nabuco foi visto como um forte defensor do Estado Laico. Porém, é importante ressaltar que as críticas de Nabuco eram dirigidas contra os clérigos, ou seja, os representantes da Igreja Católica no Brasil, e não exatamente contra a instituição. Tanto que, ao escrever *Minha Formação*, anos depois, reconheceu o "papel civilizador" da Igreja. Escreve Nabuco quanto ao destino dos ex-escravos, sobretudo na educação: *"Não seremos nós, abolicionistas, que havemos de impedir a aproximação entre os novos cidadãos e a única religião capaz de os conquistar para a civilização"*[24].

4.3 AS PESSOAS ESCRAVIZADAS

Joaquim Nabuco, ainda que coloque a importância da pessoa escravizada para a sociedade e construção do País, o incluindo como parte integrante da sociedade, o exclui do Movimento Abolicionista. Para ele, o escravo deveria esperar que seus direitos fossem reivindicados pelos homens livres, com arrependimento e afinidade por seu sofrimento.

Nabuco coloca o abolicionismo como um mandato da raça negra, tomado pelos cidadãos – homens livres, mandatários -, e em que o escravizado, em contrapartida, é representado como agente passivo, em estado de morte civil, incapacitado de fazer reivindicações. Há o mandato e os mandatários, mas, curiosamente, não há mandantes. Para Nabuco, as pessoas escravizadas "renunciaram" à reivindicação de seus direitos e caberia aos homens livres, então, advogar por sua causa. Mais do que isso, os escravos deveriam ser deixados de lado no processo, evitando o incitamento do ódio entre as raças. Conforme Nabuco:

> *A propaganda abolicionista, com efeito, não se dirige aos escravos. Seria uma covardia, inepta e criminosa e, além disso, um suicídio político para o partido abolicionista, incitar à insurreição, ou ao crime, homens sem defesa, e que a lei de Lynch, ou a justiça pública, imediatamente haveria de esmagar*.[25]

Ou seja, para Nabuco, mesmo que estes escravos tomassem a frente na luta pela libertação, quaisquer ações que estes fizessem em seu favor não trariam resultados positivos. Ele prevê que se ocorrerem insurreições feitas por negros, estas seriam repreendidas

[24] Id., op. cit., 2004.
[25] Id., op. cit., 2000, p. 12.

e causariam graves punições aos escravizados, assim como o agravamento de seu cativeiro. Além disso, também temia que reações escravas pudessem ganhar caráter demasiadamente violento, visto que, para ele, a violência já era parte do sistema escravista. Rejeita, assim, a possibilidade de qualquer "guerra civil" e, pelo contrário, espera que o vencimento da causa sele de vez uma harmonização entre as classes.

Desta forma, Nabuco coloca a pessoa escravizada à margem para, em sua visão, protegê-lo e, simultaneamente, proteger a sociedade da violência que poderia ser causada por esta disputa polêmica, evitando, assim, que se suscite o ódio por quaisquer das partes. Ódio que, para ele, ainda é pouco ou inexistente. Nabuco chega a comparar o Brasil aos Estados Unidos da América, onde, para ele, se criou uma "antipatia" entre as raças que aqui não teria ocorrido. *"No Brasil deu-se exatamente o contrário. A escravidão, ainda que fundada sobre a diferença das duas raças, nunca desenvolveu a prevenção da cor, e nisso foi infinitamente mais hábil"*[26].

Nabuco usa a polução mestiça como prova de que uma "boa relação" sempre existiu, até na relação entre escravos e senhores, e que isto será garantia de um futuro melhor aos negros libertos aqui do que aos libertos dos Estados Unidos.

Portanto, a abolição, para Nabuco, seria positiva para todos: para os escravos, que ganhariam a liberdade; para os senhores, que agora poderiam aplicar uma forma correta de trabalho; e para a sociedade, que não conviveria com o atraso gerado pelo sistema escravista. E, principalmente, para que a ordem estabelecida fosse mantida, pois todos seriam beneficiados.

Para a manutenção desta ordem, as reformas deveriam ser realizadas por meio de leis, como ressaltado a seguir:

> *A emancipação há de ser feita, entre nós, por uma lei que tenha requisitos, externos e internos, de todas as outras. É, assim, no Parlamento e não em fazendas ou quilombos do interior, nem nas ruas e praças das cidades, que se há de ganhar, ou perder, a causa da liberdade.*[27]

Esse é um dos pontos mais interessantes da obra, pois mostra o limite da "radicalidade" de Joaquim Nabuco. Mesmo que suas ideias abolicionistas fossem polêmicas –

[26] Ibid., p. 73.
[27] Ibid., p. 12.

para não entrar nas propostas de reforma agrária -, em nenhum momento considerava a sublevação e subversão da ordem estabelecida por meios radicais ou revoltosos.

As reformas de Joaquim Nabuco, como este postulava, não deveriam passar por interesses facciosos, de classe, mas seriam um bem comum, realizadas dentro dos parâmetros legais, de forma harmônica e tolerante. Essa busca de um equilíbrio social e de harmonização entre as classes constitui um dos principais traços da sociedade civil que Nabuco vem a propor que se construa.

5 MOVIMENTOS SOCIAIS DO SÉCULO XX

Tomando como base uma distinção comum entre cientistas sociais, como o antropólogo Roberto DaMatta[28], será considerada a ideia da "defesa da individualização", pois as propostas de Joaquim Nabuco visavam assentar definitivamente as relações entre "indivíduos", indistintos perante a lei ou o Estado. Cada homem seria apenas "mais um", sem mediação entre ele e o todo, diferentemente de um tratamento pessoal, que remete à distinção e a à hierarquização pelo contexto social. A ideia de tratamento pessoal remente à diferenciação pelo *status* e à segmentação por grupos, classes ou estamentos. É neste ponto que se encaixa a crítica à feudalização. Conforme Joaquim Nabuco:

> *Assim como a palavra abolicionismo, a palavra escravidão é tomada neste livro em sentido lato. Esta não significa somente a relação do escravo para com o senhor; significa muito mais: a soma do poderio, influência, capital e clientela dos senhores todos; o feudalismo, estabelecido no interior; a dependência em que o comércio, a religião, a pobreza, a indústria, o Parlamento, a Coroa, o Estado, enfim, se acham perante o poder agregado da minoria aristocrática, em cujas senzalas milhares de entes humanos vivem embrutecidos e*

[28] DAMATTA, Roberto. Sabe com quem está falando?, in: *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 1.ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

> *moralmente mutilados pelo próprio regime a que estão sujeitos.*[29]

Tendo esta distinção em mente, em *"Minha Formação"*, Joaquim Nabuco via na Inglaterra, ao contrário do Brasil, um país onde impera o tratamento horizontal, "individualizado", dos cidadãos, em que o *status* social e o tratamento pessoal não chegam a encobrir a ação do Estado e desvirtuar o aparato público para o beneficiamento de setores privilegiados – ao menos não na mesma medida como ocorria no Brasil. Em resumo, tendo a Inglaterra como exemplo, é esta "individualização" da sociedade civil que Nabuco parece buscar.

> *O que deixa tão funda impressão na Inglaterra é, antes de tudo, o governo da Câmara dos Comuns; a suscetibilidade daquele aparelho, ainda perante as mais ligeiras oscilações do sentimento público, a rapidez de seu movimento e a força, em repouso, de reserva, que ele concentra. Mais ainda, porém, do que a Câmara dos Comuns, é a autoridade dos juízes. Somente na Inglaterra, pode-se dizer, há juízes.*[30]

Por fim, resta analisar o que, em última instância, significava o conjunto destas reformas sociais – entendendo sociais em sentido amplo: econômicas, políticas, morais e tudo mais que vier interferir na formação e desenvolvimento de uma sociedade. Passando pela abolição da escravidão, reestruturação das relações de trabalho, de propriedade, das instituições brasileiras e do papel de cada setor social brasileiro. O que, a fim e a cabo, almejava Joaquim Nabuco?

Em um primeiro momento, suas ideias radicais para o período podem impressionar o leitor contemporâneo: da abolição da escravidão à inclusão social dos negros, e mesmo a reforma agrária – que até hoje é vista em certo grau de "radicalidade" política -, não deixam de serem propostas impactantes e "intelectualmente" evocadas na atualidade. Desde a centro-esquerda política ligada ao Trabalhismo, como o Partido Democrático Trabalhista (PDT), e suas homenagens proferidas em 2010, no centenário da morte de

[29] NABUCO, J., op. cit., 2000, p. 5.
[30] Id., op. cit., 2004.

Nabuco, a ativistas considerados mais radicais, como João Pedro Stedile, um dos fundadores do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), como dois exemplos.

No primeiro livro da série *"A questão agrária no Brasil"*, de Stedile, logo no prefácio nos confrontamos com uma citação de um dos discursos de Joaquim Nabuco, em sua campanha abolicionista, em 1884:

> *A propriedade não tem somente direitos, tem também deveres [...]. Se for eleito, não separarei mais as duas questões - a da emancipação dos escravos e a da democratização do solo. Uma é o complemento da outra. Acabar com a escravidão não nos basta; é preciso destruir a obra da escravidão.*[31]

A citação tem lá sua coerência, afinal, como vimos nas críticas que Nabuco direciona a aristocracia, escravidão e latifúndio, aparecem como duas faces da mesma moeda o atraso econômico e a decadência social brasileira. No entanto, a utilização não deixa de ser curiosa, já que as reformas planejadas por Nabuco, por mais que possam ser evocadas pela esquerda política, direcionam-se substancialmente à sedimentação de uma sociedade capitalista burguesa moderna.

Sabemos que tal conclusão traz sérias implicações, e que a determinação do verdadeiro caráter econômico do Brasil, feudal ou capitalista, seja no Período Colonial ou no século XIX, é uma polêmica inacabada para qual não há propriedade para se tratar neste estudo. No entanto, não pode deixar de se verificar, ao menos na "análise do discurso" que foi intentada de aqui se realizar, uma ruptura mental de Joaquim Nabuco em relação ao atraso econômico brasileiro, que se revela e se impõe através da organização da sociedade civil, e uma consequente necessidade de uma modernização "à inglesa" no País. Tal fica evidente na seguinte passagem:

> *Escravidão e indústria são termos que se excluíram sempre, como escravidão e colonização. O espírito da primeira, espalhando-se por um país, mata cada uma das faculdades humanas, de que provém a indústria: a*

[31] STEDILE, J. P. *A questão agrária no Brasil: o debate tradicional, 1500-1960*. 1. ed., São Paulo: Expressão Popular, 2005.

> *iniciativa, a invenção, a energia individual; e cada um dos elementos de que ela precisa: a associação de capitais, a abundância de trabalho, a educação técnica dos operários, a confiança no futuro. [...] Está, pois, singularmente retardado em nosso país o período industrial, no qual vamos apenas agora entrando.*[32]

Tudo isto devido ao binômio escravismo-latifúndio, que sufocava qualquer outro desenvolvimento e impediu uma justa inserção econômica de libertos e pobres livres – algo que poderia, em parte, ser solucionado com a democratização do solo. É interessante notar que, ao tratar do sistema social e econômico brasileiro, no século XIX, como atrasado e feudal, e defender a necessidade de modernização, reforma agrária e industrialização, chega a antecipar algumas das leituras feitas por membros do Partido Comunista, na década de 1960, como Nelson Werneck Sodré e Alberto Passos Guimarães. Todavia, enquanto estes visavam "cumprir etapas" para se chegar ao Comunismo, Nabuco, homem de seu tempo, queria alcançar a Inglaterra: moderna, burguesa e capitalista.

O que isso nos diz, então, sobre as propostas de sociedade civil que vimos até então? Talvez sem se dar conta, a sociedade civil visada por Joaquim Nabuco é harmônica e "individualizada", com as leis e o Estado regulando as relações entre indivíduos, porque, em última instância, é assim que se pretendem as sociedades burguesas capitalistas, seja na prática – sem uma estratificação social nas leis – ou na ideologia – da possibilidade de um desenvolvimento nacional a serviço de todos, sem o beneficiamento de classes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As propostas de Joaquim Nabuco aparentemente passam por dois tópicos essenciais: a harmonização das relações sociais e a "individualização" (dissolução do "feudalismo" e das relações de privilégio, conforme Nabuco).

Quanto ao primeiro, é um dos tópicos mais patentes ao longo de toda a obra. Frases que postulam o abolicionismo como ato de "reconstruir o Brasil sobre o trabalho livre e a união das raças na liberdade" aparecem de forma viciada no livro e pode-se dizer que a

[32] NABUCO, op. cit., 2000, p. 75.

proposta de um desenvolvimento com melhorias conjuntas, de todos para todos, está no cerne de *O Abolicionismo*. Essa preocupação, no entanto, não se manifesta apenas no discurso contra a revolta do escravizado ou na insistência de que, no Brasil, as relações senhoriais não teriam "azedado a alma do escravo contra o seu senhor", nem "criado entre as duas raças o ódio recíproco que existe naturalmente entre opressores e oprimidos".

O problema da harmonização social pode ser entendido como um aspecto ainda mais estrutural e profundo no pensamento de Joaquim Nabuco. Ao classificar povo como a totalidade da população, é a todo o conjunto que se destina então suas reformas. Nos termos do autor: *"Para nós, a raça negra é um elemento de considerável importância nacional, estreitamente ligada por infinitas relações orgânicas à nossa constituição, parte integrante do povo brasileiro"*[33].

De fato, considerando a injustiça, a irrealidade e os atrasos econômicos decorrentes da exclusão de parcelas muito significativas da população, Joaquim Nabuco pensa reformas e soluções visando o Brasil inteiro, para aqueles que vivem em seu território, trabalham e ajudaram a construí-lo. Estes seriam os cidadãos pelos quais, segundo o entendimento político de Joaquim Nabuco, o Estado deveria zelar, sem priorizar ou beneficiar a um ou outro grupo social específico.

Desta forma, a abolição dos escravos manifestava os interesses de uma única classe? Não para Joaquim Nabuco, como tenta, afinal, provar a todo instante, suas medidas seriam benéficas tanto para os (ex-)escravizados quanto para os proprietários. Vendo na abolição um primeiro passo para a modernização econômica do País – além de uma reforma moral e política de nossas instituições – não concebe, ao menos em seu discurso, possibilidade de suas propostas não serem benéficas a todo o conjunto da população.

Em suma, fica claro que, de acordo com Nabuco, a sociedade civil deveria articular-se de forma harmônica, organizada de forma a servir um só corpo, o povo, que deveria ter como objetivo uníssono o desenvolvimento nacional.

Por sua vez, quanto ao segundo tópico, ao contrário do primeiro, apresenta uma preocupação que aparece de forma mais "latente" na obra de Joaquim Nabuco. O autor não discursa diretamente sobre ela. A melhor pista que temos são as críticas a "feudalização" do Brasil e aos privilégios e poderes da aristocracia, que lhes possibilitavam estar acima das leis, contornando inclusive as disposições abolicionistas anteriores à própria emancipação.

[33] Ibid., p. 10.

Sendo *O Abolicionismo* uma obra de divulgação política que, apesar de ser o primeiro passo de uma reformulação maior, apresenta argumentos e soluções para um problema imediato – uma obrigação moral, para além de qualquer reformulação.

7 BIBLIOGRAFIA

ALONSO, Angela. *Joaquim Nabuco: os salões e as ruas*. 1. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRASIL. *Decreto de 10 de abril de 1826*. Manda observar o tratado de reconhecimento da Independencia, entre o Brazil e Portugal. 1826. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38623-10-abril-1826-567216-publicacaooriginal-90605-pe.html. Acesso em 28 set. 2021.

_____. *Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871*. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annaul de escravos. 1871. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. *Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850*. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Imperio. 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. Lei de 7 de novembro de 1831. Declara livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. 1831. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html. Acesso em: 28 set. 2021.

CARVALHO, José Murilo de. A política de abolição: o rei contra os barões, in: *A Construção da Ordem / Teatro de Sombras*. 3. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DAMATTA, Roberto. Sabe com quem está falando?, in: *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 1.ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

HOUAISS, Antonio. Abolicionismo, in: *Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed., Rio de Janeiro: Moderna, 2009.

MACHADO, Maria Helena. 'Teremos grandes desastres se não houver providências energéticas e imediatas': a rebeldia dos escravos e a abolição da escravidão, in: GRINBERG,

Keila; SALLES, Ricardo (orgs.). *O Brasil Imperial, vol. III (1870-1889)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

NABUCO, Joaquim. *A Escravidão*. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

_____. *Minha Formação*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2004, Coleção Excelsior, vol. 1.

_____. *O Abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000, Coleção Grandes Nomes do Pensamento Brasileiro.

REINO UNIDO. *8° & 9° Vict. Cap. CXXII. An Act to amend an Act, intituled An Act to carry into execution a Convention between His Majesty and the Emperor of Brazil, for the Regulation and final Abolition of the African Slave Trade*. 8th August 1845. Disponível em: https://www.pdavis.nl/Legis_28.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

ROCHA, Antonio Penalves. *Abolicionistas brasileiros e ingleses: a coligação entre Joaquim Nabuco e a British and Foreign Anti-Slavery Society (1880-1902)*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. O abolicionismo e a militância: pensar escravidão; obliterar a raça, in: *Joaquim Nabuco e a raça como (falsa) questão*. Versão digital cedida pela autora para os alunos do curso *Fontes do Brasil Oitocentista*, ministrado no Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo (IEB-USP), nos dias 30 de agosto de 2010 a 08 de setembro de 2010.

STEDILE, João Pedro. *A questão agrária no Brasil: o debate tradicional, 1500-1960*. 1. ed., São Paulo: Expressão Popular, 2005.

AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E SEUS EFEITOS: ESTIMANDO OS POSSÍVEIS EFEITOS MACROECONÔMICOS DA REDUÇÃO OU MESMO O FIM DA ARRECADAÇÃO DO FGTS NO BRASIL

SOCIAL CHARGES AND THEIR EFFECTS: ESTIMATING THE POSSIBLE MACROECONOMIC EFFECTS FOLLOWING THE REDUCTION OR EVEN THE TERMINATION OF COLLECTION OF THE RETIREMENT FUND IN BRAZIL

Leonardo Michel Rocha Stoppa [1]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0002-9537-8211

Submissão: 03/03/2022 Aprovação: 03/05/2022

RESUMO:

O debate político econômico dos últimos anos tem dado cada vez mais espaço ao argumento liberal que clama por redução na carga tributária, criticando inclusive os direitos trabalhistas que, apesar de não serem necessariamente tributos, são martirizados por onerarem a folha de pagamento. É importante observar que por trás de direitos trabalhistas como o FGTS operam mecanismos econômicos importantes para a estabilização do mercado, em especial nos momentos de crise. Além deste importante papel do FGTS como mantenedor do consumo evitando espiral de desemprego encontra-se a disponibilidade do dinheiro do fundo que além de fomentar indústrias específicas tende à diminuição do 'preço do dinheiro' por concorrer diretamente com os bancos privados na oferta de capital ao mercado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos trabalhistas. Macroeconomia. FGTS. Liquidez.

ABSTRACT:

The economic political debate of recent years has given more and more space to the liberal argument that calls for a reduction in the tax burden, even criticizing labor rights which,

[1] Possui graduação em Engenharia Ambiental pela Universidade Salgado de Oliveira (2018), graduação em Administração pela Universidade Castelo Branco (2013), graduação em Economics - The Open University (2017), graduação em Engenharia de Produção pela Universidade Salgado de Oliveira (2018), graduação em Relações Internacionais - The Open University (2018). E-mail: academico@leonardostoppa.com.br - **Ark:/80372/2596/v9/010**

despite not necessarily being taxes, are martyred for burdening the payroll. It is important to note that behind labor rights such as the FGTS, important economic mechanisms operate to stabilize the market, especially in times of crisis. In addition to this important role of the FGTS as a supporter of consumption, avoiding a spiral of unemployment, there is the availability of money from the fund, which, in addition to promoting specific industries, tends to reduce the 'price of money' by competing directly with private banks in offering capital to the market.

KEYWORDS: Labor rights. Macroeconomics. FGTS. Liquidity.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho estuda o ambiente macroeconômico brasileiro, que tem focado predominantemente seu discurso em favor da diminuição do Estado, por meio, entre outros, da redução de tributos e contribuições. Através da aplicação de teorias econômicas e ferramentas comuns às engenharias, busca-se esboçar-se aqui os cenários pretendidos pelas propostas liberais, isso com o fito de estimar os possíveis efeitos no mercado, na geração de empregos e no desenvolvimento industrial brasileiro do fim do depósito compulsório de FGTS. Primeiramente, à guisa de introdução, apresenta-se de forma resumida a lei trabalhista brasileira e suas características principais, para posteriormente se introduzir o que é o porquê se cogita o fim do FGTS. Na revisão teórica são trazidas as correntes políticas e acadêmicas envolvidas no debate foco do trabalho, apresentando o contraste entre as teorias que suportam o fim do FGTS com as teorias que suportam a continuidade do fundo, neste sentido, a revisão da literatura será construída de modo a compulsar, com base nas teorias científicas, os argumentos empíricos que sustentam os debates populares acerca do tema. Para fundamentar o fim do FGTS, serão trazidos os pensamentos neoclássicos da *mão invisível*, complementado pelos argumentos atuais, que predominam em várias escolas liberais, a exemplo da Escola Austríaca de Economia e a Escola de Chicago de Economia, sobre a ineficiência como característica intrínseca do Estado quando na função de gestor de atividades econômicas. A continuidade do fundo é defesa pela corrente que entende seu papel sistêmico e social, cuja importância extrapola um fim isolado em si mesmo, dada a sua importância como estabilizador econômico e fonte de liquidez. A estimativa proposta por este trabalho é

desenvolvida posteriormente, por meio da aplicação de ferramentas matemáticas, de modo a demonstrar que, à luz das teorias econômicas, o fim do FGTS só é interessante quando avaliado de forma isolada (microeconômica). A apresentação da proposta de suspensão dos depósitos tem sido feita de forma leiga e superficial por diversos formadores de opinião, o que tem aumentado sua defesa tanto no ambiente social quanto no político. Porém, esta mudança na política arrecadatória implicaria na mencionada redução da atividade econômica, uma vez que, conforme se pretende aqui demonstrado, o produto econômico futuro está diretamente relacionado com a taxa de juros praticada no mercado, sendo que essa é diretamente afetada pelo volume de depósitos, FGTS incluso. Neste sentido, a última parte fará aplicação das ferramentas que estudam os padrões de poupança e investimento através do tempo, procurando demonstrar que, se extinto o FGTS, a tendência de equilíbrio de mercado seria no sentido do encolhimento das atividades econômicas diretamente afetadas pelo FGTS, além do impacto indireto nas demais atividades econômicas pela redução do dinheiro disponível para empréstimos, forçando alta nos juros praticados pelos operadores financeiros.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. TRIBUTO DE-JURE ET DE-FACTO

O Código Tributário Nacional define tributo de forma clara no seu art. 3º, e elenca os tipos de tributos no seu artigo 5º, conforme a transcrição literal abaixo.

> ***Art. 3º*** *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.*
>
> ***Art. 5º*** *os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.*

Através da leitura do CTN e da característica patrimonial do FGTS, que é um depósito do trabalhador e não um recolhimento devido ao estado, é possível concluir que o FGTS não é tributo de direito, sendo este inclusive o entendimento do STJ, publicado na

súmula 646. Este trabalho, contudo, encara o FGTS como tributo *de-facto*, o que não implica em questionar o status jurídico do FGTS, mas avaliá-lo sob um prisma econômico semelhante ao dos tributos, vez que enquanto não é repassado ao trabalhador, este valor é parte de um fundo social. De forma análoga aos tributos e resguardados os limites de aplicação, o dinheiro do FGTS está disponível ao estado para o financiamento de atividades públicas e serve aos interesses macroeconômicos como estabilizador econômico e impulsionador de atividades como a construção civil, logo, embora não seja tributo sob o prisma legal, avaliado de forma econômica, este estudo defende que o FGTS produz efeitos de tributo e para fins de avaliação do seu impacto social, deve ser estudado também como tributo.

2.2. A LEI TRABALHISTA BRASILEIRA

O conjunto das leis trabalhistas do Brasil, reunidas na CLT - Consolidação das leis do trabalho, segue os princípios legais da proteção do trabalhador, parte subentendida como hipossuficiente, através da irrenunciabilidade de um rol taxativos de cláusulas contratuais, deste modo, esse instituto jurídico se difere dos códigos mais liberais, como o próprio Código Civil brasileiro, em especial porque restringe a liberdade das partes na negociação dos Direitos Trabalhistas em prejuízo do trabalhador.

Segundo o *princípio da irrenunciabilidade de direitos*, mesmo que o empregado assine contrato de trabalho renunciando um direito obrigatório, tal renúncia não terá validade legal, desta forma, ainda que o queira, não é facultado ao empregado abdicar suas férias, seu 13º salário[2], seu FGTS, entre outros direitos legais. Em consonância com a intensão protetiva, uma reclamação por descumprimento das previsões será sempre recebida pela justiça do trabalho, dispensando a necessidade de advogado postulante ou pagamento antecipado de custas processuais.

[2] A cultura de bônus de fim de ano foi absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro e transformada em direito irrenunciável, desta forma, o trabalhador brasileiro regido pela CLT tem direito, no mês de dezembro, a um pagamento adicional equivalente ao seu salário mensal. Embora aumente a demanda por produtos típicos de fim de ano, este benefício, por ser pontual, não é significativo para inflacionar os produtos da cesta básica. Assim como o FGTS, este benefício sofre críticas do lobby empresarial no sentido de diluir o 13º em parcelas mensais, a serem pagas junto do salário. Conforme será demonstrado durante o desenvolvimento deste trabalho, a teoria econômica aponta para a conclusão de que se o 13º salário fosse diluído em pagamentos mensais, a maior demanda sobre os produtos da cesta básica neutralizaria, através da inflação, este crescimento salarial, deste modo, o 13º salário deixaria de existir em termos práticos.

2.3. O QUE É O FGTS?

O FGTS – Fundo de garantia por tempo de serviço – é um fundo formado a partir do depósito compulsório que o empregador deve fazer em nome do empregado. Apesar de pouco semelhante aos esquemas de pensão privada hoje crescentes em todo o mundo, o FGTS difere em sua forma de arrecadação, que é compulsória e realizada por terceiro, com o valor mínimo indexado ao salário do trabalhador, em banco público específico. O fundo difere também nas condições de saque, vez que são todas condições taxativas. Resulta que embora depositado em conta investimento em nome do empregado, o FGTS não faculta às partes escolher o banco destinatário do fundo, assim como o percentual, que é hoje fixado em 8% dos rendimentos do trabalhador, é alíquota mínima taxativa. Como regra, o trabalhador terá acesso a todos depósitos acumulados (corrigidos monetariamente) no momento de aposentadoria, porém, o esquema FGTS permite realização do saque também em momentos especiais, como o desemprego involuntário, algumas condições de saúde, aquisição de casa própria, entre outras.

Na relação de emprego, o FGTS serve como indexador da multa rescisória, devida pelo empregador caso esse promova, de forma não legalmente justificável, o fim do contrato de trabalho. Na realidade de hoje, em caso de dispensa injustificada ou pedido de demissão motivada, além dos depósitos de 8% previamente mencionados, o empregador deve depositar a título de fim de contrato, 40% de todo o valor acumulado durante a relação de trabalho. A finalidade desta previsão legal é, além de desestimular uma avalanche de dispensas em momento de crise econômica, proporcionar ao empregado uma espécie de 'seguro-desemprego adicional'[3] durante o período em que procura por novo emprego.

2.4. POR QUE SE COGITA O FIM DO FGTS?

Apesar de integrar os custos da folha de pagamento do empregador, o FGTS é depositado de forma compulsória, em banco público e para investimento em indústria específica. Desta forma, este valor integra o salário do trabalhador, mas não influencia nos

[3] No Brasil, existe hoje a previsão de seguro desemprego que é financiada pelo FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador - e tem o número de parcelas e valor teto limitados por lei, neste sentido, utilizo o termo "Seguro desemprego adicional" e chamo atenção ao fato que, sobre este "seguro desemprego adicional", indexado pela multa contratual, não existe o teto contratual, logo, seus efeitos macroeconômicos são muito mais significativos no sentido de manter, ainda que por limitado período de tempo, a atividade econômica do desempregado.

mecanismos naturais de oferta e demanda, a "mão invisível" que controla, entre outras coisas, o valor a ser pago pela mão de obra.

Por não estar disponível ao trabalhador e ser investido em indústria diversa, o dinheiro depositado no fundo também não influencia diretamente na inflação dos produtos da cesta básica. Esta peculiaridade retira do mercado de trabalho o poder de controle indireto sobre o valor total da mão de obra. É no setor bancário, porém que existe o mais claro conflito de interesses: O dinheiro do FGTS é disponibilizado no mercado, através de bancos públicos, a juros mais baixos que os praticados pelos bancos comerciais, agindo desta forma como grande concorrente dos bancos privados.

A falta da percepção social sobre a importância do FGTS, assim como o lobby que financia grande parte da imprensa e dos *think tanks liberais*[4] têm criado condições para que, aos poucos, leis e reformas constitucionais criem contornos à obrigatoriedade do FGTS. Este mesmo país onde morriam de fome cerca de 290 crianças por dia segundo notícia da Rede Globo em 1992, experimentou um expressivo crescimento econômico, o que faz da extrema pobreza uma recordação relativamente distante, fazendo com que o lobby de bancos privados e o discurso político pela redução de direitos trabalhistas não sofra sequer questionamento popular compatível com o tamanho da mudança proposta.

No momento da pesquisa que resultou neste trabalho, o congresso nacional já havia aprovado formas de contratação de trabalhadores fora da CLT. A terceirização irrestrita de trabalhadores, antes proibida no Brasil, foi regulamentada, permitindo não apenas o nascimento das agências de empregos, como a contratação de trabalhadores escondidos atrás de suas próprias empresas individuais. Este método, no Brasil batizado de cultura da "*PJotização*", permite ao empregador escolher se contrata o trabalhador dentro do regime CLT, no qual o FGTS é cláusula irrenunciável, ou se exige ao trabalhador se apresentar como empresa prestadora de serviços, excluindo-se neste caso toda proteção oferecida pela CLT.

Importante observar que segundo o argumento dos responsáveis pela reforma trabalhista[5], "nenhum direito teria sido retirado dos trabalhadores. Houve, porém, um suposto

[4] Embora seja profissão regulamentada e restrita aos bacharéis em Ciências Econômicas, o uso do título "Economista", assim como a redação jornalística de assuntos relacionados ao tema fechou as portas aos profissionais da área e, empenhada na difusão de ideologias liberais, a grande mídia apresenta como verdade toda teoria criada pelos "Economistas de Facebook". Para parte da juventude brasileira, os métodos econômicos apresentados por jovens formados pelas vídeo aulas do Instituto Misis Brasil são mais dignos de credibilidade que o que dizes economistas renomados com décadas de experiência em bancos centrais, ministérios de políticas econômicas, centros de pesquisas e afins. Pode-se dizer que todo o conhecimento econômico desenvolvido pela humanidade é hoje ridicularizado no meio empírico pela frase "menos Marx, mais Misis".

[5] A reforma trabalhista era parte das propostas do PSDB, derrotadas pelo voto popular nas eleições de 2014. A presidenta eleita em 2014 foi deposta em processo de impeachment protagonizado pelo partido derrotado nas

aumento de direitos já que agora o trabalhador teria como negociar com seu empregador coisas que antes ele seria proibido pelo estado paternalista". Embora esses supostos direitos tenham sido dados ao trabalhador, não se espera, por questões lógicas, que esteja nas mãos da parte hipossuficiente ditar as regras do contrato de trabalho, em especial neste cenário de alto desemprego.

Objetivamente, além de flexionar cláusulas irrenunciáveis, a reforma trabalhista criou maior possibilidade de haver prestação de serviços fora do regime CLT. Tal modelo de prestação de serviço diminui o número de trabalhadores que participam do esquema FGTS e os resultados deste tipo de mudança na política de arrecadação de poupança compulsória é objeto de estudo deste trabalho.

2.5. CORRENTES TEÓRICAS QUE SUPORTAM O FIM DO FGTS

Segundo as escolas liberais, entre as quais se destacam a neoclássica, a escola de Chicago e a Escola Austríaca[6], o controle centralizado da economia conduz inevitavelmente a distorções nos valores reais dos bens econômicos, gerando problemas ainda maiores que aqueles intrínsecos ao sistema capitalista (HAYEK, 1945 apud Simonetti Et al, 2010), neste sentido, seus seguidores advogam pela diminuição do estado, com consecutivo relaxamento de leis protecionistas e a total flexibilização dos contratos trabalhistas. Em termos práticos, argumentam que a tentativa do governo brasileiro em proteger seus trabalhadores acaba por aumentar os níveis de desemprego e diminuir o salário real do mercado. Sendo o depósito compulsório do FGTS um custo a mais para o empregador, este evitaria contratações a curto prazo e desestimularia a capacidade de investimento das empresas.

> *"Embora as generosas regulamentações do mercado de trabalho beneficiem esses trabalhadores dentro do mercado formal de trabalho, eles também podem levar a*

eleições de 2014. Um dos primeiros atos da "Ponte Para o Futuro", o modelo econômico liberal implementado pelo grupo político que conquistou a presidência através da deposição de Dilma Roussel foi exatamente a reforma trabalhista derrotada nas urnas.

[6] O mundo acadêmico não reconhece a Escola Austríaca de Economia, apesar de admitir a relevância das obras de alguns autores utilizados pelo grupo que é em verdade um *think tank* liberal. O entendimento predominante na academia é que a Escola Austríaca de Economia em nada se relaciona com os economistas austríacos como Hayek e Misis, porém, faz uso da reputação desses a fim de endossar um lobby liberal em favor de privatizações, redução de impostos e redução do estado em favor da iniciativa privada.

> *um menor emprego agregado, mobilidade limitada da força de trabalho (flexibilidade), redução da produtividade do trabalho e adoção limitada de novas tecnologias." (Heckman (2003) apud Workd Bank, 2005, p. 107)*

De acordo com a *teoria neoclássica,* é possível à empresa escolher várias combinações dos recursos {*capital, trabalho}*, para que estrategicamente combinados alcancem a produção de uma mesma quantidade de produtos.[7] Baseado nesta teoria, Workd Bank (2005) argumenta que o FGTS, ao elevar em 8% o custo do trabalho, estimularia o empresário a adotar técnica de produção mais *capital intensive*[8], o que resultaria em menor quantidade de empregos naquela sociedade.

Ainda fundamentados nas teorias que pedem a diminuição do estado, argumentam os contrários ao programa FGTS que o mercado financeiro oferece sempre opções de investimento com maior remuneração que a dos títulos do tesouro nacional, e que certamente agências privadas defenderiam mais o interesse dos investidores que um banco estatal. Neste sentido, nada mais justo que deixar a decisão por conta dos próprios empregados, que poderiam partir para desde o investimento em um esquema de previdência privada até o investimento em bolsa de valores. Em matéria intitulada "Por que sou contra o FGTS" postada no blog InfoMoney, Celson Plácido (2016) argumenta: "Deixe que o trabalhador cuide do dinheiro dele ou eleve o retorno do trabalhador. O direito é do trabalhador gerir o seu dinheiro...", e posteriormente apresenta um cálculo que tem se tornado mantra nos debates econômicos brasileiros:

> *"Vamos às contas: Utilizando o FGTS, ao final de 16 anos o trabalhador teria um saldo de R$ 23.560,00 na conta FGTS; Utilizando a correção pela inflação, o*

[7] Uma empresa pode decidir em investir em mais máquinas ou mais capital humano. Se o valor da mão de obra aumenta, é natural que as empresas adotem um modelo intensivo em capital. Por outro lado, a diminuição do valor da mão de obra incentiva a redução no investimento em máquinas. A forma simples de compreender tal tendência é a escolha de um construtor em contratar serventes de pedreiro para produzir o concreto ou alugar (ou mesmo comprar) uma misturadora de concreto do tipo betoneira. Se o retorno por investimento esperado na aquisição da máquina superar as horas de trabalho necessárias para a contratação de trabalhadores no tempo esperado de vida útil da máquina, o empreendedor deixará de gerar empregos e fará aquisição da máquina betoneira, que apesar de ser eficiente na produção de concreto, não tem uma importante qualidade de todo trabalhador que é ser ao mesmo tempo consumidor.

[8] O termo foi deixado em inglês conforme é mencionado na academia e significa simplesmente contratar mais máquinas que pessoas.

> *trabalhador deveria ter um saldo de R$ 28.637. Ou seja, o FGTS não corrigiu nem a inflação; e utilizando a taxa Selic média, com um retorno de 80% dos juros (ex: se a Selic média em 2015 foi de 13,37%, o retorno seria de 10,7%), considerado um investimento ultraconservador, o saldo final após 16 anos, seria de R$ 51.187, ou seja, 117% acima do FGTS." (Plácido, 2016)*

Por fim, resta a crítica política acerca da corrupção existente nas empresas públicas que administram o dinheiro do FGTS. Argumentam os liberais favoráveis à diminuição do estado que toda administração estatal do patrimônio público abre brechas à corrupção, o que acaba por criar uma classe de sanguessugas do dinheiro público "O Estado, (...) é uma instituição social, gerida por um grupo vitorioso que impõe suas vontades sobre o grupo derrotado, (...) esse modelo não produziria resultado diferente que a exploração econômica dos vencidos pelos vencedores." (Oppenheimer, (1915) apud Rothbard, (2009) p.1.617). Seguindo o mesmo argumento, em trabalho mais recente, Buchanan (1993) contesta a capacidade de um estado, ainda que democrático, de agir no melhor interesse público, chamando mais uma vez atenção à preponderância do interesse particular dos governantes. "quando estendido durante todo o processo político, tende a mudar os resultados para longe, em vez de qualquer concepção significativa de 'interesse público.'" (apud Mackintosh, (2010), p. 458). Neste sentido, a maior crítica hoje no Brasil recai sobre o beneficiamento de alguns grupos sobre outros, um tipo de ineficiência que Mackintosh (2016) explica como sendo um desafio dos atuais modelos de tomada de decisão quanto ao uso do dinheiro público.

> *"Muitas decisões do governo, portanto, geram lucro. (...) Buscadores de lucro inclui o lobby por cargos e contratos, a campanha por políticas que geram lucro e a doação de favores e subornos a funcionários públicos e políticos por solicitantes de propina. Essa busca por propina é perda social se, por exemplo, simplesmente transfere o dinheiro público entre grupos participantes, no lugar de melhorar os resultados para a sociedade, ou se está associado à provisão incompetente, porque cargos e funções são*

decididos politicamente em vez de nomeadas por mérito." (Mackintosh, 2016, p. 471, tradução não literal do autor)[9]

2.6. FUNDAMENTOS QUE SUPORTAM A CONTINUIDADE DO FGTS

Apesar de amplamente divulgado como um direito do trabalhador, o FGTS é também um importante mecanismo de estabilização econômica e estabilização contratual. O FGTS nasceu como alternativa ao regime de estabilidade que os empregados faziam direito quando alcançavam 10 anos de trabalho na mesma empresa. Aquele regime, definitivamente abandonado em 1988, motivava dispensas de empregados próximos do alcance da estabilidade. Neste sentido, o FGTS trazia segurança contratual, tanto ao empregador, que antes perdia o direito de dispensar o empregado quando completos os 10 anos de trabalho, quanto ao empregado, que passava a ter direito a uma indenização por rescisão de contrato indexada no valor do FGTS depositado pela empresa. Na prática, quanto mais veterano for o funcionário, mais caro será para dispensá-lo, porém, a dispensa desmotivada não é mais proibida, como no regime da estabilidade. (CAIXA-f, s.d.)

Em termos microeconômicos, o FGTS serve como poupança a ser utilizada pelo empregado na ocasião de sua aposentadoria, servindo alternativamente como recurso financeiro disponível ao trabalhador em eventual caso de dispensa. Como o fundo surgiu em um momento em que o governo apontava como grande problema social o alto déficit habitacional (CAIXA-f, s.d.), o Fundo nasceu destinado ao financiamento da construção civil. Deste modo, ainda que empregado, o trabalhador pode fazer uso de sua conta para parte do pagamento da casa própria.

Em termos sociais, o FGTS funciona como fonte de sustento do trabalhador desempregado, servindo também como estabilizador macroeconômico no sentido em que mantém a possibilidade de consumo no início dos ciclos de desemprego, conforme demonstra estudo realizado por Costa (2010).

"Como o número de meses que os saques de FGTS mantêm os salários dos trabalhadores demitidos é de,

[9] "Much government decision making therefore creates rents. (…) Rent-seeking includes lobbying for positions and contracts, campaigning for policies that create rents, and the giving of favours and bribes to public officials and politicians by rent-seekers. Such rent- seeking is socially wasteful if, for example, it merely transfers rents between individuals, rather than improving outcomes for consumers, or if it is associated with incompetent provision, because positions are bought and sold rather than appointed on merit." (Mackintosh, (2016), p. 471)

> *aproximadamente, 2,3 meses, "conclui-se que o trabalhador tem sua renda garantida – e, portanto, mantém-se o consumo da economia – em parte do período de desemprego."* (COSTA, (2010), p. 26)

Ainda no aspecto social, (Biancarelli e Conti, (2015); definem, de forma indireta, o FGTS como uma aplicação do Keynisianismo na economia brasileira, pois, ao ser concebido com recursos focados na construção civil, o projeto procura primeiramente incentivar a oferta por produtos e serviços voltados à construção de moradias e ao desenvolvimento da infraestrutura nacional. De forma paralela procurava-se incentivar empregos diretos e indiretos na indústria da construção, já que naquela ocasião o Brasil possuía mão de obra disponível, porém, nenhum estímulo era realizado no sentido de quebrar a inércia produtiva (CAIXA-s, s/d).

Apesar de apetitosa quando avaliada de forma empírica, podemos observar que à luz das teorias econômicas, a ideia do fim do FGTS como depósito compulsório e sua eventual transferência mensal ao trabalhador como parte do seu salário é uma medida que pode causar decisivos danos sociais. Ester Dweck chama atenção à falácia da composição embutida no lobby contra a poupança compulsória.

> *"Se cada um se beneficiar sozinho, ele vai acabar gerando um caos tão grande que ele não vai se beneficiar". (DWECK, 2017)*

Respondendo ao mesmo tema, Fernando Haddad complementa que os empresários que apoiam este tipo de medida "estão apoiando, sem saber, um encolhimento do mercado interno com essas reformas que estão sendo patrocinadas" (HADDAD, 2017). Desta forma, nota-se claro interesse lobista no sentido de se produzir para o mercado internacional, sacrificando o poder de compra da população brasileira.

> *"O que está surgindo agora é uma retomada desse processo que vê o desenvolvimento atrelado ao mercado externo e ao capital estrangeiro" (HADDAD, 2017).*

Importa neste sentido analisar os efeitos desta proposta no mercado financeiro em nível macroeconômico. Estudando tal mudança como um aumento imediato da quantidade de moeda em circulação na economia brasileira, conclui-se que mesmo que o salário do empregado receba um acréscimo de 8% como resposta ao fim do FGTS, este valor deixaria de existir na prática, como explica Alan Rabin

> *o dinheiro, sozinho entre todos os bens, carece de um mercado específico próprio onde a oferta e a demanda atendam e determinem um preço específico. Essa circunstância obstrui a rápida restauração do equilíbrio, uma vez perturbado, entre oferta e demanda.". (RABIN, 2004 p.10)*

Uma vez alcançado o equilíbrio anteriormente perturbado pelo aumento da quantidade de moeda, qualquer tentativa de pressão por novos aumentos implicaria em novo ciclo inflacionário, como explicam Howells e Santos (2015, p. 282) *"Salários mais altos acordados entre trabalhadores e empresas pressionam os preços de bens e serviços, provocando a inflação."* Na prática, tal teoria afirma que, ao estabelecer salários acima da linha de equilíbrio de mercado, comerciantes e produtores tenderiam aumentar seus preços na tentativa de recuperarem a antiga margem de lucros, o que forçaria uma alta generalizada de preços.

Aplicando tais teorias à proposta de converter o depósito do FGTS em repasse mensal, podemos esperar que, imediatamente após a mudança de cultura, a quantidade maior de dinheiro em circulação forçaria novo equilíbrio de mercado, e este fictício aumento de salário seria neutralizado pelos efeitos da inflação, levando o trabalhador ao mesmo poder de compra que tinha antes da mudança.

Outra incoerência reside na ilusão de que o distanciamento do estado de seu papel de curador da poupança compulsória, assumindo então um papel orientador, poderia resultar em mudança de comportamento social. Criar campanhas publicitárias de conscientização e mesmo assim, trabalhando contra as campanhas de promoção do consumismo desacerbado pode ser ainda mais custoso que o próprio depósito compulsório. Por outo lado, deixar a decisão de poupar ou não por conta do trabalhador implicaria na escolha entre a perda do estabilizador econômico ou um aumento nos juros praticados no

mercado financeiro. Conforme explica a teoria ***Análise neoclássica das decisões sobre gastos, poupança e empréstimos***, para estimular poupança no lado dos indivíduos, o mercado financeiro terá que elevar os juros ofertados aos poupadores (Himmelweit e Stone, 2016) desta forma, a cultura de poupança estaria condicionada a uma oferta de remuneração financeira maior que as oferecidas hoje pelo sistema FGTS, o que acaba por sugerir um aumento dos juros como resultado de se tentar promover depósitos voluntários em poupança.

Sobre tal perspectiva de diminuição do estado, podemos notar que a realidade prática vivida em países desenvolvidos nos mostra que haveria somente uma transferência da responsabilidade do setor privado para o público quanto ao custeamento dos benefícios sociais. O FGTS, hoje financiado pelo setor privado, é responsável pela cobertura de uma média de 2,3 meses de consumo de um trabalhador desempregado (Costa, 2010). Ao deixar de existir, a estabilização econômica e social proporcionada por este tipo de fundo deverá, sob pena de se colocar em risco o sistema financeiro, ser substituída por medidas governamentais semelhantes àquelas existentes em países desenvolvidos como o *Job seekers alowance*[10] do Reino Unido. Ao contrário do FGTS, que é pago pelo empregador, os benefícios sociais custeados pelo estado com dinheiro dos pagadores de impostos, tenderiam sofrer ainda mais críticas por parte da opinião pública.

Sobre a crítica relacionada ao uso do dinheiro arrecadado pelo fundo, assim como eventuais casos de corrupção, pergunta-se primeiramente se não seria mais correto atacar a corrupção no lugar de acabar de vez com um projeto, já que em nenhuma realidade livre de lobby se decide por sacrificar o doente como alternativa ao tratamento. Já sobre o investimento, o FGTS tem seus recursos aplicados de forma direta na construção civil, porém, refletindo indiretamente na geração de empregos, já que, conforme ensina Keynes (1936), o estímulo estatal em infraestrutura reflete também em benefícios indiretos, gerando efeitos econômicos maiores que o investimento inicial. (citado em Trigg, 2013)

A administração do fundo é realizada de forma tripartite pela Caixa Econômica Federal, através de conselho curador formado por representantes de todos os setores interessados.

[10] No Reino Unido o governo opera política de estabilização econômica com um benefício de desemprego no estilo do Seguro-desemprego brasileiro, mas sem limites de parcelas. Embora à primeira vista tal política possa parecer uma política voltada ao vulnerável, ela tem se demonstrado importante no sentido em que funciona como estabilizador econômico mantendo a saúde do mercado me momentos de crise já que a garantia de continuidade do benefício não produz uma imediata interrupção no consumo nos momentos de crise de desempregos.

> *"O Conselho é um colegiado tripartite composto por entidades representativas dos trabalhadores, dos empregadores e representantes do Governo Federal." (CAIXA, 2017)*

Apesar de ter seus recursos focados na indústria da construção civil, o banco Caixa faz uso da diversificação como forma de redução de riscos, realizando empréstimos entre administração pública, famílias carentes e construtoras. Em situações excepcionais como a crise de 2008, houve inclusive investimentos no mercado financeiro, porém, o risco sobre a administração dos fundos é inteiramente do banco curador, e jamais compartilhado com o FGTS, que é assegurado pelo governo. (Biancarelli e Conti, 2015).

Segundo estudo realizado por CAIXA-g, estes empréstimos tendem beneficiar os trabalhadores através do estímulo da oferta de serviços e produtos na área da construção civil. Os efeitos sociais diretos são a maior facilidade na aquisição da casa própria, tanto pelo aumento da oferta por parte das construtoras subsidiadas, quanto pela menor taxa de juros e facilidade de acesso ao crédito.[11] Indiretamente, tem-se o aumento na oferta de empregos diretos e indiretos.

> *"No setor de saneamento básico, essencial para a melhoria da qualidade de vida da população e cujos investimentos em obras também viabilizam a geração permanente de milhões de empregos, o FGTS tem sido o principal responsável por grande parte do que foi feito no país" (CAIXA-s, s.d., p. 30)*

A parte do fundo destinada às grandes empreiteiras serve aos entes da federação no sentido em que disponibiliza empréstimos de baixo custo para financiar infraestrutura de saneamento e outras obras de construção civil. (CAIXA-s, s.d.) Quando há disponibilidade de recursos no fundo, os mesmos podem ser tomados por países com os quais

[11] Desde a implementação da "Ponte para o Futuro", o valor disponível para programas de estímulo à aquisição da casa própria vem sendo reduzidos. A nova linha de crédito, batizada por críticos ao governo por "minha mansão minha vida" tem como público-alvo grupos sociais de alta renda. Resta salientar que este novo modelo já é fruto da modificação na política econômica forçada sobre a sociedade brasileira pelos idos de 2016. A finalidade do fundo sempre foi o estímulo à aquisição da casa própria por parte das famílias de baixa renda, além do financiamento de programas voltados à construção civil governamental.

o Brasil possui vantajosa relação diplomática no sentido de financiar o trabalho de empresas brasileiras no exterior.

Por fim, resta avaliar a sugestão de que caberia ao trabalhador a escolha de como melhor investir o próprio dinheiro. Ao pensar nos trabalhadores lançados à própria sorte como investidores em bancos privados, podemos usar a teoria *principal-agent* (cliente-agência) ao caso concreto e levantar primeiramente a **Assimetria de informações** como um obstáculo à real efetivação dos interesses dos trabalhadores como um todo.

> *"O problema, como na maioria dos casos em que um cliente delega decisões a um agente, é que não é possível escrever um contrato que cubra todas as eventualidades e garanta que o agente sempre atue no melhor interesse do cliente." (MILNE, 2012, p. 195)12*

Na mesma direção, seria demais esperar que o trabalhador comum, que representa a grande maioria daqueles empregados pelo regime CLT, tenha conhecimento suficiente para escolher, de forma eficiente, entre as várias opções que seriam disponibilizadas no mercado, conforme explica Milne (2012, p. 184):

> *"O mercado de capitais não aloca apenas recursos entre poupança e investimento. Eles também alocam poupança e investimentos entre oportunidades de baixo risco e alto risco."*

Apesar de sua baixa rentabilidade frente a outras opções do mercado, destaca-se o fato de o FGTS ser um investimento isento de tributação e livre de riscos, deste modo, quando avaliado à luz da teoria risk-return tradeoff[13], é evidente que para um investimento livre de riscos e especulações financeiras, a contrapartida esperada é um menor rendimento (MILNE, 2012, p. 184). Neste sentido, a garantia oferecida pelo fundo depositado em banco

[13] A tendência é que investimentos mais conservadores possuam menor risco que investimentos arrojados. Pessoas que possuam aversão ao risco tendem a investimentos com retorno garantido e assegurados pelo governo, como é o caso da poupança. Investidores com maior propensão a riscos se aventuram em investimentos que prometem PROBABILIDADE de maior rendimento, porém não possuem garantia. A tradução popular desta teoria é o termo "risco-recompensa"

público não se limita à correção monetária, já que em eventual colapso do sistema financeiro com consecutiva quebra de bancos privados, estariam todos os investidores entregues à própria sorte. No caso do FGTS, o dinheiro do trabalhador é assegurado pelo órgão responsável pela emissão da moeda nacional.

A respeito da última afirmação, é inegável o fato que a emissão excessiva de moedas para o pagamento de dívidas força o desequilíbrio do dinheiro, reduzindo seu valor. Não se trata de defender tal prática, mas concordar que este seria dos males, o menor. Tendo investido em banco privado que viesse a falir por consequência de crise financeira, restaria ao investidor a esperança de receber uma insignificante fração de seu investimento como quinhão da expropriação dos bens remanescentes, porém, ao investir em fundo garantido pelo banco central, ainda que seja vítima dos efeitos inflacionários advindos da emissão exagerada de moeda, o investidor receberia seu investimento.

2.7. ESTIMATIVA NUMÉRICA DOS CENÁRIOS COM E SEM O FGTS

Método:

Cabe, nesta parte do trabalho, utilizar as teorias do *equilíbrio de mercado e da eficiência do mercado*[14] para simular, de forma gráfica, quais seriam os impactos do fim do FGTS no investimento realizado pelo setor empresarial no mercado brasileiro. O modelo parte da premissa de que a oferta de dinheiro oferecido pelos indivíduos para as empresas através do mercado financeiro será maior quanto maior for a taxa de juros (MILNE, 2012). Desta forma, o FGTS será modelado como restrição mínima de investimento e a comparação se dará pelo contraste da realidade atual (com FGTS) com a realidade hipotética (sem FGTS).

Por tratar-se de análise de efeito abstrato, os valores utilizados nos modelos serão convencionados de modo a permitir uma visualização mais eficiente do ponto de vista analítico, desta forma, foi escolhido o valor de 1.000,00 para o salário, a ser acrescido de 80,00 referentes aos 8% do FGTS. Outras premissas adotadas por este modelo são um valor mínimo de subsistência fixado em 400,00 e o investimento voluntário partindo do 0,00 quando a oferta de remuneração é 0%.

[14] Capital Market equilibrium and Capital Market efficiency – São teorias utilizadas tanto em ciências econômicas quanto em Engenharia de Produção.

2.8. LIMITAÇÕES DESTA ANÁLISE

Os valores de 1.000,00 e 400,00 são arbitrários e nada tem a ver com a realidade financeira ou a expectativa de consumo mínimo na sociedade brasileira. É sabido que, ainda que sem remuneração financeira (0%), alguns indivíduos tendem a poupar para o futuro, porém, este modelo deixará de lado este tipo de investimento e trabalhará apenas o investimento motivado pela remuneração financeira, tendo em vista que a alimentação do modelo com valores reais implicaria no mesmo resultado gráfico (deslocamento do nível de resultado futuro), que é o foco desta demonstração.

Importante salientar que esta análise se limita em demonstrar, com fundamentação econômica, o impacto da diminuição da oferta de dinheiro no mercado financeiro e o efeito desta diminuição no nível de investimento das empresas. É sabido que, em realidade prática, o fim do FGTS acarretaria incontáveis efeitos indiretos que incluiriam desde os avaliados anteriormente na revisão bibliográfica até efeitos impossíveis de serem previstos. Neste sentido, vale parafrasear Hayek (citado in TOU, 2014) que admitiu humildemente tratar-se a economia de realidade tão complexa que nenhum modelo matemático ou computacional foi até hoje capaz de representá-la de forma perfeita.

2.9. A PROPENSÃO DE INVESTIMENTO EM FUNÇÃO DA REMUNERAÇÃO

A tabela a seguir contém uma coleção de dados criados por um algoritmo cujo objetivo foi o de encontrar uma propensão marginal de investimento que alcançasse o valor mínimo de subsistência (limite máximo de investimento = 400,00) com a taxa de juros em 11%. Para a realidade atual o indexador encontrado foi 0.08 e para a realidade hipotética o indexador encontrado foi 0.086414.

-

Realidade atual				Realidade hipotética			
juros	Consumo	Poupança	disponível	juros	Consumo	Poupança	disponível
0	1000.00	0.00	80.00	0	1080.00	0.00	0.00
1	920.00	80.00	160.00	1	986.67	93.33	93.33
2	846.40	153.60	233.60	2	901.41	178.59	178.59
3	778.69	221.31	301.31	3	823.52	256.48	256.48
4	716.39	283.61	363.61	4	752.35	327.65	327.65
5	659.08	340.92	420.92	5	687.34	392.66	392.66
6	606.36	393.64	473.64	6	627.94	452.06	452.06
7	557.85	442.15	522.15	7	573.68	506.32	506.32
8	513.22	486.78	566.78	8	524.11	555.89	555.89
9	472.16	527.84	607.84	9	478.82	601.18	601.18
10	434.39	565.61	645.61	10	437.44	642.56	642.56
11	399.64	600.36	680.36	11	399.64	680.36	680.36

Tabela 1 - Propensão de investimento em função da remuneração

Realidade atual: O salário total do trabalhador é de 1.080,00, porém este tem acesso direto a 1.000,00. O trabalhador inicia investindo por decisão própria 0,00 quando o mercado oferece remuneração de 0%, porém, por participar de um esquema de poupança compulsória, o mercado financeiro recebe seu investimento de 80,00 indiferentemente da taxa de juros ofertada.

Realidade hipotética: O trabalhador tem controle sobre 1.080,00; dos quais ele inicia investindo zero, quando os juros estão em 0%. Por não participar de um esquema de poupança compulsória, o mercado financeiro inicia também com a oferta de 0,00 quando oferece remuneração de 0%.

Fazendo a plotagem gráfica dos dados da tabela, podemos analisar a quantidade de dinheiro disponível na economia em função da taxa de juros ofertada. O gráfico termina coincidente em 11% por ser este o valor convencionado como o teto limite para viabilidade de investimento.

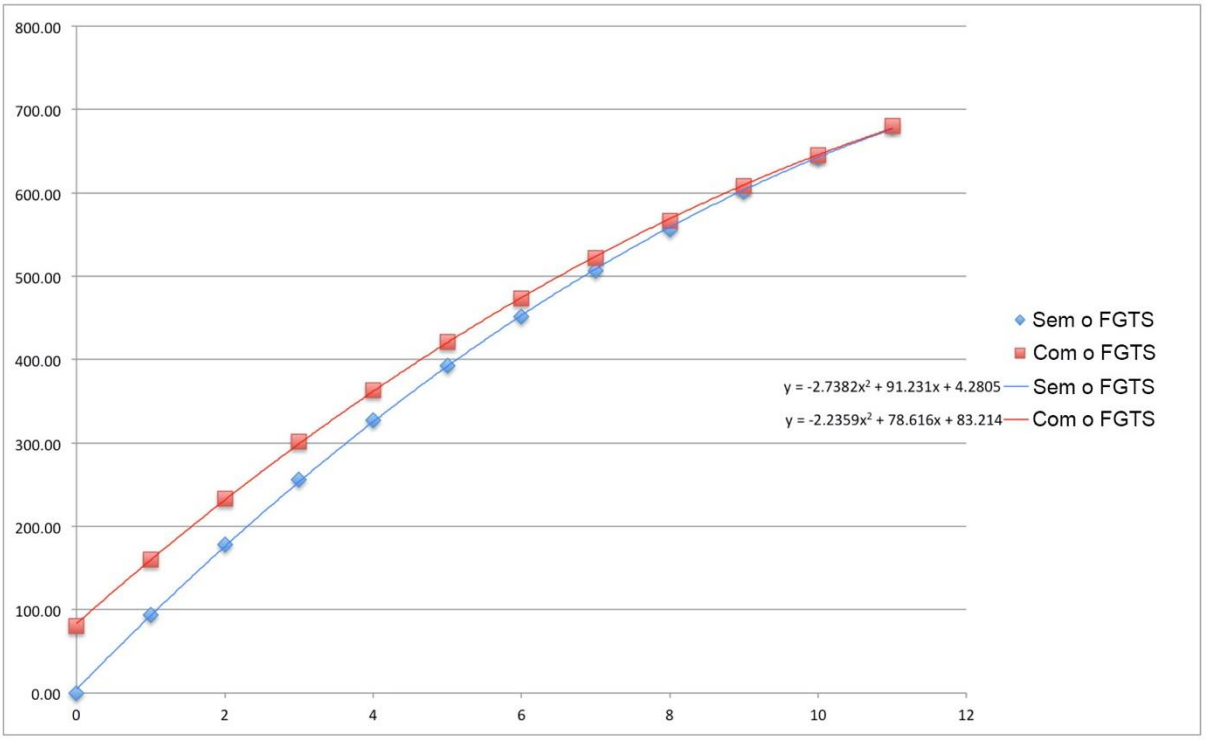


Figura 1- Propensão de investimento em função da remuneração
Fonte: elaboração do autor com o uso de planilha eletrônica

Na figura acima, a curva azul representa a realidade hipotética (sem o depósito compulsório do FGTS), já a curva vermelha representa a realidade atual. Pela posição das curvas em relação ao eixo 'y' é possível perceber que o fim do FGTS tende a diminuir a quantidade de dinheiro disponível no mercado financeiro em função da taxa de juros, em toda faixa convencionada para estudo, agindo desta forma como desestímulo ao investimento, conforme explica Milne, *"Um aumento na (...) taxa de juros torna mais caro o empréstimo e as empresas acabam investindo menos e poupando mais (...) há uma relação negativa entre a taxa de juros e o investimento."* (2012, p. 176).

Além da estimativa da quantidade de dinheiro oferecido no mercado financeiro, este modelo nos permite derivar a fórmula da propensão marginal ao investimento em função dos juros ofertados, que será a primeira derivada da fórmula geratriz da curva em questão. O coeficiente angular da fórmula representa a taxa de **juros acumulada** no intervalo estudado (0% a 12%), sendo assim, seus módulos serão utilizados posteriormente para a criação dos mapas para as duas realidades estudadas e com isso estudar o deslocamento da expectativa de resultado futuro resultante do fim do FGTS.

Gráfico	Equação polinomial	Propensão marginal para poupar	Taxa média de juros
Sem o FGTS	**$-2.7382x^2+91.231x+4.285$**	**-5.4764x+91.231**	**5.4764%**
Com o FGTS	**$-2.22359x^2+78.616x+83.217$**	**-4.4718x+78.616**	**4.4718%**

Tabela 2 - Propensão marginal ao investimento e taxa de juros acumulada no intervalo
Fonte: elaboração do autor por meio de planilha eletrônica

2.10. EFEITO DO FIM DO FGTS USANDO DIAGRAMAS PADRÃO

A *Função de produção intertemporal*[15] relaciona em seus eixos x,y o nível de poupança atual com a previsão de resultado futuro. As curvas do modelo são a *função de produção*, que apresenta *diminuição do retorno por investimento* e o mapa *isoprofit*[16], cujo ângulo é determinado pelos juros praticados no mercado. O modelo parte da premissa de que as firmas investirão em produção com a expectativa de que o resultado futuro tenha mais valor presente que o valor investido agora. A figura 02 foi retirada de Milne (2012, p. 175). Sua leitura é trazida conforme explicado na obra citada:

> *"A empresa maximiza os lucros no ponto D (onde o retorno marginal do investimento da empresa é igual ao seu custo marginal) no CD da linha iso-lucro onde escolhe a combinação de empréstimo e saída que maximiza o lucro: K_0* e Q_1*. No ponto D, a linha iso-lucro é tangencial à função de produção" (MILNE, 2012, p. 175)*

[15] Intertemporal prodoction function
[16] O mapa isoprofit é uma curva que representa o mesmo lucro ao longo da mudança de outras variáveis.

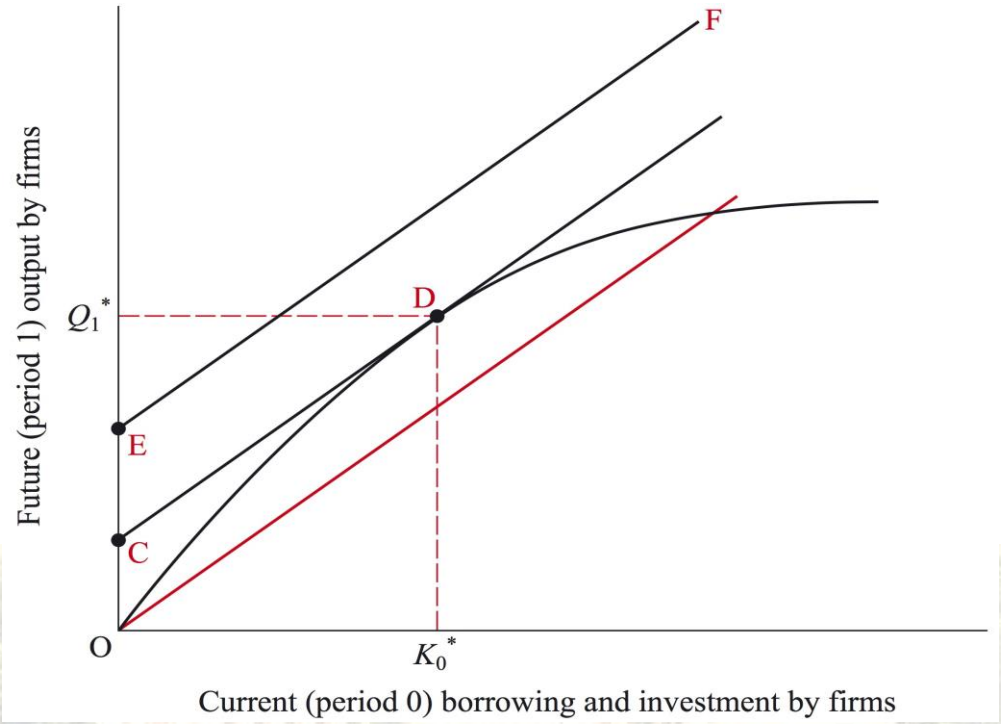


Figura 2 - Empréstimos por firmas em relação à taxa de juros (MILNE, 2012, p. 175)

A *Função de produção intertemporal* é utilizada em nível microeconômico, desta forma, o mapa *isoprofit* (mesmo lucro) nasce de uma taxa de juros dada pelo mercado, uma vez que se tem como premissa microeconômica a ideia de que uma empresa ou um indivíduo são pequenos o suficiente para não alterar, a partir de suas ações isoladas, o equilíbrio atual do mercado a nível macroeconômico (tomador de preço).

Para relacionar a função com o estudo realizado anteriormente, serão utilizados como representativos das realidades, os dados constantes da tabela 2, em conjunto com uma fronteira de possibilidade de produção com retorno marginal por investimento decrescente[17], *desta forma, o* mapa *isoprofit* da realidade atual será construído tendo em vista uma taxa de juros de 4.47% e o mapa da realidade hipotética será construído tendo em vista uma taxa de juros de 5.48%. Importante ressaltar que o modelo numérico anterior não se propõe a definir o equilíbrio financeiro do mercado. Essas taxas de juros foram escolhidas a título exemplificativo por, de alguma forma, representarem as duas simulações previamente estudadas.

[17] Significa que quanto mais se investe, menor o retorno por valor investido.

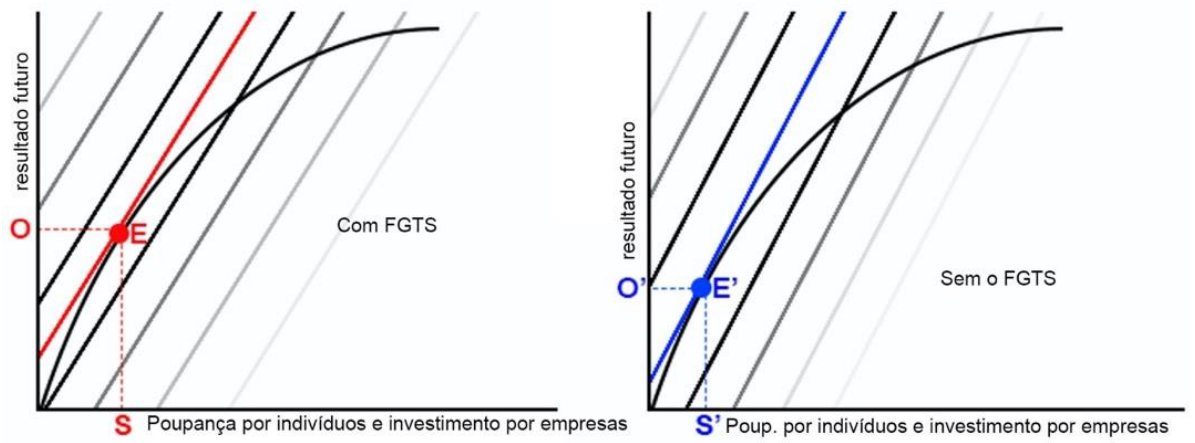


Figura 3 - Comparação entre o resultado econômico previsto com e sem o FGTS

O próximo gráfico combina os pontos dos gráficos anteriores e demonstra a tendência de redução de investimento quando da mudança da realidade atual para a realidade hipotética:

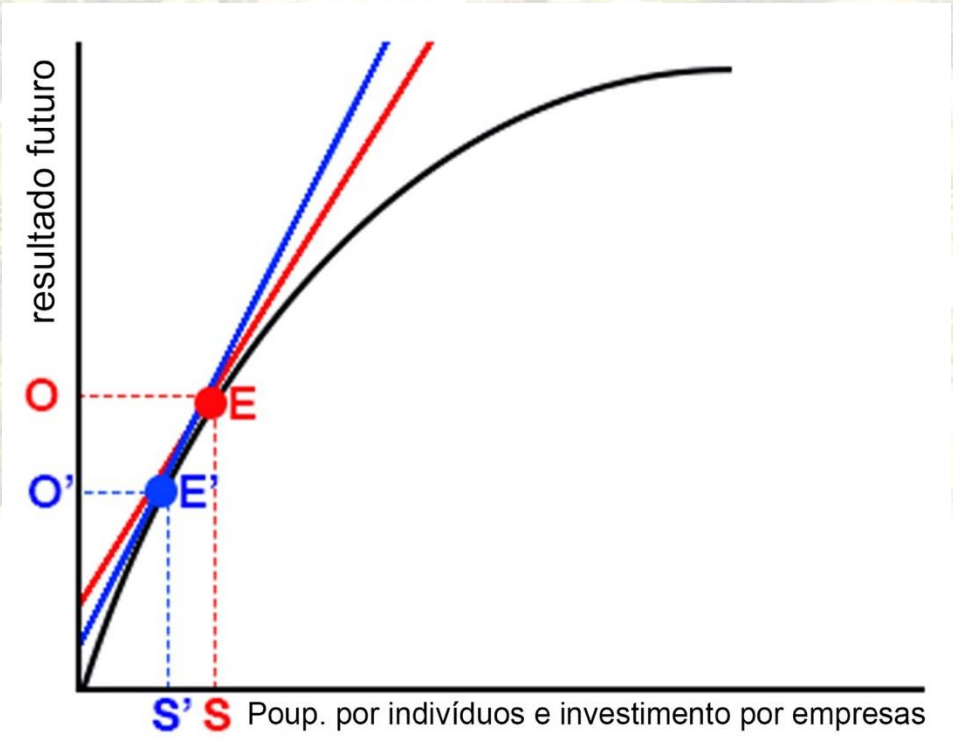


Figura 4 - Investimento presente e produção futura: Mudança na produção esperada devido a uma mudança na taxa de juros do mercado

Com a taxa da realidade atual, teremos um equilíbrio no ponto **E**, onde a fronteira de possibilidade de produção é tangente ao mapa *isoprofit* da realidade atual. Porém, se a taxa de juros for imposta pela realidade hipotética, haverá um deslocamento do equilíbrio

para o ponto **E'**, onde a fronteira de possibilidade de produção é tangente com o mapa *isoprofit* da realidade hipotética. A parte vertical do gráfico demonstra a expectativa de diminuição de resultado para esta mudança de realidade, no gráfico, representada por um deslocamento do ponto **O** para o ponto **O'**.

2.11. AVALIAÇÃO DO IMPACTO NA PRODUÇÃO AGREGADA

O modelo anterior demonstrou o deslocamento do *resultado* levando-se em conta um aumento da taxa de juros resultante de uma menor oferta de dinheiro no mercado, porém, as taxas de juros utilizadas no modelo foram exógenas, trazidas de uma simulação que criou um valor representativo através da ideia da eficiência do aumento da taxa de juros na conquista do investimento. Este próximo modelo combina no mesmo gráfico a *fronteira de possibilidade de produção intertemporal e* o *mapa de indiferença agregada*, neste sentido, a taxa de juros é definida dentro do modelo a partir do ponto onde a fronteira de possibilidade de produção intertemporal é tangente com o *mapa de indiferença agregada*. Para combinar essas curvas num mesmo estudo, faz-se necessário espelhar o gráfico anterior na horizontal, neste sentido, o eixo horizontal deixa de medir o aumento do investimento para medir o aumento do consumo. Este espelhamento, trazido por Milne (2012, p. 177) é demonstrado nas figuras abaixo.

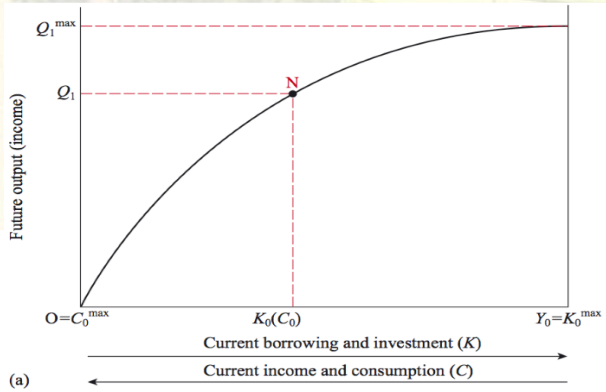


Figura 5 - Fronteira de possibilidade de produção convencional (MILNE, 2012, p. 177)

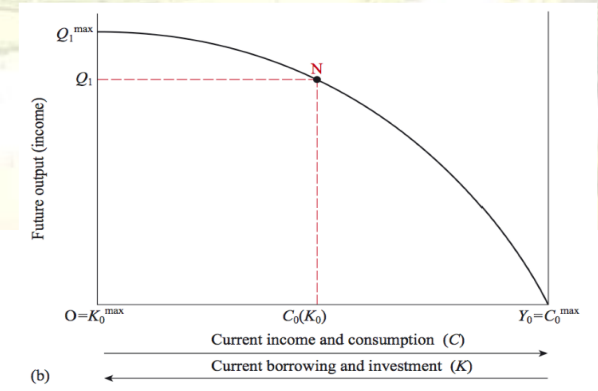


Figura 6 - Fronteira de possibilidade de produção espelhada. (MILNE, 2012, p. 177)

O gráfico a seguir reúne as expectativas dos indivíduos (poupança) e das firmas (investimentos). O ponto de equilíbrio é onde a *fronteira de possibilidade de produção* é tangente com o *mapa de indiferença agregada*. A taxa de juros é endógena e é representada

pela reta **P**, cujo angulo é definido por -(1+r) onde r é a taxa de juros do mercado em equilíbrio.

Analisando as duas realidades novamente, podemos observar que o FGTS modifica a preferência temporal por consumo, de modo que sua existência impõe ao consumidor um comportamento no sentido de consumir menos agora, e da mesma forma, consumir mais no futuro, este comportamento causa um giro no sentido horário na *curva de indiferença*, conforme explica Milne (2012, p. 182): *"Isso é como uma mudança nas preferências, do consumo futuro para o consumo atual, de modo que isso pode ser pensado como uma rotação íngreme (ou no sentido horário) das curvas de indiferença"*.

Observando este fenômeno no gráfico da figura x, notamos que a rotação em sentido horário desloca o equilíbrio do ponto **E** para o ponto **E'**, o que é causado pela redução do investimento, observado pelo deslocamento dos pontos **C** para **C'**, resultando em uma queda de resultado futuro do ponto **O** para **O'**. Ainda no mesmo modelo é possível perceber que o novo ponto de equilíbrio modifica a inclinação a reta tangente, de –(1+**r**) para –(1+**r'**), por onde é possível concluir que houve um aumento na taxa de juros praticada no mercado.

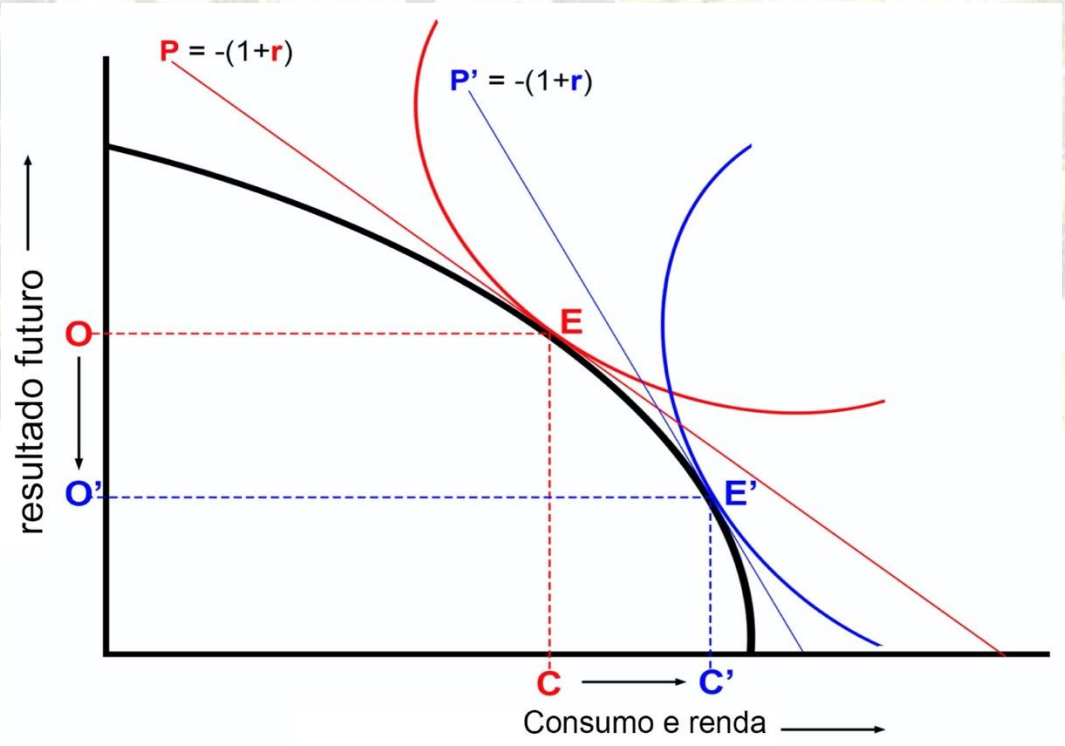


Figura 7 - Equilíbrio entre poupança e investimento nas duas realidades estudadas

3. CONCLUSÕES

Este trabalho estimou os possíveis efeitos do fim do depósito compulsório FGTS no equilíbrio financeiro brasileiro. Primeiramente, foi feito um contraste entre as teorias que suportam o fim do FGTS com as teorias que suportam a continuidade do fundo. A revisão da literatura foi construída de modo a elencar as teorias científicas relacionadas ao tema. O argumento contra o FGTS em sua maioria advindo de trabalhos com enfoque neoclássico, justifica que o relaxamento do depósito compulsório e o fim das leis trabalhistas possibilitariam mais contratações. Já o argumento contrário demonstrou que o FGTS não é apenas um depósito compulsório, mas uma realidade social enraizada na cultura brasileira. Além de contribuir como estabilizador macroeconômico, o FGTS provém um tempo de cobertura financeira ao trabalhador desempregado, retirando esta responsabilidade dos pagadores de impostos, já que sem o saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o trabalhador de baixa renda, que vive nas cordas e que muito dificilmente poderia realmente poupar mesmo recebendo oito por cento a mais em seu micro-salário. E, diga-se, é quem representa o grosso da massa trabalhista e que, se for demitido, dependerá diretamente de assistência, pressionando a demanda de recursos públicos, que ao fim e ao cabo são suportados com o recolhimento de impostos.

Para demonstrar a incoerência no lobby que incentiva o repasse do valor pago como FGTS diretamente ao trabalhador, foram trazidas as teorias de equilíbrio do valor do dinheiro em circulação e a assimetria de informações existente no modelo cliente-agência, neste sentido, foram ressaltados fenômenos como a neutralização daquele fictício aumento salarial através da inflação, assim como o risco da perda do efeito estabilizador, tanto a nível macroeconômico quanto a nível do próprio trabalhador.

O mantra liberal de que o mercado oferece melhores oportunidades de investimento foi apresentada e justificada através da apresentação da teoria do "risco versus benefício", com remissão à teoria econômica *cost-benefit tradeoff*, ressaltando o FGTS como investimento livre de riscos e garantido pelo governo.

A fim de não extrapolar os limites acadêmicos e conduzir este estudo a um debate político-ideológico, o argumento acerca da corrupção e da incapacidade do estado em atender adequadamente os interesses públicos não é aprofundado por este trabalho, porém, chama-se a atenção para a importância de se trabalhar no sentido de evoluir as medidas contra

a corrupção, já que o custo social e econômico do fim de programas como o FGTS seria grande e impactaria principalmente a população mais vulnerável. Sendo assim, procurou-se focar em soluções, deixando de lado demagogias e moralismos improdutivos ao debate.

Por fim, partiu-se para a análise foco deste trabalho, que foi a aplicação de modelos econômicos para prever e demonstrar graficamente como esta mudança implicaria no resultado futuro. O primeiro experimento foi uma simulação numérica que criou um padrão de investimento hipotético para as duas realidades estudadas. Através do resultado obtido, foi possível demonstrar graficamente que a existência de um depósito compulsório tende ofertar mais dinheiro no mercado financeiro. A análise gráfica posterior utilizou o coeficiente de remuneração financeira acumulada na simulação anterior como coeficiente angular dos mapas isoprofit, demonstrando assim que uma maior taxa de juros no momento presente tende deslocar para menos o resultado futuro.

O último gráfico foi um estudo agregado no qual a taxa de juros é endógena e dependente da condição de equilíbrio. Combinando em ponto de tangência a fronteira de *possibilidade de produção* intertemporal e o *mapa de indiferença,* foi possível demonstrar que ao diminuir o dinheiro ofertado no mercado financeiro, o FGTS causaria um deslocamento no sentido horário no mapa de indiferença agregada, o que modifica simultaneamente resultado futuro e a taxa de juros.

BIBLIOGRAFIA:

Biancarelli, A. M. e Conti, B. M. (2015). *Direcionamento do crédito no Brasil dos anos 2010: um exame dos fundos de poupança compulsória e das exigibilidades sobre depósitos*. Campinas - BR: FEBRABAN-UNICAMP. 55p.

CAIXA, econômica federal. 2017. *Quem administra*. [ONLINE] Disponível em: http://www.fgts.gov.br/quem_administra.asp. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

CAIXA-f, Econômica Federal (no date). *Fazendo Justiça: A história do FGTS*. Brasília - BR: CAIXA, Econômica Federal. 48 p. [ONLINE] disponível em: http://www.fgts.gov.br/downloads.asp. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

CAIXA-g, Econômica Federal (no date). *Garantindo Conquistas: O papel da Caixa Econômica Federal*. Brasília - BR: CAIXA, Econômica Federal. 45 p. [ONLINE] disponível em: http://www.fgts.gov.br/downloads.asp. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

CAIXA-s, Econômica Federal (no date). *Socializando Benefícios: O alcance social em todo o país.* Brasília - BR: CAIXA, Econômica Federal. 45 p.[ONLINE] Disponível em:: http://www.fgts.gov.br/downloads.asp. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

CAIXA-t, Econômica Federal (no date). *Trabalhando pela Maioria: A segurança para os trabalhadores*. Brasília - BR: CAIXA, Econômica Federal. 49 p. [ONLINE] disponível em: http://www.fgts.gov.br/downloads.asp. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

CNPQ, lattes. 2017. *Ester Dweck.* [ONLINE] Disponível em: http://lattes.cnpq.br/1323386172917267. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

Costa, J. C. (2010). Desenvolvimento econômico brasileiro contemporâneo e a Caixa: o papel do FGTS. *TRABALHOS PREMIADOS*. 1 (1), pp. 9-31.

Dweck, E. (2017). *Seminar Stand With Lula*. [Online Vídeo]. 12 May 2017. Disponível no link https://youtu.be/9rFDdq3I-HA. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

GLOBO, rede _ de televisão. (2001). *Jornal Nacional (2001): Fome mata 300 crianças por dia no Brasil*. [Online Vídeo]. 12 May 2017. Disponível no link: https://www.youtube.com/watch?v=UI3yFKVrE4I. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

Haddad, F. (2017). *Entrevista com Fernando Haddad*. [Online Vídeo]. 13 May 2017. Disponível no link: https://www.youtube.com/watch?v=Ill1Qi8bigI&t=620s. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

Himmelweit, S. e Stone, H. (2010). Saving and working: decisions over time. In: Simonetti et al. *Doing Economics: People, Markets and Policy Book 1*. Milton Keynes: The Open University. pp. 95-142.

Howells, P. e Santos, C. (2013). The supply side of the economy and inflation. In: Santos et al *Running the economy Book 1*. Milton Keynes: The Open University. pp. 277-324.

Mackintosh, M. (2010). Visible hands: economists and the design of government. In: Simonetti et al. *Doing Economics: People, Markets and Policy Book 1*. Milton Keynes: The Open University. pp. 451-495.

Milne, A. (2012). The microeconomics of capital markets. In: Milne, A. e Simonetti, R. *Doing Economics: People, Markets and Policy Book 2, Part II*. Milton Keynes: The Open University. pp. 159-208.

Plácido, C. 2016. *Por que sou contra o FGTS? 5 motivos - e uma conta simples - explicam isso - InfoMoney*. [ONLINE] Disponível em: http://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/segunda- opiniao/post/4618742/por-que-sou-contra-fgts-motivos-uma-conta-simples- explicam. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

Rabin, A. A. (2004). *Monetary Theory*. Cheltenham - USA: Edward Elgar Publishing Limited. 323 p.

Rothbard, M. N. (2009). *Anatomy of the state*. Auburn: Ludwig von Mises Institute. 62.

Simonetti et al. (2010). Industrial capitalism, markets and economics. In: Simonetti et al. *Doing Economics: People, Markets and Policy Book 1*. Milton Keynes: The Open University. 1-46.

Simonetti, R. (2010). Firms in markets: technology, efficiency and productivity. In: Simonetti et al. *Doing Economics: People, Markets and Policy Book 1*. Milton Keynes: The Open University. pp. 185-240.

Trigg, A. (2013). Keynes and unemployment. In: Santos et al *Running the economy Book 1*. Milton Keynes: The Open University. pp. 91-132.

TOU, The Open University. (2014). *DD102 - week 23*. Introducing Hayek's ideas. [ONLINE]. 2014.

Wikipedia. 2017. *Fernando Haddad - Wikipedia*. [ONLINE] Available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Fernando_Haddad. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

World Bank, the. (2005). VOLUME II: Background Documents. In: World Bank, the *Brazil Investment Climate Assessment. Finance, Private Sector and Infrastructure Latin America and the Caribbean Region*. Washington, DC: World Bank, the. pp. 1-257. [ONLINE] Disponível em: https://goo.gl/6ExSAL. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

DIREITO CONSTITUCIONAL DOS ANIMAIS

CONSTITUTIONAL LAW OF ANIMALS

Marcia Raicher [1]

Eduardo do Nascimento Rocha[2]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0002-9765-1779

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0002-7074-1096

Submissão: 03/07/2022 Aprovação: 21/08/2022

RESUMO:

A evolução da humanidade fez com que a sociedade passasse a transformar seu olhar e modificar as punições para os humanos.

A partir da Segunda Guerra Mundial é promulgada a Declaração Universal de Direitos Humanos à luz das necessidades básicas humanitárias do animal racional que é homem e com isso o mundo obteve um grande avanço nessa questão.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os animais passaram a receber a proteção do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Evolução da Civilização. Constituição Federal de 1988. Direito dos Animais. Novo Olhar para os Animais.

ABSTRACT:

The evolution of humanity has made our society to change its perspective and modify punishments for humans.

[1] Graduada em Direito pela FMU – turma de 1979 e Pós Graduação em Docência do Ensino Superior (2006). Foi docente em várias universidades, inclusive na disciplina Mediação e Arbitragem; CEO da Câmara de Mediação e Arbitragem Latino Americana - CALA desde 2001, Palestrante e Mediadora no Tribunal de Justiça de São Paulo e TRF3. E-mail: marciaraicher@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v9/011**

[2] Advogado. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Vice-presidente da Comissão Especial de Erradicação ao Trabalho Análogo ao de Escravo da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo. Mediador e Conciliador Judicial capacitado pela CALA. E-mail: marciaraicher@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v9/011**

From the Second World War, the Universal Declaration of Human Rights is enacted in light of the basic humanitarian needs of the rational animal that is man, and with that the world has made great progress in this matter.

Only with the enactment of the Federal Constitution of 1988, animals began to receive state protection.

KEYWORDS: Evolution of Civilization. Federal Constitution of 1988. Animal Rights. The New View for Animals.

Protejam os animais,
pois eles possuem coração e
sentimento, assim como nós.
(Sir Arthur Schopenhauer)

1. INTRODUÇÃO

Impossível pensar em direitos constitucionais dos animais sem transitar por diversos temas do próprio direito e da vida em geral.

A sociedade sempre com um viés cruel, se desenvolve a partir de conceitos inumanos de justiça, com decapitações, enforcamentos, degolações entre outras barbaridades que eram consideradas como meio de se obter justiça. Infelizmente esse era o olhar para eventual reparação de dano causado.

Com a evolução da humanidade a própria sociedade começou a transformar seu olhar e modificar as punições para os humanos, pois os animais até muito pouco tempo não tinham nenhum olhar caridoso por parte das leis.

Podemos dizer que de tantas atrocidades o ponto culminante foi a Segunda Guerra Mundial onde milhões de pessoas foram exterminadas à luz de uma pseudo interpretação, no mínimo equivocada do nazismo, e aqui não falamos somente dos 6 milhões de judeus vítimas dessas atrocidades, mas de todos que foram mortos sob a luz de uma limpeza de humanos que não se encaixavam na absurda intenção de supremacia branca.

A partir da Segunda Guerra Mundial é promulgada a Declaração Universal de Direitos Humanos à luz das necessidades básicas humanitárias do animal racional que é homem e com isso o mundo obteve um grande avanço nessa questão, mas que ainda não podemos dizer que foi uma solução efetivamente praticada, pois ainda no Século XXI presenciamos no Brasil e no mundo tristes episódios de racismo e antissemitismo, e pasmem, com a descoberta de células neonazistas em território brasileiro.

Com essa evolução, que ainda tem muito para caminhar, o ser humano passou a ter direitos e garantias fundamentais na nossa Constituição Federal, sendo que em nossa Carta Magna de 1988 já temos artigos específicos que garantem direitos aos animais.

> *A Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor que incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, incluindo, nesse contexto, a proteção aos animais contra a crueldade e os maus-tratos (art. 225, §1º, VII)*

Aqui cumpre esclarecer que mesmo estando no rol de animais irracionais, hoje já temos comprovação científica de que todos os animais têm uma evolução intelectual que em algumas espécies de cães, por exemplo, chegam a ser equiparadas ao entendimento cognitivo de uma criança de pelo menos 2 anos de idade[3].

Além disso, a evolução dos tempos, a evolução tecnológica e a pandemia levaram as pessoas a viver em mundos isolados, perdendo em muito os prazeres da vida em sociedade e com isso, pessoas que antes viviam absolutamente sozinhas, vez que as suas companhias estavam em festas e eventos, passou a ter como companheiros animais domésticos[4] e elevando esse ser ao grau de família e com isso esperando que os mesmos sejam reconhecidos, aparados e respeitados como tal.

Com esse novo olhar, mais do que nunca o Direito Constitucional dos Animais vem sendo aplicado muito mais do que já havia sido, vez que nos choca de forma diferenciada ao que já chocava os maus-tratos e abandonos de animais.

Além dos animais domésticos, temos toda a gama de animais protegidos constitucionalmente para que mesmo em suas categorias sejam respeitados e cuidados, como

[3] https://www.portaldodog.com.br/cachorros/curiosidades/cachorros-tem-inteligencia-de-uma-crianca-de-2-anos/

[4] https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Comportamento/noticia/2021/08/numero-de-pets-nos-lares-brasileiros-cresce-30-durante-pandemia.html

por exemplo o cuidado com animais que puxam carroças para que trabalhem dentro do limite possível para que se mantenha a sua integridade e saúde, para não dizer ainda, a dignidade animal.

Em outro viés temos os animais usados em laboratório e até os que eram usados para testes cosméticos e que hoje são protegidos.

Enfim, hoje os animais, além dos direitos constitucionais tem direitos que nós humanos demos a eles, com direito a uma vida com tranquilidade e muito mimo.

Esse trabalho científico, pretende, demonstrar a evolução trazida pelo artigo 225, da CF, no tocante a proteção dos animais contra a crueldade e os maus tratos, ainda que, muito tímida frente aquilo que prevê a Declaração Universal dos Direito dos Animais (proclamada pela UNESCO[5], em 1978), cujo Brasil é signatário. Assim como, apresentar um compilado das principais jurisprudências aplicadas a este tema, em especial, quanto a declaração de inconstitucionalidade de algumas leis que afrontaram os primados trazidos por este artigo constitucional. E ainda, a interpretação dada por estes Tribunais Superiores ao conceito de que os animais possuem natureza jurídica de "bens" semoventes", conforme disciplina o artigo 82, do Código Civil de 2002, frente a evolução social e o modo como nós temos nos relacionados com os animais de companhia/estimação.

2. O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – SOB O ENFOQUE DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Como apontado anteriormente, o artigo art. 225, §1º, VII da CF/1988, prevê a proteção dos animais para que não sejam vítimas de crueldade e maus-tratos.

Segundo Frederico Amado[6] o artigo trata não só dos animais, mas ainda, da fauna como um todo, fazendo referência ao contingente de animais que se desenvolvem em determinados locais ou já se desenvolveram, de acordo com os estudos da geologia, vez que somente sendo tutelados pelo direito constitucional poderão ter seu desenvolvimento ou sua história preservados.

[5] UNESCO: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.
[6] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado** – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

Vejamos que o dispositivo constitucional é claro nesse sentido quando diz em seu parágrafo 1º, inciso VII, que:

> *"É dever do Poder Público "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."*

Ainda, é importante registrar que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, visa também assegurar todas as formas de vida, não se sujeitando apenas a forma de vida humana, mas também a vida animal, que certamente seria colocada em risco se fossem permitidas práticas degradantes e cruéis contra esses seres.

Depreende-se, ainda que o constituinte ao garantir a preservação do meio ambiente (incluindo-se nisso a vida animal) pretendeu-se regular também a interação humana com esses seres irracionais, estabelecendo que tal relação fosse pautada pela ética, dignidade e pelo respeito entre todos os seres viventes.

Assinale, ainda, que o retro citado dispositivo constitucional foi elaborado sobre forte influência dos preceitos trazidos pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais, e o direito dos animais nasce da Declaração que fora elaborada para as garantias da própria humanidade.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais (DUDA), deixa inequívoca a obrigação dos humanos na proteção das espécies da fauna que dependem desse olhar mais humanizado para essa questão, bem como para com os animais que nos servem como auxiliares em nossos trabalhos e até em relação aos animais que nos servem de alimento.

Veja que na cultura judaica o abate dos animais que servirão de alimento é feito dentro de preceitos religiosos, assim como o abate para os muçulmanos, onde o animal não pode sofrer, ou seja, ele é abatido de forma a vir a falecer da maneira menos dolorosa possível, sendo que para isso, por exemplo, o abate de um bovino se inicia com o corte, com uma lâmina muito afiada em corte preciso em sua jugular, o que fará o esvaziamento natural e espontâneo do sangue até o falecimento, não dando nenhum tipo de dor ou traumatismo no animal.

O ritual de abate deve provocar uma morte instantânea e sem dor, com o uso de uma faca especial e bem afiada, a *chalaf*, que provoca a degola do animal ainda vivo e sem atordoamento. O corte deve atingir a traqueia, esôfago e as principais veias e artérias do pescoço. O fio da faca não deve encostar-se às vértebras cervicais e se, após a degola, apresentar qualquer tipo de ranhura ou dente, o animal é considerado impróprio ou não-*kosher* (*terayfa*).[7]

Para os muçulmanos esse abate segue as mesmas regras do abate Kosher e tem o nome de Halal[8], nome dado a alimentos que eles podem ou não comer e beber segundo a lei Islâmica da xaria.

Ainda, dentro da DUDA, temos o artigo 6º que prevê o direito a vida longa para os animais, sendo o abandono considerado ato de abandono atitude cruel e degradante (ONU ,1978)[9].

Embora os animais tenham previsão constitucional, sua menção ainda é muito singela diante de todas as suas necessidades, e assim podemos dizer que a CF/1988 é apenas o "start" para que outros diplomas pudessem tratar do tema da proteção animal.

Inobstante a avanço inicial, o legislador infraconstitucional ao promover a reforma do Código Civil Brasileiro, em 2002, Lei nº 10.406/2002 (portanto, posterior a edição da Magna Carta), preferiu atribuir aos animais não-humanos *status* de "coisa", em detrimento a visão pós-moderna trazida pela Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 82 - São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social" [10]

Por conseguinte, os animais passaram a ser tratados pelo Código Civil em vigor como bens semoventes, como *"os suscetíveis de movimento próprio, como os animais. Movem-se de um local para outro por força própria"*[11]

[7] https://www.scotconsultoria.com.br/noticias/artigos/33900/o-ritual-religioso-de-abate-judaico-e-

[8] https://www.girodoboi.com.br/destaques/entenda-o-que-e-carne-halal-e-seu-potencial-de-consumo-em-todo-o-mundo/#:~:text=%E2%80%9CPara%20a%20carne%20estar%20halal,morrer%20por%20uma%20outra%20forma.

[9] ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais.** Bruxelas, Bélgica. 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf >. Acesso em: 06 set. 2020.

[10] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

> *"Nesta esteira, entende-se que os animais não são reconhecidos pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direitos, pois são tidos como bens sobre os quais incide a ação do homem, uma vez que a proteção do meio ambiente existe para favorecer o próprio homem e somente por via reflexa para proteger as demais espécies*[12]*".*

Portanto, para a disposição civilista, os animais em nada diferem de outros bens passíveis de serem apropriados pelos seres humanos, não sendo eles sujeitos titulares de direito, senão por seus proprietários.

Todavia, esse não tem sido o entendimento dado pelos Superiores Tribunais desse país ao tratarem do tema da proteção animal, principalmente, no tocante a que os animais não devem ser submetidos a tratamento degradante e cruel.

Pois, como visto, já em 1997, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário (REsp) 153.531/SC, analisou o caso envolvendo a prática de crueldade animal nas festas em que se permitia a *"Farra do Boi"*, tendo declarado a inconstitucionalidade desse tipo de manifestação cultural, sob o argumento de que ela afrontava o texto constitucional que, notoriamente, veda a prática de crueldade em face dos animais.

De igual modo, em 2006, o Pleno da Corte Suprema ao jugar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 4.983/CE observou que a garantia do exercício de direitos culturais não autorizava práticas e manifestações que submetessem os animais a crueldade, declarando a inconstitucionalidade de legislação estadual regulamentadora das vaquejadas.

Ainda, a excelsa Corte Suprema promoveu entendimento semelhante por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) de nºs 2.514/SC e 1.856/RJ, cujo teor dessas era se apurar a constitucionalidade ou não das legislações estaduais que permitiam a exposições e competições entre aves combatentes.

Inclusive, em 2011, durante o julgamento da ADI sobre a inconstitucionalidade da legislação fluminense (Lei Estadual nº 2.895/98-RJ), o ilustre relator ministro Celso de

[11] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 1: esquematizado, parte geral: obrigações e contratos**; Coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
[12] ALMEIDA, Jeovaldo da Silva Almeida. **Proteção aos animais**. Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/protecao-aos-animais/>. Acesso em: 06 set. 2020.

Mello, observou que a norma questionada estaria em *"situação de conflito ostensivo com a Constituição Federal"*, que proíbe a prática de crueldade contra animais:

> *"O constituinte objetivou – com a proteção da fauna e com a vedação, dentre outras, de práticas que submetam os animais à crueldade – assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, cultural, artificial (espaço urbano) e laboral"*[13].

Ainda, manifestou que as brigas de galo são inerentemente cruéis *"e só podem ser apreciadas por indivíduos de personalidade pervertida e sádicos"*. E que tais atos são incompatíveis com a CF, tendo em vista que as aves das raças combatentes são submetidas a maus tratos*, "em competições promovidas por infratores do ordenamento constitucional e da legislação ambiental que transgridam com seu comportamento delinquencial a regra constante"*.

Mais recentemente, em setembro de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) vedou, por unanimidade, o abate de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, apreendidos em situação de maus-tratos, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 640, ajuizada pelo Partido Republicano da Ordem Nacional (PROS), questionando dispositivos da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998 [14]) e Decreto 6.514/2008 [15] relativos à destinação de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos apreendidos em decorrência de abuso e maus tratos.

Em suma, os referidos dispositivos questionados dispõem que os animais seriam prioritariamente libertados em seu habitat ou, caso essa medida não fosse viável ou não recomendável, por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou

[13] https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2706120/lei-fluminense-que-regula-briga-de-galo-e-inconstitucional-decide-stf#:~:text=O%20constituinte%20objetivou%20com%20a,meio%20ambiente%20natural%2C%20cultural%2C%20artificial

[14] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm

[15] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm

entidades assemelhadas para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados.

Segundo o aludido partido, a Justiça vinha autorizando o sacrifício dos animais apreendidos durantes as fiscalizações pelas autoridades competentes, em que pese a CF zelar pela integridade e proteção dos animais. Conforme visto, em algumas decisões proferidas pelos Juizados Especiais de Luís Eduardo Magalhães (BA) e de Patrocínio (MG), que autorizaram o abate de galos utilizados em rinhas.

Em março do mesmo ano, o relator, ministro Gilmar Mendes, já havia concedido liminar para suspender decisões administrativas ou judiciais que autorizavam o sacrifício de animais apreendidos em situação de maus-tratos e para assentir a ilegitimidade da interpretação da legislação ambiental que autorizava o abate.

Ocorre que, ao apreciar o mérito da ação, a Corte declarou a inconstitucionalidade de quaisquer interpretações conferidas ao artigo 25, parágrafos 1º e 2º, da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) e aos artigos 101, 102 e 103 do Decreto 6.514/2008 (que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente) e a demais normas infraconstitucionais que autorizem o abate imediato de animais apreendidos em situação de maus-tratos.

O eminente ministro relator, Gilmar Mendes, durante o julgamento da questão, exarou com perplexidade que:

"Evidente que a proteção aos animais não se realiza quando o ente público que deveria assegurá-la, após fazer cessar agressão por terceiro, pratica, ele mesmo, agressão extrema, subtraindo-lhes a vida. É tão manifesto isso que custa acreditar haver se estabelecido controvérsia hermenêutica a respeito.

No estágio atual da sociedade, portanto, não se concebe seja conferido tratamento cruel e degradante aos animais, haja vista estarem também protegidos pela Constituição Federal; proteção expressamente prevista no mencionado art. 225, § 1º, VII.

Logo, é inconcebível que tal se realize por meio da morte. Em condições normais, por pulsão inata, tudo que vive

busca afastar-se da morte, a qual consiste em sofrimento presumido e extremo. Qualquer medida a conduzir um ser vivo à morte involuntária não pode ser interpretada como de proteção, exceto quando se intente, com referida medida, proteger outras vidas (estado de necessidade).

Considerando as informações prestadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, nas quais o Órgão aponta hipóteses em que as apreensões de animais silvestres, assilvestrados ou domésticos podem ocasionar risco à saúde pública humana ou mesmo dos próprios animais, com disseminação de pragas e doenças, admito que, em tal contexto, se mostra incontornável a solução extrema do abate.

Não se deve esquecer da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 27 de janeiro de 1978, marco que serviu de base para a evolução na concepção segundo a qual animais não podem ser considerados objetos à mercê da vontade humana".

Outra decisão emblemática, foi proferida, em 2018, pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial (REsp) nº 1713167/SP[16], de relatoria do ilustre ministro Luis Felipe Salomão, da quarta turma, cujo objeto era o exercício do direito de visitação ao animal de estimação, adquirido pelos conviventes na constância dessa relação jurídica, por um deles.

O decisório emanado pela colenda Corte Superior se contrapôs ao entendimento dado, segundo o disposto no artigo 82, do Código Civil, de que os animais de companhia ou estimação possuem natureza jurídica de bens semoventes ao afirmar que esses

"possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem

[16] Julgado em 19 de junho de 2018.

mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade".

E ainda que

"a ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós- modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade".

Por igual turno, os julgadores arrazoaram que *"os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser se ciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades bi psicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado".*

E que, portanto, havendo o rompimento do vínculo familiar nos casos em que exista lide quanto a relação de afetividade entre o animal e os dissolventes, pouco importando a medida jurídica pleiteada, o Juízo ao decidir o conflito deverá primar, consoante o caso que se apresente, pela consecução dos fins sociais insculpidos no ordenamento jurídico pátrio, sempre se "*atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal".*

Portanto, podemos concluir que, muito embora os Tribunais Superiores (STF e STJ) não tenham reconhecido a existência de direitos fundamentais dos animais, como categoria constitucional autônoma decorrente da doutrina pós-humanista. Não se pode duvidar de que a jurisprudência produzida tem assegurado, com fulcro na norma constitucional constante do art. 225, §1º, VII, da CRFB, o direito dos animais a não serem expostos aos

maus tratos e a crueldade, bem como, o reconhecimento de que o afeto humano atribuído a eles, em certos casos, torna-os merecedores de alguns "direitos equiparados".

Entretanto, em 2017, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 96, acrescentando ao §7º do artigo 225, da CF, nestes termos:

> *"Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos".*

Em razão disso, não faltaram críticas promovidas pelos doutrinadores quanto a atuação legislativa que, de certo modo, ao promover esta reforma constitucional, atentou quanto aos próprios preceitos que motivaram os constituintes a elevarem a proteção animal ao *status* de norma constitucional. Inclusive, com isso visando que toda a produção legislativa nesse sentido atentasse para a proteção desses seres vivos.

De acordo com o ilustre Professor Dr. Pedro Lenza[17]:

> *Estamos diante de nítida situação de superação legislativa da jurisprudência da Corte ("mutação constitucional pela via legislativa" ou "reversão legislativa da jurisprudência da Corte"), tema que já foi analisado pelo STF no julgamento da ADI 5.105".*

E ainda, mister se faz ressaltar, as objeções feitas pelo Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues[18]:

[17] Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza – 22ª ed. – São Paulo: Saraiva educação, 2018 (Coleção esquematizado), p. 1.497.
[18] Direito ambiental esquematizado / Marcelo Abelha Rodrigues – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva educação, 2018 (Coleção esquematizado / coord. Pedro Lenza), p. 123.

"Em síntese, o dispositivo de todo o art. 225, que estabelece normas de proteção ao meio ambiente. Aqui, neste parágrafo, o legislador represtinou a eficácia da lei que fora declarada inconstitucional pelo STF, valendo-se dos fundamentos dos votos vencidos no julgamento histórico.

A emenda constitucional não afasta a prática cruel, ou seja, a "crueldade intrínseca" da referida prática desportiva, apenas porque está sob o rótulo de "manifestação cultural".

(...)

... não se admite que uma sociedade que deve obediência aos fundamentos e objetivos da República e que está fadada a privilegiar a proteção da dignidade humana (art. 1º, IV, da CF/88), a harmonia entre os poderes (art. 2º), a promoção do bem-estar de todos (art. 3º, IV), a defesa dos direitos humanos e a defesa da paz (art. 4º, II "e VI) possa aceitar a Emenda Constitucional feita como revide político à decisão do STF que proibiu a vaquejada, violando também precedentes da corte máxima sobre o tema (rinha de galo e farra do boi). A prática desportiva e cruel contra animais ofende a dignidade humana, e a decisão do STF deveria ser respeitada".

Sendo que, em 2016, foi aprovada a Lei nº 13.364/2016 [19] (alterada pela Lei 13.873/2019), que "Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal".

Resta assim saber se o Supremo Tribunal Federal questionado sobre a constitucionalidade do § 7º do artigo 225, da CF e das Leis retro citadas decidirá manter os

[19] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13364.htm

entendimentos anteriores, consoante acima explanado, primando por assegurar a vida animal dos maus tratos e das práticas cruéis ou se prestigiará o Direito a Liberdade de Manifestação Cultural, ainda que isso possa ofender a Dignidade Humana em si mesmo.

3. O NOVO OLHAR PARA OS ANIMAIS

O tema é de tamanha importância que já existem projetos como o da prefeitura da cidade de poços de Caldas – MG para a substituição das tradicionais carroças puxadas por cavalos, por carroças elétricas, evitando assim o desgaste e sofrimento para aqueles animais.

Tive a oportunidade de estar na referida cidade e constatei pessoalmente as péssimas condições dos cavalos que puxam as famosas charretes da cidade, onde se pensa na estética da charrete, mas os animais ficas em segundo plano, com uma "rosa de plástico" na cabeça, mas extremamente magros e com infecção nos olhos o que dá a visão da triste realidade em que vivem e são submetidos.

Por conta dessa trágica situação tramita na Câmara de Vereadores de Poços de Caldas o projeto que visa a proteção desses animais sem, contudo, prejudicar quem vive dos passeios de charrete.

Disponibilizado na internet temos a reportagem do G1 sobre o tema[20]:

O prazo para troca de charretes com animais por carruagens elétricas em Poços de Caldas (MG) será estendido e a alteração não vai ocorrer a partir outubro deste ano, como havia sido estipulado pela prefeitura. A decisão foi tomada após audiência pública realizada na Câmara Municipal .....

A reunião contou com participação de vários setores da cidade, como representantes da prefeitura, dos charretistas, de defensores de proteção animal, da OAB, especialistas de trânsito e do Departamento Municipal de Eletricidade (DMAE).

[20] https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2022/07/14/projeto-para-troca-de-charretes-por-carruagens-eletricas-vai-passar-por-alteracoes-em-pocos-de-caldas-mg.ghtml

A audiência ocorreu por conta do projeto que tramita na Câmara Municipal, em que a prefeitura definiu o fim das charretes de tração animal. Caso a lei seja aprovada, o uso de charretes e carroças, até mesmo para uso próprio, passa a ser proibido na zona urbana, sob pena de multa.

A prefeitura havia marcado para que a mudança ocorresse no dia 4 de outubro para 2022, dia de São Francisco de Assis, protetor dos animais. No entanto, após a audiência, este prazo não está mais em vigor e apenas um protótipo deve passar a funcionar na data inicial.

"Quando o projeto foi enviado para esta Casa, ele teve o prazo de um ano para ser executado. Um tempo que acreditávamos que seria suficiente para ser debatido. É algo que a gente não consegue fazer de uma hora para outra. Atendendo ao pedido dos charretistas, a gente precisa de um prazo maior", disse o secretário de governo, Paulo Ney de Castro Júnior.

"É um pedido que eles fizeram para a gente, foi de consenso, em comum acordo, para ampliar esse tempo e seja feito sem prejudicar o trabalho de ninguém. Que esses veículos sejam colocados, conforme pedido, um para ver como funciona, depois colocar três. Isso sendo feito de forma gradativa, sem prejudicar ninguém. Foi um ponto pacífico que encontramos. Não vou falar que agradou todo mundo, porque as vezes não conseguirmos. Mas, acho que é um caminho interessante que temos pela frente", completou.

Ainda durante a reunião, o presidente da Associação de Condutores de Veículos de Tração Animal falou sobre o medo de charretistas ficarem sem renda e, também deu alternativas para que o serviço mude ou pare na cidade a longo prazo.

"Se vocês têm vontade de um dia acabar com o serviço de charrete, estipula que a pessoa aposentou e não trabalha mais. Aí vai acabando. Não precisa criar uma lei para carruagem elétrica. Nossa preocupação é colocar a charrete elétrica e não dar certo. Acha que é muito boa? Coloca uma ou duas no meio de nós, para ver se ganha", falou Francisco Carlos Rodrigues.

O secretário de governo destacou ainda a complexidade do projeto e descreveu os principais problemas enfrentados para resolver a questão.

"A gente está diante de alguns problemas. O primeiro é o da legalidade. Temos a legalidade das leis de trânsito e elas têm que ser obedecidas. Tem a causa animal, que temos que respeitar. É uma causa justa e que temos que levar em consideração. E temos a questão social, que é o problema dos charretistas que estão, com todo direito, preocupados. Eles vivem disso. É o sustento deles. São três ou quatro gerações que vivem disso. É uma preocupação que todos nós temos", descreveu.

Ao fim da reunião, ficou definido que em outubro deve passar a funcionar uma carruagem elétrica, um protótipo para serem feitos testes. Com isso, não há mais um prazo definido ou estipulado para o fim das charretes.

O projeto que tramita na Câmara, que se for aprovado acaba com as charretes na cidade, deve passar por comissões ne vereadores para verificar se é preciso de alguma adequação. Não há mais previsão de quando o documento entra em votação.

Embora sem data para a efetiva implantação é inegável que o olhar para os animais está mudando e dando a eles a dignidade que merecem, evitando sobrecarregá-los e levá-los à exaustão pela mera diversão humana.

4. CONCLUSÃO

Existe uma relevante quantidade de literatura contemporânea sobre bem-estar e direitos dos animais. Trata-se de um domínio em franca evolução, com mudanças de percepção e entronização de novos valores morais.

O próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro – "bens suscetíveis de movimento próprio" (art. 82, caput, do CC) – revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão.

Nesse ambiente de novos valores e de novas percepções, o STF tem feito cumprir a opção ética dos constituintes de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade, em uma jurisprudência constante e que merece ser preservada[21].

No entanto, o mais fundamental em toda a relação humana com os animais é a necessidade da percepção intrínseca de que independente de legislação, devemos ter um olhar mais atento, carinhoso e caridoso para com todos os seres vivos, independente de serem humanos ou não.

Em cada ser existe, de alguma forma, um sentimento que pode não ser compreendido por todos, mas inequivocamente existe e enquanto não tivermos essa percepção por nós mesmos, existem as leis que dentro de suas limitações cada vez mais pensa no bem-estar de todos que habitam nosso planeta.

E quando chegarmos ao entrosamento perfeito de que vivemos todos no mesmo planeta e que viver em harmonia só trará benefícios a todos que aqui estão, nesse dia teremos o entendimento de que podemos viver todos com respeito e o mundo como um todo, será o tão almejado paraíso, pois não é somente a Carta Magna que fará esse papel, mas sim, todos nós.

BIBLIOGRAFIA:

[21] Trecho extraído do voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso durante o julgamento da Ação Direito de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983/CE, pág. 56.

ALMEIDA, Jeovaldo da Silva Almeida. **Proteção aos animais**. Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/protecao-aos-animais/>. Acesso em: 06 set. 2020.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado** – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. **Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm#art2>. Acesso em: 06 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 6054/2019 (nº anterior: PL 6799/2013).** Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso em: 09 out. 2020.

LENZA, Pedro :Direito constitucional esquematizado– 22ª ed. – São Paulo: Saraiva educação, 2018 (Coleção esquematizado), p. 1.497.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais.** Bruxelas, Bélgica. 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf >. Acesso em: 06 set. 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha: Direito ambiental esquematizado 5ª ed. – São Paulo: Saraiva educação, 2018 (Coleção esquematizado / coord. Pedro Lenza), p. 123.

SANTOS, Rafa. Bolsonaro sanciona lei de proteção a animais e promete corrigir distorção punitiva. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de setembro de 2020. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2020-set-29/bolsonaro-sanciona-lei-protecao-animais-cria-distorcao>. Acesso em: 06. out. 2020.

UNESCO: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

SITES CONSULTADOS:

https://www.portaldodog.com.br/cachorros/curiosidades/cachorros-tem-inteligencia-de-uma-crianca-de-2-anos/
https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Comportamento/noticia/2021/08/numero-de-pets-nos-lares-brasileiros-cresce-30-durante-pandemia.html
https://www.scotconsultoria.com.br/noticias/artigos/33900/o-ritual-religioso-de-abate-judaico-e-
https://www.girodoboi.com.br/destaques/entenda-o-que-e-carne-halal-e-seu-potencial-de-consumo-em-todo-o-mundo/#:~:text=%E2%80%9CPara%20a%20carne%20estar%20halal,morrer%20por%20uma%20outra%20forma.
http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm
https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2706120/lei-fluminense-que-regula-briga-de-galo-e-inconstitucional-decide-stf#:~:text=O%20constituinte%20objetivou%20com%20a,meio%20ambiente%20natural%2C%20cultural%2C%20artificial
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13364.htm
https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2022/07/14/projeto-para-troca-de-charretes-por-carruagens-eletricas-vai-passar-por-alteracoes-em-pocos-de-caldas-mg.ghtml/goo.gl/6ExSAL. [Acesso em 5 de novembro de 2021].

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A NOVA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CONSTITUTIONAL REVIEW: A NEW INTERPRETATION OF ARTICLE 52, ITEM X, OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

Angela Valente Silva Dias [1]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0002-7462-1016

Submissão: 25/10/2022 Aprovação: 02/12/2022

RESUMO:

Essa pesquisa tem por objetivo conceituar dois temas muito importantes da nossa legislação: O Princípio de Constitucionalidade que consiste em proteger os direitos fundamentais que são garantidos na mesma possibilitando assim uma convivência harmônica em nosso país. Esse Controle tem por principal função garantir a aplicabilidade e o não desrespeito à Constituição Federal e o Controle de Razoabilidade que consiste em ir além do tradicional controle de legalidade, possibilitando assim avaliações de suas legitimidades do exercício de poder político, a fim de haver uma base de conhecimentos para o julgamento e justificativa da seguinte pergunta: O clamor social deve ou não influenciar nas decisões dos Juízes? Para haver essa base de conhecimentos utilizou-se pesquisa em livros, Constituição Federal de 1988, doutrinas e jurisprudências, com a finalidade de agregar maior credibilidade e conhecimento aos temas abordados. Esse artigo subdivide - se em três Capítulos: Princípio de Constitucionalidade, Princípio da Razoabilidade e a resposta para a seguinte questão: O clamor social deve ou não influenciar nas decisões dos Juízes?

PALAVRAS-CHAVE: Controle. Constitucionalidade. Razoabilidade. Clamor Social.

ABSTRACT:

[1] Advogada, Formada na Universidade de Taubaté – UNITAU, autora, Pós-graduanda em Tribunal Do Júri E Execução Criminal e Pós-graduada em Direito da Seguridade Social - Previdenciário e Prática Previdenciária, Pós-graduada Direito Público e Pós-graduada Direito de Trânsito. E-mail: angelavalente1996@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v9/012**

This research aims to conceptualize two very important themes of our legislation: The Principle of Constitutionality, which consists of protecting the fundamental rights that are guaranteed in it, thus enabling a harmonious coexistence in our country. This Control's main function is to guarantee the applicability and non-disrespect of the Federal Constitution and the Reasonable Control, which consists of going beyond the traditional control of legality, thus enabling assessments of its legitimacy in the exercise of political power, in order to have a basis of knowledge for the judgment and justification of the following question: Should the social outcry influence the judges' decisions or not? In order to have this knowledge base, research in books, the Federal Constitution of 1988, doctrines and jurisprudence was used, in order to add greater credibility and knowledge to the topics addressed. This article is divided into three Chapters: Principle of Constitutionality, Principle of Reasonability and the answer to the following question: Should social outcry influence the decisions of Judges or not?
KEYWORDS: Control. Constitutionality. Reasonability. Social Outcry.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Controle de Constitucionalidade é ligado à supremacia da nossa Constituição Federal Brasileira (“Lei Maior”), que tem por função reger o Brasil, de proteger os direitos fundamentais que são garantidos na mesma possibilitando assim uma convivência harmônica em nosso país. O Controle de Constitucionalidade tem por principal função garantir a aplicabilidade e o não desrespeito à Constituição Federal.

Trata-se de, portanto, como garantia que a supremacia dos direitos garantidos e as garantias fundamentais previstos na constituição, que limitam e legitimam o poder do Estado previsto na constituição. Determinando assim os deveres para tornar possível a democracia.

Controlar constitucionalidade consiste em verificar se a lei respeita as normas da constituição, verificando dentre os requisitos formais e materiais. No direito brasileiro somente as normas constitucionais positivadas tem competência para serem analisadas como exemplo para a análise da constitucionalidade das leis ou atos normativos.

Existe um escalonamento de leis no qual a Constituição Federal Brasileira em vigor a Constituição Federal de 1988 é a "Lei Maior" que garante os direitos fundamentais e na sua rigidez ocupa o maior grau a se seguir pelas demais leis.

O Controle de Constitucionalidade tem por objetivo garantir que os projetos de leis, as leis ou atos normativos estejam de acordo com a Constituição. Sem ir a contraponto com as normas, com os direitos garantidos a cada cidadão.

1.2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte convocada pela EC n.26, de 17.11.1985(DOU de 28.11.1985, p.17422, col.1), teve quatro pontos principais no sistema dessa constituição no controle de constitucionalidade. Dentre esses pontos temos os temas abaixo:

No art. 103 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*[2]:

> ***Art. 103.*** *Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)*
>
> ***I*** *- o Presidente da República;*
>
> ***II*** *- a Mesa do Senado Federal;*
>
> ***III*** *- a Mesa da Câmara dos Deputados;*
>
> ***IV*** *- a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
>
> ***V*** *- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
>
> ***VI*** *- o Procurador-Geral da República;*

[2] **BRASIL. Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

VII *- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;*

VIII *- partido político com representação no Congresso Nacional;*

IX *- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.*

§ 1º *O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.*

§ 2º *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.*

§ 3º *Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.*

Art. 103*-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).*

§ 1º *A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas,*

acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

***§ 2º** Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

***§ 3º** Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

***Art. 103**-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)*

***I** - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)*

***II** - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

***III** - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

IV *- um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

V *- um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

VI *- um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

VII *- um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

VIII *- um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

IX *- um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

X *- um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

XI *um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

XII *- dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

XIII *- dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

§ 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

§ 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

***I** - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

***II** - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

III *- receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)*

IV *- representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

V *- rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

VI *- elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

VII *- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

§ 5º *O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe,*

além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

***I** receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

***II** exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

***III** requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

***§ 6º** Junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

***§ 7º** A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).*

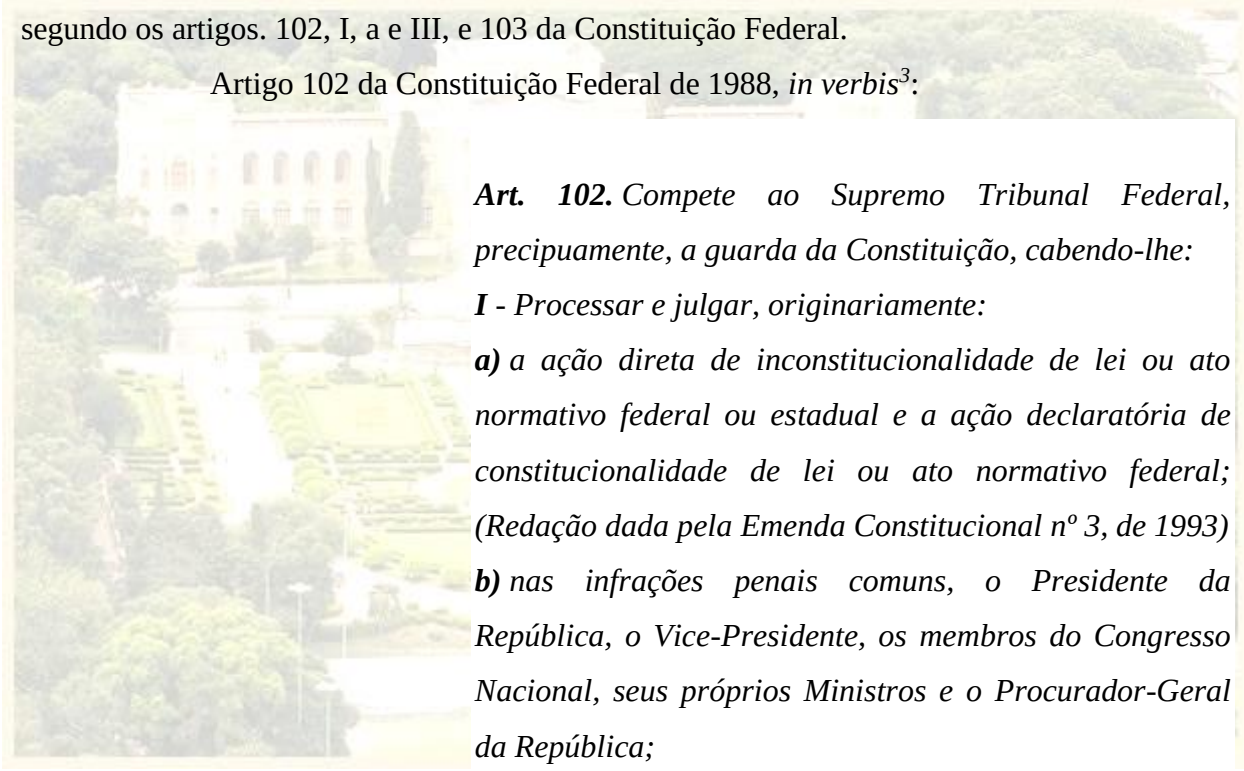
Houve, no âmbito Federal, a ampliação da legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade. Com essa mudança encerrou o monopólio do Procurador-Geral da República, validando assim também o entendimento da jurisprudência propostas pelos outros órgãos responsáveis por votações e criações de jurisprudências como: Presidente da República, Governador do Estado, Mesa do Senado Federal, Mesa da Assembleia Legislativa, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos

Advogados Brasil, Partido Político com Representação no Congresso Nacional, Confederações Sindicais ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Nesse caso houve um aumento nas propostas de ações diretas com a nova constituição de 1988.

O §2º do art. 103 da Carta Magna estabelece as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, podendo ser incidental, pelo controle difuso, sendo assim de forma concentrada.

Segundo José Afonso da Silva "O Brasil seguiu o sistema Norte-Americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão segundo os artigos. 102, I, a e III, e 103 da Constituição Federal.

Artigo 102 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*[3]:



Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I *- Processar e julgar, originariamente:*

a) *a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

b) *nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;*

c) *nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;*

[3] **BRASIL. Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

c) *nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)*

d) *o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*

e) *o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;*

f) *as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;*

g) *a extradição solicitada por Estado estrangeiro;*

i) *o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)*

j) *a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;*

l) *a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;*

m) *a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;*

n) *a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;*

o) *os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;*

p) *o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;*

q) *o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;*

r) *as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

II *- julgar, em recurso ordinário:*

a) *o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;*

b) *o crime político;*

III *- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*

a) *contrariar dispositivo desta Constituição;*

b) *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*

c) *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*

d) *julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

§ 1º *A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)*

§ 2º *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)*

§ 3º *No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

1.3. ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

1.3.1. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A inconstitucionalidade por omissão ocorre na seguinte situação: quando uma norma não se harmoniza com a Constituição Federal (em vigência a Constituição Federal de 1988).

Usa- se o termo inconstitucionalidade por ação (por atuação ou positiva). Tem-se a incompatibilidade vertical dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público), que consiste na inconstitucionalidade por omissão, sendo resultado da inatividade legislativa na regulamentação das normas constitucionais.

Inconstitucionalidade por omissão consiste na "discrição" do legislativo. Já a inconstitucionalidade por ação é decomposta no: Ponto de Vista Formal, Ponto de Vista Material, Ponto de Vista "Vício de Decoro Parlamentar"(ou "mensalão" ou "mensalinho"). O Vício Formal é resultado de um processo Legislativo durante a formação do ato normativo, existe a ideia de um movimento (monodinâmica). O Vício Material é uma ideia que passa é um vício estático (monoestático).

O Vicio de Decoro Parlamentar vem do "Mensalão" que foi um escândalo divulgado nas revistas, nos jornais, nos telejornais, dentre outras Mídias. Consistiu em um escândalo envolvendo diversos políticos, em um esquema de compra e venda de votos, a fim de se votar de acordo com o governo ou em outro sentido. As CPIs ao investigarem comprovaram a compra de votos, nas formações das emendas constitucionais, deixando a desejar a legalização da inconstitucionalidade.

Declarada no Art. 55 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*[4]:

> *Perderá o mandato o Deputado ou Senador:*
> ***I*** *- que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;*
> ***II*** *- cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;*
> ***III*** *- que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;*

[4] **BRASIL. Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

> ***IV*** *- que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;*
>
> ***V*** *- quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;*
>
> ***VI*** *- que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.*
>
> ***§ 1º*** *- É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.*
>
> ***§ 2º*** *Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)*
>
> ***§ 3º*** *Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.*
>
> ***§ 4º*** *A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 1994).*

Pode-se observar que no Art.55, § 1º, está em desacordo com o decoro parlamentar, além dos fatos já definidos no regimento interno, abuso das vantagens indevidas. No julgamento da AP 470 (julgamento do caso do "Mensalão"), que foi segundo o STF o maior e mais complexo julgamento da história do Supremo Tribunal Federal, foi demonstrado o esquema de corrupção para a compra e venda de apoio político para aprovar leis, emendas constitucionais dentre outras votações que foram corrompidas, e ainda estão pendentes de julgamento pelo STF.

1.3.2 MOMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nesta classificação analisa-se em qual circunstância foi feita a análise. Caso a análise tenha sido feita antes do projeto vir a ser aprovado e consequentemente virar lei diz que foi feito o controle prévio ou preventivo, impedindo assim essa lei entrar no sistema normativo. Caso o projeto tenha sido aprovado e observa-se a sua inconstitucionalidade após ter entrado para o conjunto de normativo executa o controle posterior ou repressivo.

Caso o momento seja Prévio ou Preventivo tem-se durante o processo legislativo de formação do ato normativo. Em tese deveria se deflagrar o processo legislativo e verificar a sua regularidade. Esse controle pode ser efetuado pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário.

- Caso seja feita pelo Poder Legislativo: é verificado por meio das comissões de constituição e justiça pelo próprio parlamentar.
- Caso seja feito pelo Poder Executivo: é declarado o veto pelo chefe do executivo.
- Caso seja feito pelo Poder Judiciário: é feito via de exceção ou defesa, de modo incidental, MS solicitando pelos parlamentares.

Controle posterior ou repressivo é feito sobre a lei já aprovada tem-se o controle adotado pelo Estado, sendo político, jurisdicional ou híbrido.

- Controle Político: é exercido pela supremacia da Constituição.
- Controle Jurisdicional: é exercido pelo STF e pelo TJ (controle concentrado) ou por qualquer outro juiz ou tribunal (controle difuso).
- Controle Híbrido: mistura de controle por órgãos distintos três Poderes (controle Político) ou pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional).

1.4. VIAS DE CONTROLE JUDICIAL

O Controle de constitucionalidade pode ser realizado pelo critério subjetivo ou orgânico, podendo desse modo ser difuso ou concentrado. Controle de Constitucionalidade sistema Difuso consiste em qualquer juiz ou tribunal poder realizar o controle de constitucionalidade respeitando as regras necessárias visto que eles têm a perícia necessária para essa realização e o controle de constitucionalidade sistema Concentrado se consiste em um ou mais órgãos, uma competência originária do órgão referido.

O Controle de constitucionalidade ainda pode ser realizado pelo sistema pela via incidental ou de exceção – por caso concreto ou pela via principal que consiste em ser abstrato ou direto.

2. CONTROLE DE RAZOABILIDADE

2.1. CONTROLE DE RAZOABILIDADE

Cada vez mais os juízes exercem o controle de razoabilidade dos atos estatais, que envolvem a avaliação do mérito administrativo e legislativo, que consiste em ir além do tradicional controle de legalidade.

Essa mudança ocorreu à medida na qual o direito público deixou de ser um conjunto de regras e passou a ser efetuado como um conjunto de princípios, que possibilitaram as avaliações de suas legitimidades do exercício de poder político. Dentre as quais categorias jurídicas utilizam esse controle, tem-se como exemplo o processo legal substantivo, que se aperfeiçoou nos EUA.

2.2. ORIGEM DO CONTROLE DE RAZOABILIDADE

A razoabilidade surge nos Estados Unidos da América a partir da transição do *procedural due processo of Law* para o *substantive due processo of Law*, no qual o devido processo legal era unicamente processual, cabendo obedecer, tão somente, as decisões legislativas e executivas. Com o passar do tempo, esse processo começo adquirir características consideráveis, com força suficiente para interferir na arbitragem colocada pelos legisladores e a discricionariedade dos executivos.

A garantia do devido processo legal surgiu como sendo exclusivamente processual, mas depois passou a ter também um aspecto de direito material, o que levou a doutrina a considerável: a existência de um *substantive due processo of Law* ao lado de um *procedural due processo of Law*. Assim é que o devido processo legal substancial (ou material) deve ser entender como garantia de "vida-liberdade-propriedade", no decurso da qual se assegura que a sociedade, demonstrando assim a finalidade social. Essa garantia

substancial é garantida graças do devido processo legal pode ser considerada como próprio princípio da razoabilidade das leis.[5]

2.3. CONTROLE DE RAZOABILIDADE NO BRASIL

O STF tem se baseado para as suas decisões utilizando os princípios da razoabilidade, para o controle de constitucionalidade das leis. Princípio este utilizado pela Suprema Corte para pôr parâmetros de conferência de constitucionalidade. O Princípio de Razoabilidade tem como principal objetivo, desde sua criação, evitar ações e medidas desproporcionais e ações supérfluas.

O controle de razoabilidade podendo ser chamado de controle em sentido estrito, uma maneira de exigir que todos os atos estatais sejam justos, que sejam razoáveis e proporcionais. Segundo Suzana de Toledo Barros "razoabilidade enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, equidade, traduz tudo aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência e moderação".

O Controle de razoabilidade é constantemente utilizado na jurisprudência do STF, particularmente como menções de bom senso e prudência. A dificuldade de se trabalhar com o princípio da razoabilidade é identificar a aplicação do princípio a cada vez que a jurisprudência utiliza o termo razoabilidade. Entretanto, ao c identificar o controle de razoabilidade como uma exigência genérica e abstrata de prudência e bom senso.

A exigência de razoabilidade pode ser entendida como uma exigência de justiça, que tende a desnaturar o conceito. Por mais que seja desejado, o exercício do poder obedece aos padrões de justiça, a ideia de justiça é tão ampla e ao mesmo tempo tão relativa que essa exigência não se tornou um requisito de validade dos atos estatais. A justiça é conservadora e é o órgão que regula o sistema jurídico, com um valor a ser mantido em mente por todos os envolvidos. Todavia, na atual dogmática jurídica, sustentar que uma lei é injusta não é o único argumento para justificar a não aplicação de uma norma ou a anulação de um ato. Se entendermos a exigência de razoabilidade de uma forma ampla a ponto de a identificarmos com a prudência, o bom senso ou a justiça, terminaremos por inviabilizar a sua utilização como um requisito de validade dos atos estatais.

Podemos considerar o princípio da razoabilidade como uma exigência geral de justiça, no qual a aplicação iria se tornar muito ampla e todas as questões envolveriam esse

[5] CÂMARA. Alexandre Freitas; lições de direito processual civil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, v.1.p.37.

controle. E o resultado dessa ampliação seria a diluição do conteúdo do controle de razoabilidade e a impossibilidade de serem fixados os critérios objetivos para a sua aplicação, já que os critérios que servem para avaliar o bom senso de todas as espécies de atos estatais precisariam ser tão gerais, tão abstratos, que como as ideias de justiça não serviriam como um instrumento adequado para a avaliação da legitimidade dos casos concretos.

A fim de desenvolver o controle de razoabilidade como um instrumento dogmático que funciona como um instrumento de avaliação da legitimidade dos atos estatais é preciso definir com clareza o seu âmbito de aplicação, bem como o seu conteúdo. E é por esse motivo que fazemos a distinção entre a exigência geral de razoabilidade que é derivada da ideia de justiça e o controle judicial de razoabilidade propriamente dito, que opera por critérios que possibilitam ao Judiciário que anule ou que modifique os atos estatais em virtude de critérios de razoabilidade.

Para que possamos utilizar o Princípio da Razoabilidade deve-se utilizar como perfazer três indispensáveis elementos:

- Necessidades de adoção de medidas que restrinjam os direitos somente legitimam-se indispensáveis para o caso concreto e não se possa substituir por outra menos grave.
- Idoneidade ou adequação ou de pertinência, que consiste em que no meio escolhido deve-se ter o objetivo atingido.
- Proporcionalidade em sentido restrito: consiste em investigar o ato praticado, nos termos de realização do objetivo pretendido.

3. O CLAMOR SOCIAL DEVE OU NÃO INFLUENCIAR NAS DECISÕES DOS JUÍZES?

Clamor é um termo que se deriva do latim que tem por significado grito ou à expressão que é pronunciada com vigor, é uma voz lastimosa que reflete aflição, dor, angústia ou desolação. Essa voz pública consiste em muitas pessoas com uma mesma opinião, esse clamor faz se necessário uma atenção maior das autoridades. Essa atenção não é diferente nos julgamentos dos juízes.

A mídia influência a opinião do povo, tornando a pessoa vítima ou culpada, antes de o "acusado" ser julgado pela justiça, condenado culpado ou inocente. Todos os juízes devem cumprir a lei, sendo imparcial em relação aos casos a serem julgados, claro não

deixando de analisar o Controle de Constitucionalidade e o Controle de Razoabilidade. Sua decisão deve se basear os fatos reais, nas provas, no inquérito, no caso a ser julgado na íntegra dos fatos deixando de lado toda a influência midiática, à favor ou contra o réu.

O clamor social não deve assim influenciar nas decisões dos juízes, os juízes devem se basear na lei, nos Controles de Constitucionalidade para analisarem se a sua decisão está de acordo com a constituição, no Controle de Razoabilidade para não exagerar na pena, por exemplo: punir severamente quem cometeu um crime não tão grave, e seguir julgando de acordo com as normas prescritas na lei, na doutrina e na jurisprudência, e não julgar qualquer ação criminal ou de qualquer outra área do Direito de acordo com a opinião manipulada pela mídia a fim de punir severamente ou brandamente de acordo com o clamor social.

4. CONCLUSÃO

Neste trabalho teve-se por objetivo principal apresentar os conceitos dos seguintes Controles: Controle de Constitucionalidade e Controle de Razoabilidade. E no final o julgamento se o clamor social deve ou não interferir nas decisões dos Juízes.

Teve-se como método de pesquisa pesquisas em livros, na Constituição de 1988, doutrinas e jurisprudências, com a finalidade de agregar mais credibilidade e conhecimentos aos temas abordados. Esse trabalho foi dividido em três Capítulos: Controle de Constitucionalidade, Controle da Razoabilidade e a resposta para a seguinte questão: O clamor social deve ou não influenciar nas decisões dos Juízes? .

Houve na resposta a questão proposta a ser respondida a conclusão de que o clamor social não deve influenciar nas decisões dos juízes, os juízes devem se basear na lei, nos Controles de Constitucionalidade para analisarem se a sua decisão está de acordo com a constituição, garantido assim os direitos ali propostos e conquistados.

Deve-se ainda analisar o Controle de Razoabilidade para não exagerar na pena, por exemplo: punir severamente quem cometeu um crime não tão grave, e seguir julgando de acordo com as normas prescritas na lei, na doutrina e na jurisprudência, e não julgar qualquer ação criminal ou de qualquer outra área do Direito de acordo com a opinião manipulada pela mídia a fim de punir severamente ou brandamente de acordo com o clamor social.

Com isso conclui-se que o Controle de Constitucionalidade é a garantia do cumprimento dos Direitos garantidos na Constituição cidadã (Constituição Federal de 1988) e o Controle de Razoabilidade tem como um de seus objetivos a aplicação do "bom senso" no momento do julgamento.

Entende-se que não pode ter (não deveria existir, constitucionalmente dizendo) a interferência do clamor popular nos julgamentos. Afinal todos tem o direito de ter um julgamento justo, baseado nas provas produzidas no curso do processo e não em opiniões disseminadas pelos jornalistas e repelidas por leigos nas redes sociais ou em protestos, não há a previsão legal sobre a interferência do clamor social, portanto conclui-se que o clamor social não deve interferir nos julgamentos.

Para que se haja o cumprimento do devido processo legal e a justiça seja feita é necessário que o juiz se liberte das notícias e opiniões públicas e foque nas provas produzidas no processo.

5. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

Diniz, Márcio Augusto de Vasconcelos, **Controle de constitucionalidade e teoria da recepção**, São Paulo: Malheiros, 1995.

Mendes, Gilmar Ferreira, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

Moraes, Alexandre de, **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Lenza, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPETÁCULO E CORRUPÇÃO: A ESPETACULARIZAÇÃO QUE CORROMPE A COMUNICAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES POLICIAIS

SPECTACLE AND CORRUPTION: THE SPECTACULARIZATION THAT CORRUPTS COMMUNICATION FROM POLICE INSTITUTIONS

Danilo Tosetto [1]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0002-4599-3072

Submissão: 09/10/2022 Aprovação: 02/12/2022

RESUMO:

O artigo em tela tem como objeto esclarecer a realidade contemporânea com relação ao paradoxo entre o servir e ser servido no sentido da comunicação e espetacularização da segurança pública, no qual, agentes policiais têm se confeccionado para lograr capital político e econômico. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do artigo foi pesquisas bibliográficas com a consulta de periódicos e artigos, de modo a ligar a teoria com o fato em concreto. Consequentemente, o artigo conduz um pensamento de crítica ao modo de comunicação da atividade policial, à população, como um espetáculo de entretenimento midiático em detrimento da objetividade de servir a população. Logo, esse artigo expõe um problema que ocorre frequentemente em todas as instituições policiais.

PALAVRAS-CHAVE: Espetáculo e Corrupção. Instituições Policiais. Espetacularização. Comunicação Pública. Linguagem Simples.

ABSTRACT:

The article in question aims to clarify the contemporary reality regarding the paradox between serving and being served in the sense of communication and public security spectacularization, in which police agents have been made to achieve political and economic capital. The methodology used for the development of the article was bibliographic research

[1] Graduado em Direito - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduando em Gestão de Políticas Públicas - Universidade de São Paulo (EACH- USP); Mestrando em Educação - Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). E-mail: dddanilotosetto@usp.br - **Ark:/80372/2596/v9/013**

and consultation of journals and articles, in order to link the theory with the concrete fact. Consequently, the article conducts a critical thought to the way police activity is communicated to the population, as a spectacle of media entertainment to the detriment of the objectivity of serving the population. Therefore, this article exposes a problem that frequently occurs in all police institutions.

KEYWORDS: Spectacle and Corruption. Police Institutions. Spectacularization. Public Communication. Plain Language.

1. INTRODUÇÃO

Diuturnamente, no mundo contemporâneo, milhões de olhares, certamente, assimilam de modo sereno um ideal de felicidade entorno da artificialidade dos eletrodomésticos com interconexão digital e aparelhos de comunicação, com isso, o consumo de objetos, de eventos e de imagens tornaram-se uma meta cultural (DURKHEIM,1981) da sociedade. Dessa maneira, também se percebe que a atividade policial, transmutou-se da estirpe do real e experimentável para o desejável do mundo das imagens, fato que desenvolveu um paradoxo entre o autêntico e o fictício, em outras palavras, entre o servir a sociedade e o exibicionismo. Isto se deu por meio da espetacularização da atividade policial, uma relação promíscua, em que os agentes policiais, com um certo grau de poder discricionário, utilizam imagens, vídeos e recursos midiáticos, relacionados a suas funções cotidianas, para criar uma autoimagem de salvador da pátria.

Destarte, como a população brasileira carrega, em seu ideário, a mistificação de figuras messiânicas (NEGRÃO, 2001) dotadas da responsabilidade de livrar a sociedade da corrupção e dos males da vida, logo, a espetacularização e personificação do agente policial como um salvador, cria uma contradição que não só prejudica o agente policial, de modo individual, como também corrompe a credibilidade das instituições policiais. Sendo assim, o projeto em tela tem a finalidade de esclarecer que o espetáculo da atividade policial, que no contemporâneo tem aparecido em todas as mídias, é um meio de corrupção das polícias e de toda a segurança pública.

Também, o objetivo intrínseco deste trabalho, está diretamente ligado aos princípios constitucionais de proteção da sociedade como um todo, principalmente quando se

pensa no princípio da publicidade interseccionado com o princípio da impessoalidade. Nesse liame, mas de modo discrepante aos princípios constitucionais, a constante midiatização e espetacularização da atividade policial, nos mais diversos meios de comunicação, granjeia como menestrel o entretenimento e a noticialização, porém embaraça as instituições policiais de modo a deixar a credibilidade a mercê das construções de imagens pública controversa, por esse motivo, se agrada o público, o agente individualmente é bem visto, caso não agrade, a instituição policial como um todo, é colocada em condição de reprovação. Desse jeito, a metodologia baseada no empirismo, com a subsunção dos fatos sociais, que são divulgados reiteradamente nas mídias, no espaço amostral dos dois últimos anos até o presente (2019, 2020 e 2021), com tese abstraída da observação que foi articulada como arranjo lógico para o desenvolvimento do artigo, será utilizada para esclarecer uma realidade que desconstrói a imagem e o papel das polícias no país.

Simultaneamente, esse artigo se justifica pela necessidade de enfrentamento das questões cotidianas do trabalho policial, de modo a construir e estimular, de forma concreta, protocolos éticos de atuação direcionados às melhores práticas de trabalho policial. Conjuntura, essa, que poderá facilitar as reflexões sobre os riscos do ofício que exigem do policial uma sólida formação, contínua capacitação e alguma dose de comprometimento (SOUZA, K. 2017).

2. COMPORTAMENTO HIPNÓTICO

Os fenômenos intimamente ligados às manifestações de poder por meio da violência, em toda a história da humanidade, fascinaram as sociedades (ZIZEK, 2014) e ligados a isso o movimento de banalização, sob a diversão furta-cor do espetáculo, domina mundialmente a sociedade moderna (DEBORD, 1997). Em vista disso, a espetacularização das ações de enfrentamento à violência e à criminalidade, direcionadas à promoção pessoal, cria a banalização e naturalização da convivência com a violência urbana, levando assim, toda a sociedade ao comportamento hipnótico do entretenimento espetacular divulgado amplamente com os mais diversos interesses envolvidos.

Ademais, os paradoxos que o agente policial, que por meio do espetáculo, exibe em relação ao seu trabalho nas mídias, frequentemente carregam fortes tendências idealistas de dedicação e de que querem o bem da sociedade. Contudo, como todo o super-

herói que conhecemos, eles apresentam contradições, desilusões e, frente a uma realidade que desconheciam e com a qual não sabem lidar adequadamente, desenvolvem um código de conduta próprio.(SOUZA, A. 2013).

Assim, é comum constatar que as instituições perdem toda a credibilidade, sendo que os próprios agentes policiais não acreditam mais nas instituições, se veem em constante guerra com os denominados agressores da sociedade. (SOUZA, A. 2013) Nesse liame, muitas carreiras da sociedade civil e política podem de modo reiterado serem exibicionistas e hipnóticas, ou seja, quase tudo vira conteúdo midiático ou de redes sociais (hipnose dos likes), pois elas detêm a proteção das liberdades individuais e dos direitos sociais advindos das garantias fundamentais do trabalho e livre iniciativa, de acordo com as normas constitucionais de eficácia plena.

Contudo, o trabalhador das carreiras policiais está submetido às normas, no trabalho público só é permitido fazer o que a lei autoriza, já no privado é lícito fazer tudo que a lei não proíbe. Com essas diretrizes, o agente de segurança pública não tem autorização normativa de criar comunicação na forma espetáculo de entretenimento, ainda mais quando relacionado às suas funções e atividades públicas, mesmo com a existência do princípio da publicidade, os princípios da legalidade e da impessoalidade barram os comportamentos voltados à espetacularização e promoção pessoal do agente público policial. Por fim, esse comportamento torna-se hipnótico não só para a sua plateia mas também para os próprios agentes policiais, que passam a criar uma lógica de justiça própria.

3. A INSTITUIÇÃO E A IMPESSOALIDADE

A defesa das instituições, na atualidade, deve estar calcada na forma jurídica de pensar na lógica normativa, em outras palavras, deve estar alicerçada na cultura juridicamente aceita definida pelo princípio da legalidade. Desta forma, o princípio da legalidade corresponde ao alicerce do Estado de Direito e por isso, o agente policial não pode agir de acordo com a sua vontade, justamente, porque o agente policial deve aplicar a lei de ofício com o devido discernimento para proteger o interesse público em primeiro lugar, o agente público tem, portanto, discricionariedade para agir da forma que avaliar mais conveniente e oportuna, dentro do rol de meios e fins previstos no ordenamento, para a consecução dos interesses públicos diante das variadas situações da vida. (NOHARA, 2016)

Ademais, com a atividade policial pautada em lei, o agente não pode praticar atos senão para satisfazer o interesse público, o que deixa claro a discordância do uso da atividade policial na publicidade e nos programas midiáticos de entretenimento, que aproveitam da atividade policial, em seus programas, o que não somente é inconciliável com o princípio da impessoalidade como também não tem o condão de proteção da sociedade como um todo. No caso concreto, em que os agentes policiais usam a sua atividade para a promoção pessoal, é possível identificar o uso indevido da máquina pública, que é custeada pelo povo, que não deve contemplar os interesses próprios ou de terceiros para a autopromoção. Logo, a manifestação Estatal por meio do agente policial não pode ser confundida com a vontade subjetiva do agente público, caso assim o seja, a manifestação subjetiva tem o poder de corromper a instituição, em outros termos a vontade subjetiva do agente é uma forma manifesta de corrupção.

4. ESPETÁCULO E CORRUPÇÃO

Em primeiro lugar, como já diziam os romanos: "nem tudo que é legal é honesto" (*non omne quod licet honestum est*). Na realidade, o espetáculo exibido pela grande mídia tem a aparência de corretude, contudo, o uso da atividade policial como forma de entretenimento não traz ganhos efetivos à segurança pública, essa espetacularização é a ilegalidade mais grave, é a que se oculta sob a aparência de legitimidade (NOHARA, 2016) . À vista disso, também é preciso salientar que não deve existir nada de secreto na atividade policial, exceto a medidas de segurança pública para a proteção da coletividade, sendo assim, é preciso respeitar o princípio da moralidade da atividade pública, de modo a proporcionar o acesso às informações públicas, em conformidade com a proteção e promoção unicamente das instituições policiais, o que evita a promoção pessoal e a corrupção da corporação.

Ainda, deve ser observada a necessidade de uma comunicação simples e clara, como ensina a jornalista e educadora Heloísa Fischer sobre a comunicação em linguagem clara é visualmente convidativa e fácil de ler porque foi escrita com esta meta. Costuma ter o tom de uma conversa amigável e respeitosa. Reconhece o direito que toda pessoa tem de entender textos relevantes para o seu cotidiano. Sua intenção primordial é esclarecer. (FISCHER, 2017, p.12) Evidentemente, a comunicação do trabalho policial deveria seguir a direção de informação amigável e formação respeitosa na lógica de esclarecer a realidade dos conflitos da vida em sociedade.

Em uma linha divergente, para a grande mídia e agentes policiais "estrelas das redes sociais", o combate à corrupção e a atividade policial tornou-se uma mercadoria que, por meio dos espetáculos, garantem lucros, ganhos de audiência, de capital político e influência. Por isso, quanto mais se faz notar, mais vantagens se apresentam aos "donos do espetáculo" e, como consequência, as instituições policiais ficam cada dia mais vulneráveis à degradação advinda desses "agentes midiáticos" colocando a instituição em uma rota, de mensuração de efetividade e eficiência caliginosa. Nesse pensamento, a corrupção das instituições, provenientes do comportamento dessas "estrelas vampiros", transfigura-se em uma quimera faminta, que destrói a instituição policial e chega a exaurir toda a credibilidade das instituições democráticas que há décadas foram construídas com a constituição cidadã[2].

Não é possível, portanto, que seja admitido a naturalização e banalização do comportamento dos agentes policiais que expõem as corporações nas mídias. Essa midiatização dotada de espetáculo, em todas as suas formas, é uma característica de corrupção que vai além dos ganhos pessoais, esse comportamento destrói toda a atividade policial, que na sua essência, deve ser realizada com eficiência, presteza, perfeição, com rendimentos e ganhos funcionais direcionados unicamente às instituições e indiretamente proporcionando ganhos à cidadania. Destarte, os componentes do indivíduo, que normalmente destacam-se na espetacularização, o afetivo, o cognitivo e o comportamental, devem ser retraídos em prol da profissionalidade do agente e em direção ao enobrecer das instituições policiais.

Afinal, o espírito por trás da midiatização da atividade policial é o mesmo que abarca os aparelhos de construção ideológica da sociedade contemporânea e que se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos. Ainda, é possível citar inúmeros casos em que os agentes policiais acumularam espetáculos em busca de ganhos econômicos e políticos, exemplos não faltam, porém, ao reproduzi-los como exemplo será locupletar os objetivos da própria sociedade do espetáculo.

5. LINGUAGEM SIMPLES

O acesso à comunicação adequada, clara e honesta sobre a segurança pública e sobre a violência tornou-se um desafio diante dos problemas econômicos, sociais e políticos da Vida para Consumo (BAUMAN, 2008). Na atualidade, no Brasil, a racionalidade e a

[2] PORTAL DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada> (acesso em: 09 outubro 2022)

formação da população passam por uma pré determinação de manutenção das hierarquias e da desigualdade, por isso os estudos no campo da linguagem mostram que textos em "obscuranto" trazem dificuldade de leitura não só para pessoas menos escolarizadas, mas também para leitores proficientes.(FISCHER, 2018, p. 13) Da mesma forma, a comunicação da atuação pública das polícias para o privado deve ser a mais objetiva e clara sem a utilização de meios sensacionalistas para garantir o direito de informação da população, isso quer dizer que, os meios de comunicação privados não devem utilizar dos dados, operações, atuações e prestações de serviços públicos policiais como matéria prima da indústria de entretenimento.

Ainda, o obscurantismo, como ferramenta de suspense, faz com que a sociedade se torne refém das informações públicas de atividade policial, criando assim um pânico geral conforme afirma a Profª. Drª. Débora Regina Pastana:

> *"A insegurança observada atualmente está cada vez mais ligada à violência criminal, que, por sua vez, promove a base e o fortalecimento dessa cultura. Essas questões – insegurança, violência e medo – vêm ganhando cada vez mais destaque nas discussões políticas, na imprensa, nas universidades e no cotidiano das pessoas, em virtude da maior sensibilidade a elas e da aparente falta de controle de que se revestem. Nesse sentido, essa cultura representa a somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduzem a ideia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetuam uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos." (PASTANA, 2007, p. 92)*

As aflições da vida em sociedade, normalmente, só ganham atenção quando são exploradas e constantemente divulgadas pela mídia, que de uma reiterada repetição torna-se um hábito. Hábito, esse, que transforma e é transformado pelas relações sociais da forma

mercadoria[3] onde tudo e todos são fontes de compra e venda. Assim, quando as mídias e jornais televisivos decidem cobrir, em suas primeiras páginas, as violências cotidianas que comovem a população, a comercialidade, advinda do potencial de prender a audiência, faz com que a busca constante por violências, com poder de comoção, torne-se a tábua de salvação do momento na busca por audiência. Por essa estrutura, da comercialização, a atividade policial tornou-se essa tábua de salvação, que a todo o momento fornece o espetáculo do momento.

Pois bem, é perceptível que os mal-estares sociais não têm uma existência visível senão quando se fala deles na mídia, isto é, quando são reconhecidos como tais pelos jornalistas. (BOURDIEU, 1997, p. 63) Com essa diretriz, os noticiários aumentam o medo da violência na população e, no sentido mercadológico, desenvolve uma íntima e subjetiva determinação em busca da vingança privada. Isso tudo, com a falta de clareza de dados referente ao nível de violência, por utilizar, dia após dia, um caso de violência diverso do outro na forma de espetáculo, além de utilizar alguns agentes públicos da polícia, de modo pontual, para reforçar uma narrativa de vingança privada sobre o caso, que na próxima ocorrência será deixado de lado.

Por isso, a comunicação e divulgação de ocorrências policiais precisa ser determinada em conformidade com as condições necessárias para a probidade e da linguagem simples na busca de diminuição dos mal-estares da sociedade brasileira.

6. VINGANÇA E PUNITIVISMO

No contemporâneo, o acesso ao serviço educacional, médico, habitacional, entre tantos outros são mitigados, com a utilização o "pretexto" da reserva do possível[4], que "advém" da limitação orçamentária, afirmando-se, com outra expressão, o cobertor do Estado é curto. À vista disso, com a segurança pública não é diferente, a desigualdade e falta de acesso é naturalizada, por isso é comum se perceber que o desejo de vingança, latente na

[3] No Brasil, uma sociabilidade assentada em formas capitalistas: exploração do trabalho sob forma assalariada, domínio da forma mercadoria, orientação plena à acumulação, política assentada sobre a forma estatal, forma de subjetividade jurídica organizando as relações as relações e os vínculos sociais (MASCARO, 2022, p. 272)

[4] O jurista e constitucionalista Portugues, José Joaquim Gomes Canotilho, ensina que rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.(CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481)

sociedade, que se tornou um ativo político e de politização ideológica.

Esse fato social, tem como consequência a capacidade de deslegitimar a persecução penal e qualquer outro trabalho do Estado direcionado à reintegração do ser humano e, dessa maneira, com a falta de acesso à informação adequada sobre a violência e os conflitos sociais, o espetáculo midiático torna-se o meio de formação da concepção do comportamento da sociedade brasileira. Nesse paradoxo civilizatório, surge, então, a vingança privada, com os termos "bandido bom, bandido morto"[5] amplamente divulgado pelas mídias e também "um ideal" dos linchamentos, que indicam uma cultura popular, que é presente nas circunstâncias resultantes do desenvolvimento e da modernização excludentes no Brasil.

Em vista disso, para o brasileiro, há uma razoável gradação de diferenças em relação a esse modelo de conduta de multidões, como também há na história de linchamentos em outros países. Ainda assim, os linchamentos decorrem, na maioria dos casos, do elemento qualitativamente novo constituído pela reunião ocasional de grande número de pessoas e a consequente formação da multidão. Esta age como se fosse uma espécie de segunda e coletiva personalidade dos indivíduos (MARTINS, 1996, p. 14*)* Nessa realidade da sociedade brasileira, o sentido da forma prisão no sentido amplo, ensinada por Michel Foucault, no qual, todos estão inseridos de modo a reproduzirem a sociabilidade excludentes, com o de dentro e o de fora, levando à uma sequestração[6] do cidadão por meio do espetáculo da violência exibido diuturnamente nas mídias.

Efetivamente, como explica Michel Foucault, as manifestações punitivas não passam de vingança coletiva e vingança privada, mostrando por que a Justiça deixou de aplicar torturas mortais e passou a buscar a "correção" dos criminosos. Porém, uma grande parte da sociedade e do Estado busca no punitivismo os fenômenos intimamente ligados às manifestações de poder por meio da violência, que em toda a história da humanidade, fascinaram as sociedades (ZIZEK, 2014) e ligados a isso o movimento de banalização da violência e o punitivismo, sob a diversão furta-cor do espetáculo, domina mundialmente a

[5] "Bandido bom é bandido morto", dizem 60% dos brasileiros. <https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/401711699/bandido-bom-e-bandido-morto-dizem-60-dos-brasileiros> (acesso em: 09 outubro de 2022)

[6] Para que serve a sequestração? Seu primeiro objetivo é submeter o tempo individual ao sistema de produção, mais exatamente a três elementos seus. É preciso submeter o tempo da vida aos mecanismos, aos processos temporais de produção. É preciso que o indivíduos estejam ligados a um aparato de produção segundo certo uso do tempo, que prossegue de hora em hora e fixa o indivíduo ao desenrolar cronológico da mecânica produtiva; isso exclui todas as irregularidades do tipo faltas, farras, festas etc. É preciso que os indivíduos sejam submetidos não só à cronologia de produção, mas também aos ciclos da atividade produtiva. (FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone Benedetti. São Paulo: Editora WMF; Martins Fontes, 2015. p. 210)

sociedade moderna (DEBORD, 1997).

Em consequência, a espetacularização das ações de enfrentamento à criminalidade por meio da mídia em geral, cria a banalização e naturalização da convivência com a violência urbana, levando assim, toda a sociedade ao comportamento hipnótico do entretenimento espetacular divulgado amplamente, em todos os meios de comunicação, com os mais diversos interesses envolvidos. Sendo assim, as manifestações contrárias voltadas ao direcionamento à promoção da dignidade humana na relação de acesso entre o público e o privado, em específico quando se fala em educação e reintegração, são descredibilizadas as normas e tratados internacionais de Direitos Humanos, fomentadas, amplamente por esse punitivismo espetacularizado, no intuito de criar rivalidade e ódio contra a própria população, com a utilização de termos e bordões punitivistas como "Direitos Humanos para humanos direitos"[7].

Na lógica apresentada, pela legalidade, as leis penais e de execução penal tem como dever a busca pela recuperação do indivíduo desviante e a promoção dos meios necessários para esse fim, mas não se pode negar que o sentimento de vingança e de punitivismo que permeiam a sociedade são preponderantes. Sendo assim, a lógica dos valores que transpassam nossa sociedade, das metas culturais ou sociais capitalistas (MERTON, 2013) em relação aos fatos que acontecem no cotidiano, são direcionados à lei penal com o objetivo da punição, em vez de se buscar e pensar em incluir, tratar, acolher ou recuperar o desviante, direcionando, assim, todos os movimentos para a punição.

Essas relações de degradação humana, deixam claro, de modo empírico, que a relação do direito na formação educacional formal, informal e não formal precisa, de todas as formas possíveis, construir um novo caminho a ser trilhado pela população brasileira, caminho esse que dê ao povo o condão de respeito à dignidade humana, em direção a destruição da ideologia revanchista expiatória em que a sociedade brasileira está mergulhada. Essa lógica deve sobrescrever a naturalização da degradação humana contemporânea, isso, para desconstruir o revanchismo punitivista que se assemelha ao que acontecia no período monárquico descrito por Foucault. Assim, o primeiro capítulo do livro vigiar e punir de Michel Foucault de título, O corpo dos condenados, nos revela uma sociabilidade controlada por castigos exemplares, como o relatado a seguir:

[7] Direitos humanos para humanos direitos <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/486346808/direitos-humanos-para-humanos-direitos> acesso em: 09 outubro 2022

> *[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 2013, p. 8)*

Os períodos que sucederam o relatado por Foucault, vieram os iluministas que acreditavam na propagação do conhecimento, na constante busca pela razão em detrimento do pensamento religioso e em continuidade muitas outras escolas surgiram para criar uma sociabilidade "civilizada", isso tudo até os dias atuais. Porém, ao percebermos que no mundo contemporâneo ainda estamos linchando pessoas em praça pública e jogando seres humanos em “masmorras” a racionalidade da construção social de nossa coletividade torna-se questionável na sua essência.

Essência essa, em um contexto de exclusão econômica e social, que prefere a degradação do ser humano do que a sua regeneração. Assim, como ensina o professor, cientista político e historiador brasileiro José Murilo de Carvalho, o Brasil, ao longo de sua história, prioriza a distribuição de direitos formais e deixa em segundo plano a possibilidade de acesso aos direitos materiais, dessa maneira, as relações de raça e de negação acesso material (fome e miséria) formam o cerne da degradação social em que o brasileiro carrega. De modo complementar, Sérgio Buarque de Holanda em seu livro Raízes do Brasil afirma que a relação clientelista em que o privado faz mais sentido que o público, e ele é relegado ao sentido dos favores, afinidades e amizades. (HOLANDA, 1995, p. 112) colocando assim a pessoalidade das escolhas e demandas públicas em direção à atender os afins. Logo, a luta

por igualdade formal e material permaneceu por longos períodos no Brasil e até hoje insiste em afrontar a população brasileira negando o acesso digno à educação, à informação de qualidade, à segurança, entre tantas outras necessidades da sociedade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma geral de aparelhagem que a espetacularização, no trabalho das forças policiais, desenvolve está diretamente ligada ao mundo midiático que usa a violência como o ópio de entretenimento da população. De modo inegável, os interesses públicos e privados se misturam em direção ao sucateamento e degradação das forças policiais do Estado. Além disso, como exemplificado no artigo, a espetacularização feita por meio dos agentes policiais tem a anátema que desonra as instituições de segurança pública.

Assim, como esclarece o Prof. Dr. Alysson Mascaro, dois polos, seja progressista de Vargas e Lula, seja regressista, da UDN ao bolsonarismo, compreendem arraigados movimentos práticos de luta social que remontam sempre às bases capitalistas. A esquerda brasileira, via de regra, não é socialista, mas sim defensora de um capitalismo socialmente inclusivo; a direita busca uma maximização da exploração que achata a classe trabalhadora e o mercado interno e o coloca em subordinação. (MASCARO, 2022, p. 278) Nessa situação, o direito de o acesso às informações corretas sobre a segurança pública deve ser coordenado de modo a remover o sensacionalismo midiático e tornando, assim, as notificações jornalísticas em direção à construção de um país justo.

Essa realidade, de degradação das instituições do Estado, deve ser percebida como um problema efêmero, em outras palavras, de fácil resolução, isso por meio da criação de protocolos ou procedimentos padrões, voltado a implantação de um código de ética e que estabeleça uma linha de atuação e exposição simplificada para a publicidade do trabalho policial, seguindo os princípios da comunicação com linguagem simples.

Sendo assim, a publicidade deve ser feita de modo a carregar a sociedade como a protagonista da segurança pública e as forças policiais como coadjuvantes. Por isso, as corporações e instituições policiais devem combater rigorosamente a exposição da atividade policial por meio de seus agentes, isso de modo a desenvolver uma cultura de valorização do coletivo policial e não mais do indivíduo.

8. BIBLIOGRAFIA

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2ª ed., 2002.

CÓDIGO PENAL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre; A Miséria do Mundo. com contribuição de A. Acardo… |et, al.| - Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

BURGESS, Anthony. Laranja Mecânica. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2004

DEBORD, Guy. A Sociedade do Espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DURKHEIM, Émile. Sociologia. Tradução de Laura Natal Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Ática, 1981.

FISCHER, Heloisa, Clareza em textos de e-gov, uma questão de cidadania. 1ª ed. Rio de Janeiro, 2018

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone Benedetti. São Paulo: Editora WMF; Martins Fontes, 2015a. (Coleção obras de Michel Foucault)

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL. Rio de Janeiro.

MASCARO, Alysson Leandro, Sociologia do Direito - 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MARTINS, José de Souza. Linchamento, o lado sombrio da mente conservadora. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S.Paulo, 8(2): 11-26, outubro de 1996.

MERTON, Robert K., 1910-2003 Ensaios de sociologia da ciência / Robert K. Merton; organização e posfácio de Anne Marcovich e Teriy Shinn; tradução de Sylvia Gemignani Garcia e Pablo Rubén Mariconda. — São Paulo: Associação Filosófica Scientiae Studia/Editora 34, 2013 (ia Edição). p. 304

NEGRÃO, Lísias Nogueira. (2001). Revisitando o messianismo no Brasil e profetizando seu futuro. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 16(46), 119-129.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo, 6ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2016.

PASTANA, Débora Regina. Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo - Estudos de Sociologia, v. 12, n. 22, 2007.

SOUZA, Adilson Paes de. O Guardião da Cidade: reflexões sobre casos de violência.São Paulo: Escritura Editora, 2013.

SOUZA, Kel Lucio Nascimento de. OS RISCOS DA ATIVIDADE POLICIAL. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 63-66, set./dez. 2017

ZIZEK, Slavoj. Violência: seis reflexões laterais. São Paulo: Boitempo, 2014.



ANÁLISE DE CONTEÚDO DA FALA DE VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADAS POR LÍDERES RELIGIOSOS QUE AS LEVA A VIA CRUSIS DO DANO EXISTENCIAL

CONTENT ANALYSIS OF THE TESTIMONY OF VICTIMS OF SEXUAL VIOLENCE BY RELIGIOUS LEADERS THAT LEADS THEM TO A VIA CRUSIS OF EXISTENTIAL DAMAGE

Talitha Camargo da Fonseca [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8433-4037

Submissão: 15/11/2022 Aprovação: 02/12/2022

RESUMO:

O presente artigo propõe uma análise de conteúdo sobre a capa e parte da matéria jornalística da revista Veja, editora Abril, edição nº 2643, ano 52, nº 29, publicada em 17 de julho de 2019, páginas 64 a 70, e nota Demissional da Cúria Diocesana de Limeira, publicada em 11 de março de 2022. Tendo como meta apresentar uma análise teórico-analítica sobre o conceito relações hierarquizadas, em um ambiente monológico, que propiciou a violência sexual contra criança, adolescentes, e jovens adultos, tendo como autores líderes religiosos. Ao observar a pós-violência vivenciada pelas vítimas, este artigo traz como metáfora interpretativa o sofrimento que lhes provoca dano existencial - em flagrante violação de direitos humanos, tendo a Via Crusis como metáfora. Entre os autores utilizados para que se realizasse a análise está Laurence Bardin.

PALAVRAS-CHAVE: Fé. Violência. Análise de Conteúdo. Violação de Direitos Humanos.

[1] Bacharelado em Direito – UNISAL (2012), especialização em Direito Público – UNIDERP (2018), mestranda em Ciências Tecnologia e Sociedade - UFSCAR (2020- 2022). Está registrada como jornalista, atua como advogada, têm experiência na área de direito constitucional e convencional com ênfase em violações de direitos humanos por instituições; direito administrativo; com ênfase no processo legislativo, orientações e ações afirmativas no âmbito das políticas públicas no Brasil. Membro do conselho jurídico consultivo do mandato da deputada estadual Leci Brandão, membro do conselho jurídico consultivo do Instituto Brasil Palestina (IBRASPAL), membro fundadora da Frente Ampla Democrática Pelos Direitos Humanos (FADDH). E-mail: talithacamargoadv@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v9/014**

ABSTRACT:

This article analyses part of the journalistic article of Veja magazine, Abril publishing house, issue nº 2643, year 52, nº 29, published on July 17, 2019, pages 64 to 70, and Demitional note of Diocesan Curia of Limeira, published on March 11, 2022. Aiming to present a theoretical-analytical analysis on the concept of hierarchical relationships, in a monological environment, which led to sexual violence against children, teenagers, and young adults, having as authors religious leaders. Observing the post-violence experienced by victims, this article brings as an interpretive metaphor the suffering that causes them existential damage - in flagrant violation of human rights, having the Via Crusis as a metaphor. Among the authors used to carry out the analysis is Laurence Bardin.

KEYWORDS: Faith. Violence. Content analysis. Violation of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

Para adentrar a Via Crusis das vítimas, nos valemos primeiramente da etimologia da palavra "Deus", que decorre da palavra "*Dyaus"* (DE CHILE, 2022) do védico-sânscrito, cujo significado é "luz brilhante e serena", tendo a mesma origem no latim "*dies*" (DE CHILE, 2022) - "dia", assim interpretamos que a função do dia é abrir o horizonte, afastando a escuridão.

Neste sentido, quando há luz ficamos livres para caminharmos, nos aproximando e enxergando o outro. Enquanto há ausência de luz, ou seja, escuridão, ficamos receosos em nos movimentar e nos aproximar do todo, já que a ausência de luz nos priva da visão do ambiente, e consequentemente daqueles que estão a nossa volta, nosso próximo. Para os fins deste artigo, as religiões estão imbuídas da função social e política de entregar a cada fiel a possibilidade de luminosidade necessária para enxergarem para além da escuridão do nosso próprio eu, imposta por tensões históricas que a humanidade carrega desde tempos imemoriais.

Sobre a humanidade Herrera (1982), nos apresenta que apenas o Homo Sapiens constitui cultura. Os outros animais constituem apenas sociedade. De tal modo, a diferença entre os conceitos de cultura e sociedade consiste na sua historicidade, que evolui com o tempo, como um produto acumulado de criatividade individual e social, e em consonância ao seu sistema de elementos não materiais, como os valores éticos, estéticos, ideológicos, filosóficos e teóricos, que se tornam elementos importantes para a estrutura da edificação social. Algumas ações individuais ou em grupo, muitas vezes não corresponde a satisfazer as solicitações da sociedade, assim são desaprovadas por determinada cultura que as nomeia como pecados ou crimes.

No Brasil, há crime quando ocorre constrangimento de alguém mediante violência ou grave ameaça a praticar ato libidinoso, conjunção carnal vaginal, anal ou oral. E, também, quando há constrangimento de alguém com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual. A apuração desses crimes no Brasil, ocorre pelo Poder Judiciário, tanto que parte do conteúdo de análise da palavra de vítimas de crimes cometidos por membros do clero da Igreja Católica Apostólica Romana, foram apurados concomitantemente pela justiça brasileira, e justiça canônica, tendo a última seu tribunal situado em Roma.

A maioria dos crimes sexuais são cometidos às ocultas e sem a presença de testemunhas, assim sendo de real valor probatório as declarações das vítimas. Logo, quando analisamos o conteúdo da reportagem, não nos aprofundamos na religião ou nos crimes, mas nos significantes.

Sobre o significante da palavra religião, Mircea Eliade (p. 14, 1992) em *O Sagrado e o Profano: A Essência das Religiões*, exprime que seria o movimento de transição entre a visibilidade e a ausência de luz. Sendo a iluminação a possibilidade de visualizar o ambiente, objetos e pessoas, assim conseguindo dar sentido ao que antes não estava disposto aos olhos. Entendemos assim, que para Eliade "o sagrado" é a função de dar sentido.

Propondo analisar as palavras de vítimas de violências sexuais praticadas por sacerdotes, nos propomos a entender se a função de dar sentido à vida, ainda está presente nas vítimas, ou foi-lhes retirada uma possibilidade de sagrado. Para isso escolhemos a análise do conteúdo como procedimento metodológico da observação de Laurence Bardin, considerando a abrangência em compreender o seu modo de funcionamento no conteúdo. O conceito de valoração é aqui empregado em sua relação com a ideologia e a linguagem.

Para a análise de conteúdo, ocorreu a escolha do documento capa e matéria jornalística da Revista Veja, Editora Abril, edição nº 2643, ano 52, nº 29, de 17 de julho de

2019, páginas 64 a 70, e nota Demissional da Cúria Diocesana de Limeira, como corpus de análise, assim estabelecendo o "universo de documentos de análise [...] determinado a priori. [...] O corpus é o conjunto dos documentos tidos em conta para serem submetidos aos procedimentos analíticos". (BARDIN, p. 124, 2011).

O presente artigo se dividirá em 15 partes, nas quais será analisado o funcionamento e a materialização da análise valorativa do conteúdo, em relação às violações sexuais cometidas por líderes religiosos, à luz das 14 estações da *Via Crucis*, e o calvário em vida das vítimas. Por meio da Análise de Conteúdo, proposta por Bardin, procurando demonstrar se os objetivos da

> *[...] superação da incerteza: o que eu julgo ver na mensagem estará lá efetivamente contido, [...]*
> *E o enriquecimento da leitura: [...] Pela descoberta de conteúdos e de estruturas que confirmam (ou infirmam) o que procura demonstrar a propósito das mensagens, ou pelo esclarecimento de elementos de significações suscetíveis de conduzir a uma descrição de mecanismos de que a priori não possuímos a compreensão (BARDIN, p. 35, 2011) (grifo nosso).*

Esta análise do presente artigo não é exaustiva, uma vez que a valoração implícita em um conteúdo pode ser relacionada a outros conceitos, mas atinge acabamento no que se refere à inter-relação entre linguagem e ideologia, mediada pelo conceito de autoridade que emite o enunciado, e sua própria configuração simbólica de filiação, tal qual indicado no capítulo a seguir.

2. O SENHOR DOS PASSOS

Segundo o dicionário etimológico, a palavra "senhor", tem sua etimologia no latim, "*seniorem" (DE CHILE, 2022).* Como aquele indivíduo mais velho, entre as muitas definições, no presente artigo, senhor será utilizado como '*dominus" (DE CHILE, 2022)* "aquele que tem domínio e o poder sobre algo ou alguma coisa". No que tange a palavra

"passo", substantivo masculino, tem sua etimologia no latim, "*passus" (DE CHILE, 2022)*, tem significado de degrau, e também entre as muitas definições permitidas, aqui será utilizada para definir "aquilo que acompanha um fato". Entretanto, para analogia neste artigo, se utilizará o significado dos "Passos da Paixão; Paixão", por sua vez, substantivo masculino, também de etimologia derivada do latim, "*passio" (DE CHILE, 2022)*, do verbo "*patior"* que significa sofrer, de onde também se deriva a palavra "*phatos"*. Quando grafada em letra inicial maiúscula, Paixão tem o significado de "sofrimento e a morte de Jesus Cristo na Cruz".

Assim interpretou-se "O Senhor dos Passos", como aquele que é "dono" e "dominador" de um sofrimento. O Senhor dos Passos, título dado à figura de Jesus Cristo, em uma invocação da Igreja Católica Apostólica Romana, ao relembrar os momentos do Filho de Deus em sua Paixão, recordando o trajeto percorrido por Ele na Via Crusis, até chegar ao monte Calvário, localizado aos arredores de Jerusalém, aonde Jesus Cristo teve o fim da tortura de sua vida humana com a morte literal.

A devoção da Igreja Católica Apostólica Romana e dos seus fiéis em percorrer a Via Dolorosa, também chamada de *Via Crucis*, ou Via Sacra, está na experiência espiritual, em visitar e percorrer o caminho ao monte Calvário percorrido por Jesus Cristo. Essa devoção do caminho da dor e do sofrimento percorrido por Jesus Cristo cresceu de forma exponencial no século XVI, momento da história em que foram fixadas as 14 estações, locais onde os fiéis param em devoção e oração às memórias mais marcantes do caminho ao monte Calvário, como uma experiência de superação da dor e sofrimento da figura do Pai Celeste, que em transferência também poderia levar o fiel a superar suas próprias dores.

Assim, somos convidados a partir de agora a adentrar o estranhamento, com base no nosso encontro com a descrição das vítimas da dor por elas cotidianamente vivenciada; tomados não menos que por um forte afeto de empatia às vítimas, afeto vivenciado por Jesus Cristo em vida, quando substituiu todos os mandamentos bíblicos do velho testamento pelo mandamento "amai ao próximo como a ti mesmo".

Os estágios de negação de realidade, repúdio às atitudes violentas vivenciadas e os sentimentos de raiva, nojo, despersonalização e intensa indignação, cíclica e continuadamente vivenciados pelas vítimas serão analisados estabelecendo-se as analogias propostas. Ao interpelar o Conteúdo como Ação, utilizando a capa e parte da reportagem da revista Veja, de julho de 2019. Bem como a Nota Demissional de um padre. Transforma-se o conteúdo da fala das vítimas em unidades de registro, definidas por Bardin como

> *unidade de significação codificada e corresponde ao segmento de conteúdo considerado unidade de base, visando a categorização e a contagem frequencial. A unidade de registro pode ser de natureza e de dimensões muito variáveis [...] executam-se recortes a nível semântico, por exemplo, o "tema" enquanto outros são feitos a um nível aparentemente linguístico, como a "palavra" ou a "frase" (idem, p. 134, 2011).*

No presente artigo, as unidades de registro foram as frases, compostas por palavra, menor unidade de registro usada, não tem definição precisa em linguística, "contudo uma precisão linguística pode ser suscitada se for pertinente. Todas as palavras do texto podem ser levadas em consideração, ou pode-se reter unicamente as palavras-chaves ou palavras-temas" (idem, p. 134, 2011). E o tema, a noção largamente utilizada em análise temática, é característica da análise de conteúdo, ou seja, da afirmação de determinado assunto (grifo nosso).

Passando assim, para o tema da primeira Estação, ao título da capa da revista, e do conteúdo da nota demissional, temos a uma interessante contraposição de palavras, que definem como a violência analisada na denúncia das vítimas e a conclusão da justiça canônica se comunicam.

3. PRIMEIRA ESTAÇÃO: JESUS NO HORTO DAS OLIVEIRAS

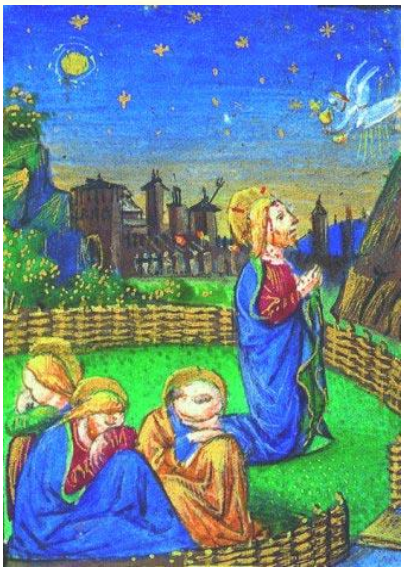


Imagem 1

3.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO LUCAS. 22, 39-46

> *"Saiu, então, e foi, como de costume, para o Monte das Oliveiras. E os discípulos seguiram também com Ele. Quando chegou ao local, disse-lhes: 'Orai, para que não entreis em tentação'. (...) Então, vindo do Céu, apareceu-lhe um anjo, que o confortava. Cheio de angústia, pôs-se a orar mais instantemente, e o suor tornou-se-lhe como grossas gotas de sangue, que caíam na terra. Depois de ter orado, levantou-se e foi ter com os discípulos, encontrando-os a dormir, devido à tristeza. Disse-lhes: 'Por que dormis? Levantai-vos e orai, para que não entreis em tentação' (TEXTO BÍBLICO, PRIMEIRA ESTAÇÃO, VATICANO, 2022).*

A passagem pela primeira Estação, assim como pelas demais, é trazido do texto bíblico, disponível no site do Vaticano, trazendo o texto com a narrativa supra, para o entendimento da especificidade do sofrimento dos casos de abusos sexuais, dialogando com o reconhecimento de responsividade de um conteúdo, que é feito nesse próprio artigo, de modo a compreender, o que se convoca contra a palavra falada pelas vítimas e as palavras escrita na bíblia.

As frases, 'Orai, para que não entreis em tentação', 'Por que dormis? Levantai-vos e orai, para que não entreis em tentação', a mensagem de oração para afastar a tentação aqui será interpretada não no seu aspecto religioso, mas na observação da própria humanidade em se construir como humana todos os dias, afastando a tentação, ou seja, de não controlarmos nossos instintos animalescos.

Sobre o celibato e a proibição dos clérigos em casar-se recordamos que o papa Vítor II, foi o último pontífice a ser indicado por um imperador.

> *"Pouco depois, a Igreja estabeleceu uma nova forma de eleição do papa, na qual apenas os cardeais teriam poder de votar. A própria palavra cardeal parece derivar de um*

termo que significava dobradiça ou articulação. Esses sacerdotes eram, inicialmente, os párocos titulares das principais igrejas de Roma. [...]. Nessa mesma época, aliás, tornou-se ilegal o casamento dos padres. Com essa restrição, garantia-se o alinhamento do interesse dos sacerdotes, que não mais podiam ter herdeiros (NEVES, p.38, 2020).

Fazendo assim que surgisse nos primeiros sessenta anos do ano mil, um corpo de sacerdotes voltados a viver Igreja e pela igreja, abdicando assim de relações sociais que pudessem diminuir o poder político e econômico da instituição.

O título capa da revista "livrei-nos do mal" (Jr. Et al, 2019) e a nota de desligamento do sacerdote "[...] o Papa Francisco, por solicitação da Congregação para a Doutrina da Fé, após procedimento canônico próprio, decidiu pela aplicação, para o bem da Igreja, de pena de demissão do estado clerical ao senhor Pedro Leandro Ricardo [...]" (Diocese de Limeira, 2022).



Imagem 2


CÚRIA DIOCESANA DE LIMEIRA

Limeira, 11 de março de 2022

NOTA

A Diocese de Limeira faz saber que o Santo Padre, o Papa Francisco, por solicitação da Congregação para a Doutrina da Fé, após procedimento canônico próprio, decidiu pela aplicação, para o bem da Igreja, da pena de demissão do estado clerical ao senhor Pedro Leandro Ricardo.

A partir da data de hoje, após a devida notificação, o senhor Pedro Leandro Ricardo, não poderá mais exercer, válida e licitamente, o ministério sacerdotal.

Exortamos a todos a filial comunhão para com o Santo Padre, o Papa Francisco.

+ José Roberto F. Palau

Dom José Roberto Fortes Palau
Bispo Diocesano de Limeira

RUA PROFA. ANITA CONCILIA B. CLEMENTE DOS SANTOS, 260 . VILA FIOR . CEP: 13482-279 . LIMEIRA - SP
CONTATO@DIOCESEDELIMEIRA.ORG.BR - WWW.DIOCESEDELIMEIRA.ORG.BR - CNPJ: 47.949.636/0001-19

Imagem 3

Nos deparamos com as frases "*Livrai-nos do mal*", e "para o bem da Igreja", na primeira fazendo referência ao enunciado final, expresso na oração denominada "Pai Nosso", reconhecendo como o mal, aquele que é contrário ao bem, e deve ser interrompido, que coaduna com o conteúdo da nota demissional do padre, que ao empregar a frase "para o bem da Igreja", demonstra a extirpação do mal, em prevalência naquela instituição.

A palavra "bem" que deriva do latim bene e bônus (DE CHILE, 2022), cujo significado aqui empregado é "eficiente", ou seja, aquele que agindo consegue ser bom, consegue ser eficaz em controlar seus desejos e enxergar o phatos do outro. Enquanto a palavra "mal", deriva do latim malus, malevo (DE CHILE, 2022), aquele contrário ao bom, aquele entregue a malícia, aquele que ainda não galgou degraus da escada da civilização e ainda tem que agir pela forma mais instintiva e animal.

Na abertura da reportagem há o emprego do título "abusos da fé", que pressupõe um excesso na religião, ou da religião.



GERAL CRIME

ABUSOS DA FÉ

Menores atacados por três padres do interior paulista revelam – pela primeira vez e anos depois – seus dramas. Eles são testemunhas do escândalo que provocou a renúncia do bispo que protegia os pedófilos

JOÃO BATISTA JR., ADRIANA DIAS LOPES E EDOARDO GHIROTTO

O pecado abjeto foi premeditado em detalhes. Após celebrar uma missa na zona rural de Araras, cidade a 180 quilômetros de São Paulo, o padre Pedro Leandro Ricardo convidou o coroinha Ednan Aparecido Vieira, então com 17 anos, para dormir na casa paroquial. A desculpa: estar a postos no dia seguinte para ajudá-lo na missa do domingo de manhã. Embora soubesse que não haveria mais ninguém na residência, o menino jamais desconfiaria que estava prestes a cair em uma arapuca. Chegando ao local, o clima começou a ficar estranho com as perguntas do anfitrião, que só queria saber da vida íntima do garoto. Tinha namorada? Qual era seu tipo físico preferido de menina?

Passado um tempo, o homem se retirou para tomar banho e a jovem visita ficou vendo TV na sala. Na sequência, começou o inferno. O padre, então com 32 anos, revelou suas verdadeiras intenções ao aparecer na sala vestido apenas com uma cueca samba-canção. Seu estado de excitação marcava o tecido da peça. Começou a se masturbar e pediu que o adolescente fizesse sexo oral nele. Ao ouvir a recusa, avançou para cima do menino e começou a tocar suas partes íntimas, tentando forçar a relação. Em estado de choque, Ednan nada fez em um primeiro momento, até que conseguiu reunir coragem para se levantar e interromper o ataque. No dia seguinte, o padre celebrou a missa na Paróquia São Francisco de Assis como se nada tivesse acontecido. Mesmo traumatizado, o coroinha fez normalmente o trabalho na celebração, auxiliando o monstro que havia tentado molestá-lo na noite anterior. Uma semana depois, o padre dispensou os serviços do rapaz. O jovem era órfão de pai, e a mãe fazia parte do grupo de catequistas da paróquia. Devido a essa influência religiosa, Ednan servia a igreja havia dez anos com devoção. "Padre Leandro era como um pai para mim", conta.

O relato do ex-coroinha faz parte de um dos maiores escândalos da história recente da Igreja Católica brasileira. Padre Leandro tem atualmente 50 anos. As barbaridades que cometeu nas sombras durante décadas só começaram a ficar conhecidas nos últimos meses. Ednan integra o grupo de seis pessoas — três homens, duas trans e uma mulher — que o denunciaram. Nesta reportagem de VEJA, pela primeira vez, elas revelam seus dramas. Até pouco tempo atrás, o clérigo era conhecido apenas como um líder carismático que cuidava de seu rebanho na periferia de Araras. Sua verdadeira face foi revelada em dezembro de 2018, quando a advogada Talitha Camargo da Fonseca e o produtor audiovisual José Eduardo Milani enviaram um dossiê de 68 páginas ao Vaticano para denunciá-lo, incluindo relatos das vítimas, que são representadas por Talitha. Todas prestaram depoimento há duas semanas na Polícia Civil de São Paulo.

Segundo elas, Leandro contava com a proteção de dom Vilson Dias de Oliveira, bispo emérito da Diocese de Limeira, jurisdição que representa dezesseis cidades do interior de São Paulo. Sem a intervenção das autoridades eclesiásticas de fora do país, que obedecem a uma diretriz do papa Francisco, tais crimes poderiam permanecer impunes. Agora, há uma esperança de que os malfeitos tenham consequências. Dois meses após o Vaticano receber o calhamaço com as denúncias, Leandro acabou afastado das funções de padre e de reitor da Basílica de Santo Antônio de Pádua e está impedido de celebrar missas até a conclusão da investigação. Mas continua recebendo cerca de 9000 reais, entre salário e benefícios. O bispo Vilson, que o protegia, renunciou ao cargo quando o escândalo veio à tona. "Ele cansou de receber denúncias a respeito do padre Leandro, mas nunca fez nada", diz a advogada Talitha.

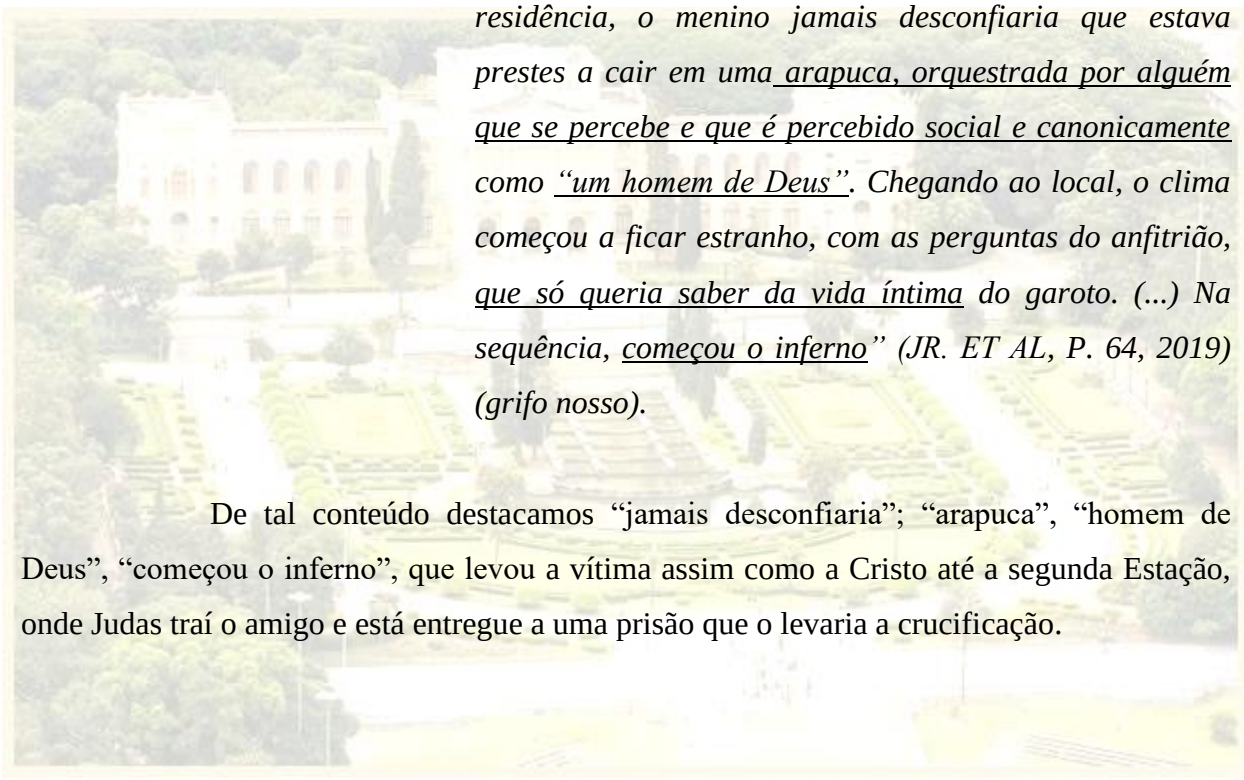
Regra no Brasil e no exterior por muito tempo, a tática de acobertamento tem uma chance real de ser banida. Em fevereiro deste ano, o papa Francisco abriu um evento destinado a discutir o abuso sexual contra menores cometido por membros do clero. Para o encontro, denominado "A proteção de menores na Igreja", o pontífice convocou 114 presidentes de conferências episcopais, como a CNBB, cardeais e embaixadores. Em uma atitude ainda mais ousada, Francisco estendeu o convite a vítimas de padres, na esperança de que seus depoimentos sensibilizem o clero para que ações de combate àquelas práticas alcancem, de modo muito contundente, as dioceses. Três meses depois, publicou um *motu proprio* (carta emitida di-

64 17 DE JULHO, 2019

Imagem 4

Dando seguimento às 14 estações da Via Dolorosa, que foi imposta como sofrimento final a Jesus Cristo, passemos a analisar a reportagem da revista, iniciada na página 64, em observação ao §1º, 2º, 3º e 4º:

> *"Após celebrar uma missa na zona rural de Araras, cidade a 180 Km de São Paulo, o padre (...) convidou o coroinha (...), então com 17 anos, para dormir na casa paroquial pondo a desculpa: estar a postos no dia seguinte para ajudá-lo na missa do domingo de manhã. Embora soubesse que não haveria mais ninguém na residência, o menino jamais desconfiaria que estava prestes a cair em uma arapuca, orquestrada por alguém que se percebe e que é percebido social e canonicamente como "um homem de Deus". Chegando ao local, o clima começou a ficar estranho, com as perguntas do anfitrião, que só queria saber da vida íntima do garoto. (...) Na sequência, começou o inferno" (JR. ET AL, P. 64, 2019) (grifo nosso).*



De tal conteúdo destacamos "jamais desconfiaria"; "arapuca", "homem de Deus", "começou o inferno", que levou a vítima assim como a Cristo até a segunda Estação, onde Judas traí o amigo e está entregue a uma prisão que o levaria a crucificação.

4. SEGUNDA ESTAÇÃO: JESUS, TRAÍDO POR JUDAS, É PRESO



Imagem 5

4.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO LUCAS 22, 47-53

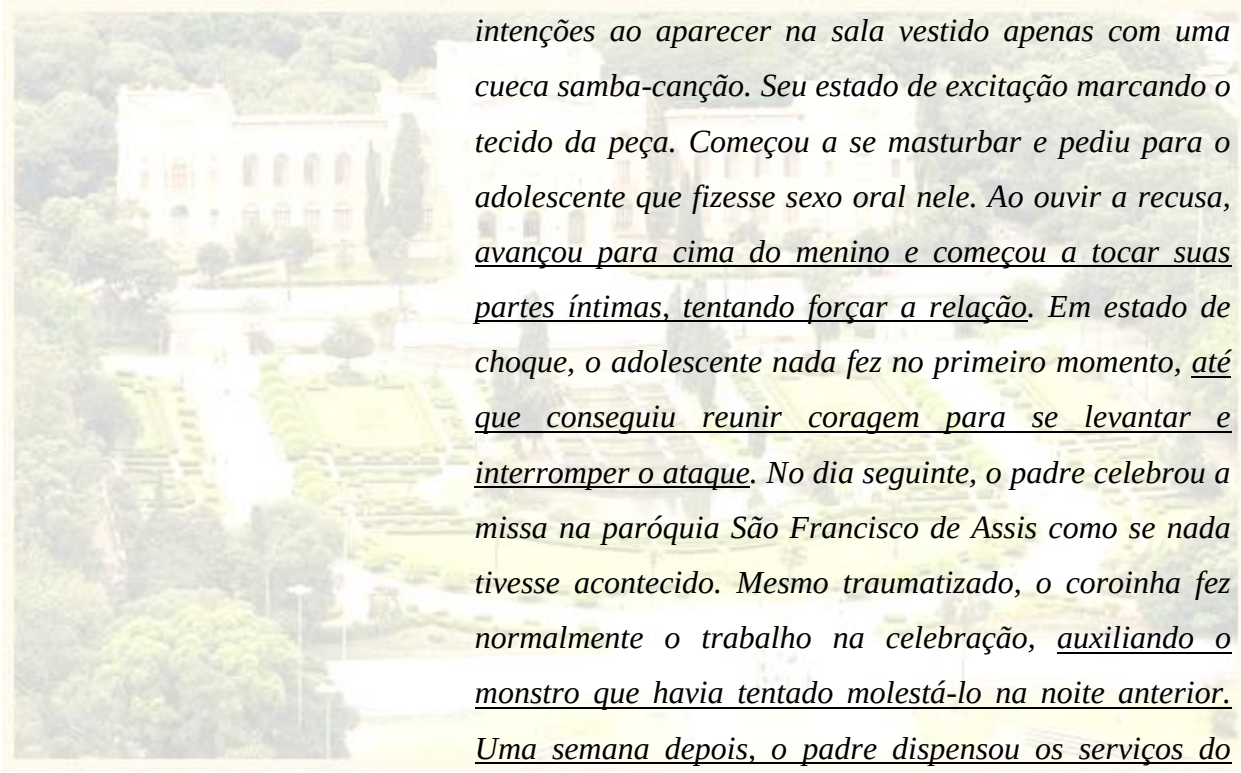
> *Estava Ele ainda a falar, quando surgiu uma multidão, precedendo um dos doze apóstolos, o chamado Judas, que caminhava à frente, e aproximou-se de Jesus para o beijar. Jesus disse-lhe: "Judas, é com um beijo que entregas o Filho do Homem?" [...] Estando Eu todos os dias convosco no Templo, não Me deitastes as mãos; mas esta é a vossa hora e o domínio das trevas".*

No caso do adolescente católico, filho do homem, que em confiança em seu sacerdote, filho de Deus, passa a exercer o papel de personificação das trevas, que o condenará à morte em vida, causando dano à sua existência. A fala do então adolescente, é literal: "a partir das perguntas sobre sua intimidade", a sós com seu algoz, "começou o inferno". Vejamos, segundo a matéria jornalística, que o discurso empregado pelo padre para atrair o menino para a residência paroquial apela para a valoração, no que diz respeito à confiança depositada na figura de autoridade do sacerdote, fazendo com que a vítima não tivesse qualquer suspeita da real intenção do convite.

Assim, para o coroinha que estava disposto a ser sacerdote na Igreja Católica Apostólico Romana, a naturalização da ida até a casa paroquial não seria afligida por

pensamentos se não de devoção e preparação para atividade religiosa, para busca do sentido da vida, a elevação ou o caminho para o tempo mítico da salvação. Porém, assim como fez Judas com Cristo, o padre, violou o adolescente, que foi lançado ao inferno.

Dificilmente o adolescente seria atraído para a casa paroquial, se não fosse o envolvimento social religioso entre ele e o padre, e sem que tivesse a vítima viva em si a fé católica, percebendo o sacerdote, repita-se em exaustão, como "homem de Deus". Notemos que o menino era um coroinha, assim, membro ativo na Igreja católica, diante do convite do sacerdote. Em continuação da análise o 2º e o 3º parágrafos da página 64 da revista:



"O padre, então com 32 anos, revelou suas verdadeiras intenções ao aparecer na sala vestido apenas com uma cueca samba-canção. Seu estado de excitação marcando o tecido da peça. Começou a se masturbar e pediu para o adolescente que fizesse sexo oral nele. Ao ouvir a recusa, avançou para cima do menino e começou a tocar suas partes íntimas, tentando forçar a relação. Em estado de choque, o adolescente nada fez no primeiro momento, até que conseguiu reunir coragem para se levantar e interromper o ataque. No dia seguinte, o padre celebrou a missa na paróquia São Francisco de Assis como se nada tivesse acontecido. Mesmo traumatizado, o coroinha fez normalmente o trabalho na celebração, auxiliando o monstro que havia tentado molestá-lo na noite anterior. Uma semana depois, o padre dispensou os serviços do rapaz. O jovem era órfão de pai, e a mãe fazia parte de um grupo de catequistas da paróquia. Devido à influência religiosa, [...] servia a igreja havia dez anos, com devoção. 'Padre Leandro era como um pai para mim', conta" (JR. ET AL, P. 64, 2019) (grifo nosso).

Para redigir o presente artigo, os autores – e vocês leitores, ao lê-lo –, devemos tentar nos situar fora de nós mesmos. Isto para conseguirmos analisar que ida do adolescente até a casa paroquial, foi estabelecida através da confiança no "homem de Deus", porém diante

da violência, o sacerdote homem, na figura de pai estabelecida pelo adolescente, atuou conflitando a fé do adolescente, fazendo assim sentido na construção do título da reportagem "abusos da fé", pelo excesso de confiança que o adolescente depositou no dogmático.

O adolescente passa carregar consigo o peso da cruz do abuso, da ruptura com a igreja, e da violação da dignidade humana, configurando assim sua Via Crusis do dano existencial cuidando-se da imputação de uma carga afetiva, emocional e psíquica impedida ao adolescente que não podem ser desconstruídas. Para Leite e Silva o dano existencial é conceituado como aquele

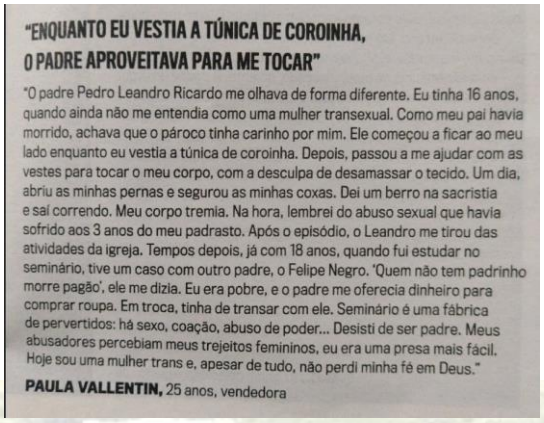
> *"[...] decorrente da normatividade concedida ao texto constitucional, cujos princípios da dignidade humana e da solidariedade servirão de embasamento para tecitura da teoria do dano existencial, produto de mudança nociva ao projeto de vida. Recupera-se, portanto, a primazia da pessoa humana em detrimento da defesa pura e simples do patrimônio individual". (LEITE e SILVA, 2020, p. 257).*

Pelas palavras-signo "carrega" e "cruz", vamos nos remeter novamente à Bíblia, na passagem de João 19:17: "E, levando-o às costa a sua cruz, saiu para o lugar chamado Caveira, que em hebraico se chama Gólgota, (...) (BÍBLIA SAGRADA). A expulsão da vítima da casa paroquial, após ter como bem jurídico lesado a sua fé, e dignidade sexual pode ser aqui empregada a analogia com a saída de Cristo rumo à Caveira, quando foi depositado sobre os ombros do filho de Deus feito homem, a sua cruz.

Pelo conteúdo das palavras do adolescente violado, podemos observar duas mensagens de extrema importância, para prosseguirmos analisando as passagens das Estações. A palavra da vítima, expõe que o autor da violência impeliu um discurso disfarçado e manipulatório, que se materializou em ação de abuso, exercido por uma potente figura de autoridade para a vítima, aumentando o poder de dano do ato, uma vez que o agressor não era estranho à vítima.

No caso do padre, como sacerdote, líder religioso de uma comunidade de vertente católica em que o adolescente estava inserido havia dez anos, tinha a autoridade, por ser o referencial religioso para o adolescente, mas também por um enlace de amor filial, logo familiar, do adolescente órfão, que transferiu para aquele representante sacerdotal a figura filiação, na expressão "Padre Leandro era como um pai para mim". A expulsão da vida

religiosa após o abuso, faz com que à vítima adentrasse uma casa paroquial e saísse de uma Gólgota, com sua cruz.



"ENQUANTO EU VESTIA A TÚNICA DE COROINHA, O PADRE APROVEITAVA PARA ME TOCAR"

"O padre Pedro Leandro Ricardo me olhava de forma diferente. Eu tinha 16 anos, quando ainda não me entendia como uma mulher transexual. Como meu pai havia morrido, achava que o pároco tinha carinho por mim. Ele começou a ficar ao meu lado enquanto eu vestia a túnica de coroinha. Depois, passou a me ajudar com as vestes para tocar o meu corpo, com a desculpa de desamassar o tecido. Um dia, abriu as minhas pernas e segurou as minhas coxas. Dei um berro na sacristia e saí correndo. Meu corpo tremia. Na hora, lembrei do abuso sexual que havia sofrido aos 3 anos do meu padrasto. Após o episódio, o Leandro me tirou das atividades da igreja. Tempos depois, já com 18 anos, quando fui estudar no seminário, tive um caso com outro padre, o Felipe Negro. 'Quem não tem padrinho morre pagão', ele me dizia. Eu era pobre, e o padre me oferecia dinheiro para comprar roupa. Em troca, tinha de transar com ele. Seminário é uma fábrica de pervertidos: há sexo, coação, abuso de poder... Desisti de ser padre. Meus abusadores percebiam meus trejeitos femininos, eu era uma presa mais fácil. Hoje sou uma mulher trans e, apesar de tudo, não perdi minha fé em Deus."

PAULA VALLENTIN, 25 anos, vendedora

Imagem 6

Na sequência na análise de conteúdo da reportagem, na **metade do primeiro parágrafo da página 67 da revista, encontra-se o relato de uma criança à época, que diz:**

> ***"O padre (...) me olhava de forma diferente (...) não me entendia como uma mulher transexual. Como meu pai havia morrido, achava que o pároco tinha carinho por mim. Ele começou a ficar ao meu lado enquanto eu vestia a túnica de coroinha. Depois, passou a me ajudar com as vestes, para tocar o meu corpo, com a desculpa de desamassar o tecido. Um dia abriu as minhas pernas e segurou as minhas coxas. Dei um berro na sacristia e sai correndo. Meu corpo tremia. Na hora me lembrei de um abuso sexual que havia sofrido aos 3 anos do meu padrasto. Após o episódio, Leandro me tirou das atividades da igreja" (JR. ET AL, p. 67, 2019).***

O relato da criança que compõe o corpus de análise, demonstra um *modus operandi*, do sacerdote em violar e na sequencia afastar a vítima de sua rotina. Novamente a conexão da criança com o sacerdote, se deu pela confiança na autoridade religiosa, para a qual transferiu a figura de pai, frente ao abuso sofrido pelo padrasto, ainda na primeira infância. Observemos que o padre locutor, emissor da mensagem aqui

interpretada, tenta ocultar os abusos na forma de "ajudar com as vestes", "desamassar a roupa".

A vítima ao ser retirada das atividades da igreja, sofre a condenação de se afastar da casa de Deus. Assim como ocorreu com Jesus Cristo, quando condenado pelo Sinédrio, teve de afastar-se dos seus irmãos, seguidores, cuja irmandade representa a casa de Deus, assim somos lançados à terceira Estação.

5. TERCEIRA ESTAÇÃO: JESUS É CONDENADO PELO SINÉDRIO

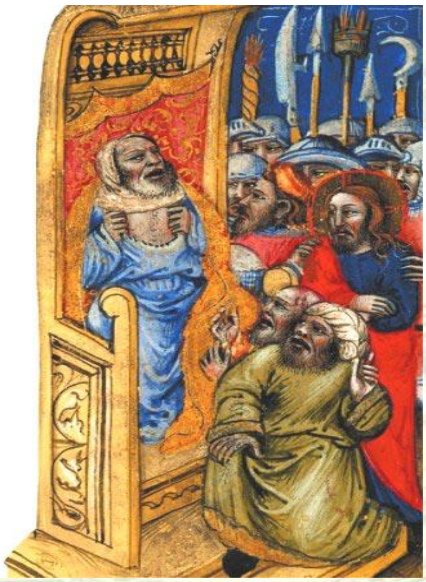


Imagem 7

5.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO LUCAS 22, 66-71

Quando se fez dia, reuniu-se o Conselho dos anciãos do povo, príncipes dos sacerdotes e escribas, os quais O levaram ao seu tribunal. Disseram-Lhe: "Declara-nos se Tu és o Messias". Ele respondeu-lhes: "Se vo-lo disser, não Me acreditareis e, se vos perguntar, não Me respondereis. Mas o Filho do Homem sentar-Se-á, doravante, à direita do poder de Deus". Disseram todos: "Tu és o Filho de Deus?". Ele respondeu: "Vós o dizeis, Eu sou". Então, exclamaram: "Que necessidade temos já

de testemunhas? Nós próprios o ouvimos da Sua boca". (Texto Bíblico, Vaticano) (grifo nosso).

Pela palavra da vítima, reconhecemos que há uma violência inicial impelida a ela ainda em tenra idade, que fez com que ela se relembra amargamente o que vivenciou, justamente por ter sido novamente violada, desta vez por quem novamente deveria a proteger, seu sacerdote. As duas violências perpetradas contra vítima, por figuras paternais, provavelmente não teriam ocorrido se não fosse o laço inicial de confiança, afeto e ou de hierarquia.

As dores vivenciadas pela criança demonstram que a violência sexual tem a característica de ser ageográfica e atemporal, como qualquer memória afetiva humana significativa. Observemos que a partir do martírio inicial das vítimas de dano existencial, ou seja, da confiança delas em seus agressores, até a violência ou atos de violência perpetrados, ocorre a cruel e torpe transformação da vítima em ré, ou seja, nos casos concretos aqui considerados, a injusta expulsão, das vítimas da igreja, rompendo assim a tentativa de dar sentido à vida.

6. QUARTA ESTAÇÃO: JESUS É RENEGADO POR PEDRO



Imagem 8

6.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO LUCAS 22, 54-62

Apoderando-se então de Jesus, levaram-n'o e introduziram-n'o em casa do Sumo Sacerdote. [...] Pedro negou-o, dizendo: "Não o conheço, mulher". Pouco

> *depois, disse outro, ao vê-lo: "Tu também és dos tais". Mas Pedro disse: "Homem, não sou". Cerca de uma hora mais tarde, um outro asseverou com insistência: "Com certeza este também estava com Ele; pois até é galileu". Pedro respondeu: "Homem, não sei o que dizes". E, no mesmo instante, estando ele ainda a falar, cantou um galo. Voltando-Se, o Senhor fixou os olhos em Pedro; e Pedro recordou-se da palavra do Senhor, quando lhe disse: "Antes de o galo cantar, negar-me-ás três vezes". E, vindo para fora, chorou amargamente (BÍBLIA SAGRADA).*

Na segunda parte do primeiro parágrafo da página 67 da reportagem analisada, a segunda vítima retrata também que:

> *"Tempos depois, já com 18 anos, quando fui estudar no seminário, tive caso com outro padre, (...) 'quem tem padrinho não morre pagão', ele me dizia. Eu era pobre, e o padre me ofereceu dinheiro para comprar roupa, em troca tinha que transar com ele. O seminário é uma fábrica de pervertidos: há sexo, há coação, abuso de poder... Desisti de ser padre. Meus abusadores percebiam meus trejeitos femininos, eu era uma presa mais fácil. Hoje sou uma mulher trans e, apesar de tudo, não perdi minha fé em Deus"* ***(JR. ET AL, p. 67, 2019).***

Em análise a essa série de abusos reiterados, retratados pela segunda vítima, vemos não mais a figura de autoridade associativa de um pai, mas a evidente figura de autoridade hierárquica sacerdotal, que num discurso monológico impunha o caminho a ser seguido pela vítima, se quisesse continuar sua formação no seminário. As palavras em forma de denuncia que afirmam ter "sexo", "coação" e "abuso de poder" no seminário, demonstram que mesmo entre os que escolheram propagar a fé em Cristo há quem o negue mais que três vezes.

Negando não só ver o phatos do outro, mas impondo-o a uma sobrecarga continua, assim estamos diante de um segundo *modus operandi* de abusos ocorridos não pela conduta isolada de um ou outro abusador, mas pela formação de um meio pelo qual se possibilita a violação sexual e de fé de crianças, adolescentes e jovens adultos vulneráveis, para que os últimos, continuassem a procissão de fé.

7. QUINTA ESTAÇÃO: JESUS É JULGADO POR PILATOS



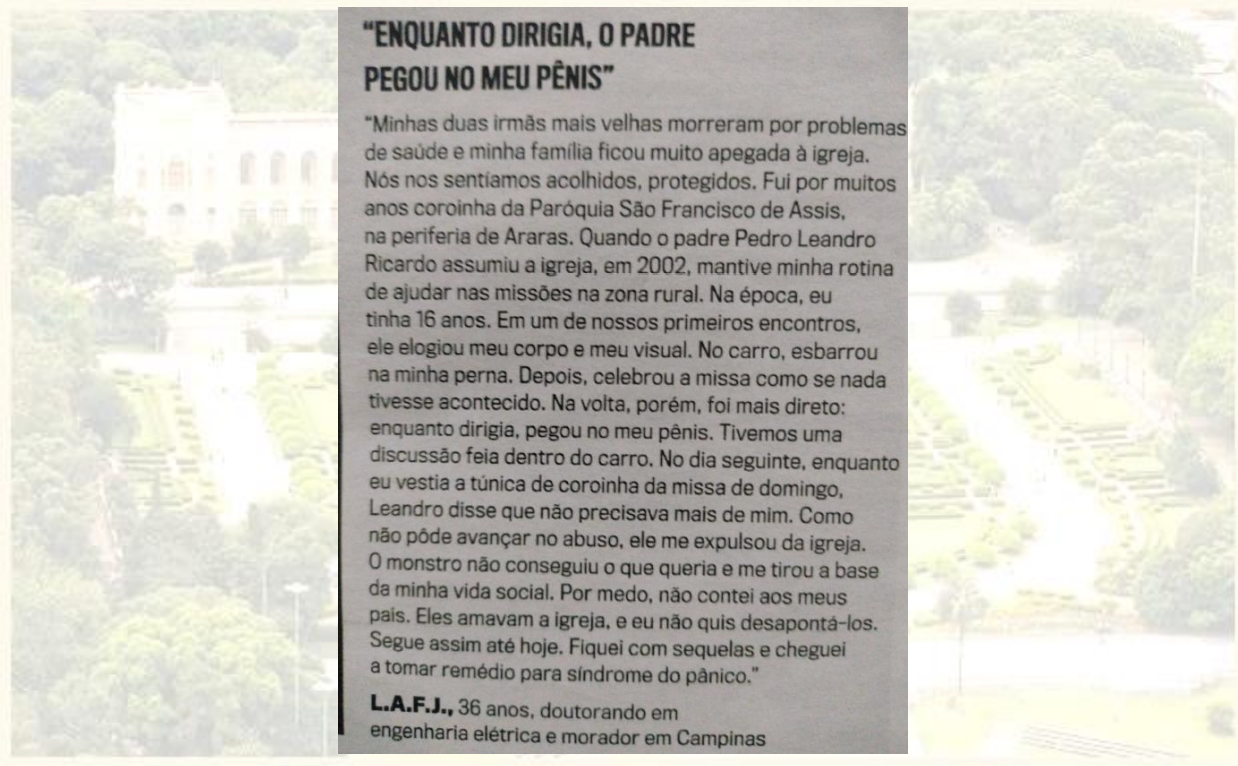
Imagem 8

7.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO LUCAS 23, 13-25

Pilatos convocou os príncipes dos sacerdotes, os chefes e o povo, e disse-lhes:

> *"Trouxeste este Homem à minha presença como andando a revoltar o povo. Interroguei-o diante de vós e não encontrei n'Ele nenhum dos crimes de que o acusais. Herodes tampouco, visto que no-lo mandou de novo. Como vedes, Ele nada praticou que mereça a morte. [...] Mas eles gritavam: "Crucifica-o! Crucifica-o!". Pilatos disse-lhes pela terceira vez: "Que mal fez Ele, então?*

Nada encontrei n'Ele que mereça a morte. Libertá-lo-ei, portanto, depois de o castigar". Mas eles insistiam em altos brados, pedindo que fosse crucificado, e os seus clamores aumentavam de violência. Pilatos, então, decretou que se fizesse o que eles pediam. Libertou o que fora preso por sedição e homicídio, que eles reclamavam, e entregou-lhes Jesus para o que eles queriam. (TEXTO BÍBLICO, VATICANO).



"ENQUANTO DIRIGIA, O PADRE PEGOU NO MEU PÊNIS"

"Minhas duas irmãs mais velhas morreram por problemas de saúde e minha família ficou muito apegada à igreja. Nós nos sentíamos acolhidos, protegidos. Fui por muitos anos coroinha da Paróquia São Francisco de Assis, na periferia de Araras. Quando o padre Pedro Leandro Ricardo assumiu a igreja, em 2002, mantive minha rotina de ajudar nas missões na zona rural. Na época, eu tinha 16 anos. Em um de nossos primeiros encontros, ele elogiou meu corpo e meu visual. No carro, esbarrou na minha perna. Depois, celebrou a missa como se nada tivesse acontecido. Na volta, porém, foi mais direto: enquanto dirigia, pegou no meu pênis. Tivemos uma discussão feia dentro do carro. No dia seguinte, enquanto eu vestia a túnica de coroinha da missa de domingo, Leandro disse que não precisava mais de mim. Como não pôde avançar no abuso, ele me expulsou da igreja. O monstro não conseguiu o que queria e me tirou a base da minha vida social. Por medo, não contei aos meus pais. Eles amavam a igreja, e eu não quis desapontá-los. Segue assim até hoje. Fiquei com sequelas e cheguei a tomar remédio para síndrome do pânico."

L.A.F.J., 36 anos, doutorando em engenharia elétrica e morador em Campinas

Imagem 9

A descrição da vítima de seu martírio nos remete ao julgamento de Cristo. À medida que a vítima, após a violação sexual, diz que "O monstro não conseguiu o que queria e me tirou a base da minha da vida social", tal qual quando os soldados romanos, não conseguindo que Jesus Cristo parasse de professar a igualdade entre as pessoas, prenderam-no e levaram-no diante do governador. Que entre condenar o inocente e entregar-lhe para o castigo popular, preferiu deixá-lo ao julgamento que o levou a crucificação.

A vítima ao dizer "que por medo, não contei aos meus pais. Eles amavam a igreja, e eu não quis desapontá-los. (...)". Também demonstra como calado Cristo aceitou o julgamento popular, as sequelas da vítima após a violência foi calar-se, em provável receio de levar também ao julgamento os seus pais, que se aproximaram ainda mais dos ritos religiosos após duas filhas falecerem por problemas de saúde.

8. SEXTA ESTAÇÃO: JESUS É FLAGELADO E COROADO DE ESPINHOS

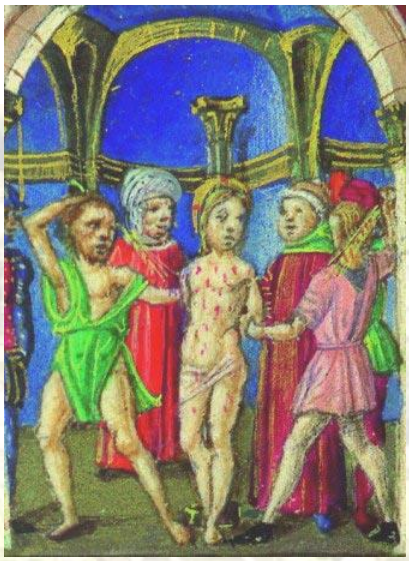
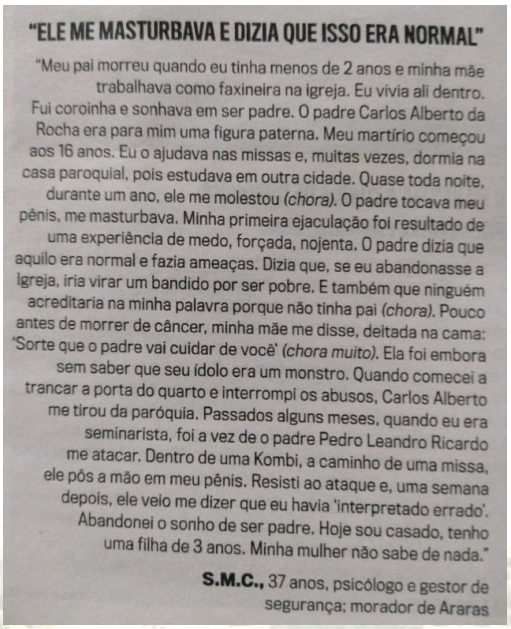


Imagem 10

8.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO LUCAS 22, 63-65

Entretanto, os que guardavam Jesus troçavam d'Ele e maltratavam-n'o. Cobriam-lhe o rosto e perguntavam-Lhe: "Adivinha! Quem Te bateu?". E muitos outros insultos proferiam contra Ele (TEXTO BÍBLICO, VATICANO).



"ELE ME MASTURBAVA E DIZIA QUE ISSO ERA NORMAL"

"Meu pai morreu quando eu tinha menos de 2 anos e minha mãe trabalhava como faxineira na igreja. Eu vivia ali dentro. Fui coroinha e sonhava em ser padre. O padre Carlos Alberto da Rocha era para mim uma figura paterna. Meu martírio começou aos 16 anos. Eu o ajudava nas missas e, muitas vezes, dormia na casa paroquial, pois estudava em outra cidade. Quase toda noite, durante um ano, ele me molestou *(chora)*. O padre tocava meu pênis, me masturbava. Minha primeira ejaculação foi resultado de uma experiência de medo, forçada, nojenta. O padre dizia que aquilo era normal e fazia ameaças. Dizia que, se eu abandonasse a Igreja, iria virar um bandido por ser pobre. E também que ninguém acreditaria na minha palavra porque não tinha pai *(chora)*. Pouco antes de morrer de câncer, minha mãe me disse, deitada na cama: 'Sorte que o padre vai cuidar de você' *(chora muito)*. Ela foi embora sem saber que seu ídolo era um monstro. Quando comecei a trancar a porta do quarto e interrompi os abusos, Carlos Alberto me tirou da paróquia. Passados alguns meses, quando eu era seminarista, foi a vez de o padre Pedro Leandro Ricardo me atacar. Dentro de uma Kombi, a caminho de uma missa, ele pôs a mão em meu pênis. Resisti ao ataque e, uma semana depois, ele veio me dizer que eu havia 'interpretado errado'. Abandonei o sonho de ser padre. Hoje sou casado, tenho uma filha de 3 anos. Minha mulher não sabe de nada."

S.M.C., 37 anos, psicólogo e gestor de segurança; morador de Araras

Imagem 11

A vítima relatou que "O padre dizia que aquilo era normal e fazia ameaças". Em análise de conteúdo supra, notamos que o que o jovem viveu várias experiências de julgamento, humilhação e isolamento dos que lhes eram então caros, produzida por aquele que detinha a admiração, o apreço, a confiança e logo, mais poder de produzir marcas, na história da vítima que alguém que lhe fosse estranho.

Uma aqui estabelece-se além da violação sexual também violência psicológica e moral, perpetradas continuadamente, da mesma forma que Jesus Cristo foi subjugado, flagelado e corado com espinhos.

9. SÉTIMA ESTAÇÃO: JESUS CARREGA A CRUZ



Imagem 12

9.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO MARCOS 15, 20

> *Em seguida, depois de O terem escarnecido, tiraram-lhe o manto púrpura e vestiram-Lhe as Suas roupas (TEXTO BÍBLICO, VATICANO).*

Na obra O que é Religião, Rubem Alves expressa que o

> *"Pão como qualquer pão, vinho como qualquer vinho. Poderiam ser usados numa refeição ou orgia: materiais profanos, inteiramente. Deles não sobe nenhum odor sagrado. E as palavras são pronunciadas: "Este é o meu corpo, este é o meu sangue..." – e os objetos visíveis adquirem uma dimensão nova, e passam a ser sinais de realidades invisíveis. (ALVES, p. 61, 1984).*

Todos os relatos das vítimas aqui analisados em seu conteúdo demonstram que a manutenção da fé e o respeito pela dignidade humana requer ininterrupta vigilância,

vestiram com manto púrpura Cristo, não para uma festa, mas para o caminho de morte, assim como vestiram as vítimas por meio das palavras abusadores, na pretensão de impor-lhe uma vontade, primeiramente de atração para o abuso, depois mediante expulsão do meio que lhes era sagrado, do que lhes dava sentido à vida.

10. OITAVA ESTAÇÃO: JESUS É AJUDADO PELO CIRENEU A CARREGAR A CRUZ



Imagem 13

A denúncia dos abusos sexuais, morais, psicológicos, cometidos por líderes religiosos tem um condão de escarnecer as vítimas, uma violência caracterizada por corrupção da fé e da dignidade humana.

Segundo o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil a dignidade humana é um dos fundamentos do país. Assim, os crimes perpetrados, sem de análise processual penal, a qual não consta na intenção da confecção do presente artigo, tem o direito das vítimas amparados constitucionalmente. De modo tal que o primeiro a as ouvir, seja o agente de segurança pública, agentes da saúde, membros do ministério público, profissionais da saúde mental, assistentes sociais, advogadas e advogados, e membros de instituição religiosa, devem sem sombra de dúvida, exercer o acolhimento, com escuta especializada, para que o ouvinte visualize a ocorrência de violação aos direitos humanos.

Em seguida, espera-se que o ouvinte oriente e ampare a vítima, nas medidas cabíveis, instruindo-a no que ela desejar realizar quanto a processar o agressor (es) e fazer cessar a violência. Ajudando-a, assim, a carregar a Cruz, assim como Cirineu. A situação das vítimas de abusos sexuais por sacerdotes da Igreja Católica Apostólica Romana, ainda sem seu diferencial dos demais crimes, por ser uma instituição privada, o que requer que o Direito Público de cada Estado, por seu sistema de justiça dialogue com o Direito Privado daquela instituição.

11. NONA ESTAÇÃO: JESUS ENCONTRA AS MULHERES DE JERUSALÉM



Imagem 14

11.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO LUCAS 23, 27-31

Seguiam-n'o uma grande massa de povo e umas mulheres que se lamentavam e choravam por Ele. Jesus, voltou-Se para elas e disse-lhes: "Filhas de Jerusalém, não choreis por Mim, chorai antes por vós mesmas e pelos vossos filhos, pois dias virão em que se dirá: 'Felizes as estéreis, os ventres que não geraram e os peitos que não amamentaram'. Hão de então dizer aos montes: 'Caí sobre nós', e às colinas: 'Cobri-nos'. Porque, se tratam assim a madeira verde, o que acontecerá à seca?" (TEXTO BÍBLICO, VATICANO).

11.1.1. O LUGAR DO SENTIDO: O OUVINTE/LEITOR/INTERLOCUTOR

O papel do ouvinte, explica Bakhtin (2003) em *Estética da criação verbal*, é compreender o significado linguístico do discurso, ocupando uma posição responsiva, podendo concordar ou discordar, complementar, aplicar, preparar para usá-lo. Segundo o autor, tal atitude responsiva é formada ao decorrer de todo o processo de audição e compreensão, muitas vezes a partir da primeira palavra do falante.

Quando de uma denúncia aos ouvintes podem não aprimora-la da melhor forma, fazendo com que a violência não seja apurada ou não seja visualizada, o que decorre em continuação do sofrimento, neste sentido se dá a violência institucionalmente permitida, que é explicitada no artigo *Violência Perpetrada por Poderes* (Silva, Manso, Olimpio, 2019) como aquela violação que não é direta ou detectável com facilidade. Uma vez que ela começa em um espaço privado.

A violência por poderes pode assim iniciar-se como forma de acobertar a apuração de uma violência, que se transfere ao ambiente público, quando o emprego de estereótipos ou a não iniciativa e conclusão de investigação, faz com que a vítima continue sofrimento. Para os autores supra é necessário repensar a forma com que os instrumentos são utilizados, para garantir a dignidade das vítimas.

São só foram vítimas por total surpresa e temor referencial, em um ambiente monológico, não tinham qualquer possibilidade de defesa, uma vez que o descrédito e o isolamento social das vítimas de violência, especialmente quando os poderes instituídos cometem a omissão ou negligência, tal e qual Pilatos, entregar Cristo à morte, diante do clamor popular.

12. DÉCIMA ESTAÇÃO: JESUS É CRUCIFICADO

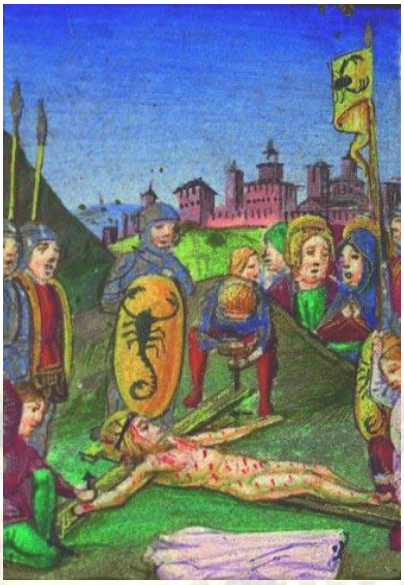


Imagem 15

12.1. EVANGELHO SEGUNDO SÃO LUCAS 23, 33-38

> *Quando chegaram ao lugar chamado Calvário, crucificaram-n'o a Ele e aos malfeitores, [...] (TEXTO BÍBLICO, VATICANO)*

Ao estudar os discursos das vítimas, em comparação com os discursos das passagens bíblicas da crucificação, as palavras dirigem-se a outrem, externamente, apesar de sua intensa reverberação interna, por via de sentimentos e pensamentos, que, por sua vez, encontram sua materialização nos corpos das vítimas pelas alterações bioquímicas e ou fisiológicas que produzem, quer se manifestem de modo agudo, mas especialmente ao se manifestarem de modo crônico.

A crucificação de Jesus Cristo, nesse sentido, é para nós a enunciação de uma mensagem, que, embora monológica, tem uma reflexão tão profunda que se tornou dialógica, à medida que simboliza a crueldade humana, cometida contra aquele que não se curvou aos excessos de um poder e por isso sofreu a pena capital. Nesse contexto, no dialogismo nosso com o mundo, não podemos deixar de citar Edgar Morin:

"*O ser humano a um só tempo é um ser biológico, físico, psíquico, cultural, social e histórico, uma 'unidade complexa da natureza humana' e passa a ser totalmente desintegrado na educação por meio das disciplinas, tornando impossível a compreensão do que significa, hoje, ser humano. Deste modo, a condição 'humano' necessita ser recolocada como um elemento essencial de todo programa de educação, e o conceito de Pensamento Complexo nos abre caminhos para compreendermos melhor os problemas humanos*" (Morin, 2001).

13. DÉCIMA PRIMEIRA ESTAÇÃO: JESUS PROMETE SEU REINO AO BOM LADRÃO (L.C. 23, 33S. 39-43)

14. DÉCIMA SEGUNDA ESTAÇÃO: JESUS PENDENTE DA CRUZ, A MÃE E DO DISCÍPULO (JÓ 19, 25/27)

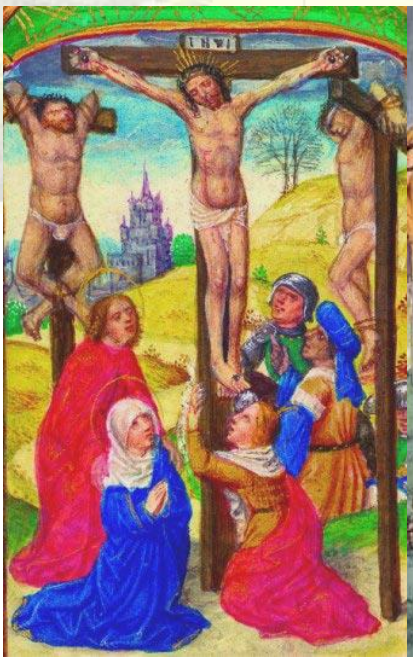


Imagem 16



Imagem 17

Na décima primeira e décima segunda Estação, que acontece em volta da Cruz, exalta-se o amor ao próximo seja aquele que é autor de crime, seja na expressão de sentimento na mãe por um filho, e de um filho por uma mãe, que não poderíamos deixar de exercer a analogia do simbolismo da igreja, da agregação, da mãe Igreja.

Mas o que agregaria pessoas? Mesmo após relatos tão duros nos discursos que analisamos? Talvez uma das definições da palavra religião, na interpretação de Cícero, sob a óptica de Santo Agostinho, em que religião significa reler.

Nos momentos aos pés da Cruz, há latente agonia, assim como nas palavras das vítimas. E o que seria religião se não uma releitura de nossas ações diárias? O repensar de nossos atos? O reler símbolos e simbolismo à medida que se escuta e se toma atitudes efetivas de defesa em prol dos que sofrem?

15. DÉCIMA TERCEIRA ESTAÇÃO: JESUS MORRE PREGADO NA CRUZ (L.C. 23, 44-46)

16. DÉCIMA QUARTA ESTAÇÃO: JESUS É SEPULTADO (L.C. 23, 54-56)



Imagem 18



Imagem 19

A morte tem um contexto extremamente significativo neste artigo, pois a violência perpetrada mata no momento em que corrompe a dignidade humana, impedindo as

vítimas de seguirem o que seria o curso natural de seus destinos, a partir de suas livres escolhas. Não há de se falar em exagero, pois mesmo que encontrem meio de restaurar a dignidade, o dano à existência de alguém não é ato que pode ser desfeito, tal qual a morte, até a décima terceira Estação.

Um profundo silêncio envolve o Calvário. No seu Evangelho, João atesta que o Calvário se encontra em um jardim, onde existe um sepulcro ainda não usado. E é lá precisamente que os discípulos depõem o seu corpo. Aquele Jesus, que aos poucos reconheceram como Deus que Se fez homem, está lá, cadáver. Na solidão desconhecida, sentem-se perdidos, não sabem o que fazer nem como comportar-se. Nada mais lhes resta que consolarem-se reciprocamente, encorajar-se um ao outro, permanecer juntos. Mas é precisamente então que nos discípulos a fé dos mesmos é de fato amadurecida e repaginada, da recordação daquilo que Jesus disse e fez quando estava no meio deles, e que antes de sua morte só em parte tinham compreendido.

17. CONCLUSÃO

18. DÉCIMA QUINTA ESTAÇÃO: DA RESSUREIÇÃO DE CRISTO À JUSTIÇA PARA AS VÍTIMAS

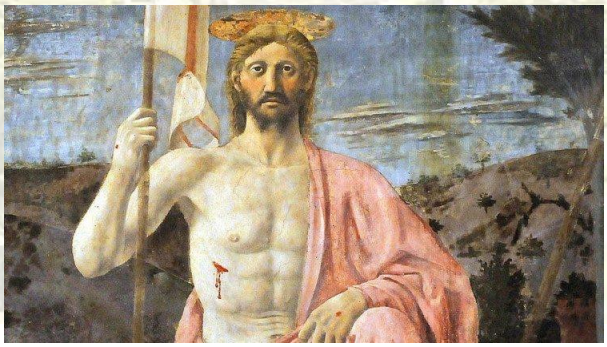


Imagem 20

Oração Final: *"Eu te suplico Senhor, que me concedas, por intercessão de tua Mãe, a Virgem Maria, que, cada vez que medite tua Paixão, fique gravado em mim com marca de atualidade constante, o que Tu fizeste por mim e teus constantes benefícios. Faz Senhor, que me acompanhe, durante toda a minha vida, um agradecimento imenso à tua Bondade. Amém! (CANÇÃO NOVA, 2022)*

Séculos mais tarde foi introduzida a Via Crusis a décima quinta Estação, fazendo memória à **ressurreição de Jesus Cristo**, apresentada na conclusão do presente artigo representa a esperança de renascimento das vítimas para prosseguir não apenas de mera sobrevida após o abuso, mas no encontro de um novo sentido para vida, que lhe foi retirado na ruptura do sagrado.

Nesse sentido, vale lembrar que "O homem é homem e o mundo é histórico – cultural na medida em que, ambos inacabados, se encontram numa relação permanente, na qual o homem, transformando o mundo, sofre os efeitos da própria transformação" (FREIRE,1977). Assim as reiteradas denúncias que chegam ao conhecimento da Santa Sé, promoveram alterações da relação da Igreja com seus fiéis, tendo o Discastério para a Doutrina da Fé, revisado em 05 de junho de 2022, alguns procedimentos para tratar os casos de abuso sexual de menores cometidos por clérigos.

De acordo com a revisão, o pontífice endureceu, o documento expressa que "Trata-se de uma espécie de "manual" que pretende tomar pela mão e conduzir passo a passo, desde a *notitia criminis* até à conclusão definitiva da causa, quem se achar na necessidade de proceder à averiguação da verdade no contexto dos mencionados delitos" (VATICANO, 2022). Tal documento expressa a configuração do delito, o modo que se deve proceder quando o recebimento de uma denúncia – *notitia de delicto* -, além de ações que podem prevalecer desde o início da investigação prévia, como a aplicação de medidas cautelares.

Nos casos em tela, estudados por meio da análise de conteúdo da reportagem, Pedro Leandro Ricardo, foi demitido do cargo clerical, e recebeu condenação da justiça brasileira, em 19 de maio de 2022, segundo site de notícia, "há 21 anos" (G1, 2022), os advogados das vítimas ouvidos pelos autores alegam que aguardam audiência com o pontífice para tratar da indenização às vítimas.

Os demais padres e bispo citados na reportagem, continua a exercer suas funções até o início de outubro de 2022. As 14 estações utilizadas como analogia as falas das vítimas de abusos sexuais praticados por líderes religiosos no caso concreto, sofreram e sofrem até o Calvário de suas existências, apenas celebrando eventualmente a possibilidade de uma Ressureição, quando encontrarem novamente a função de dar sentido à vida.

Os conteúdos analisados, apesar de terem passado pelo filtro dos jornalistas responsáveis pela reportagem, isso não diminuiu o impacto das palavras de dor a corrosão da vida evidenciadas, causando um dano de dimensão existencial, haja vista que o "homem de

Deus", interlocutor entre a difícil realidade de vida das vítimas e a abertura do estado mítico de salvação, foi quem as levou a perder o sentido que é transferido pelo sagrado.

Quando analisamos as palavras das vítimas, temos que nos lembrar que estávamos presentes quando das falas do locutor e do interlocutor foram proferidas, a nós leitores cabe a recepção das mesmas, e, a partir dela, decodificarmos, a partir da análise de conteúdo dessas falas, avaliando sua valoração, que construiu um sentido.

A proposta de relacionar o sentido de cada valoração de comunicação monológica, quanto ao sentido possível de ser atribuído à respectiva autoridade locutora, favoreceu a possibilidade de conseguirmos relacionar as palavras das vítimas de abuso sexual praticadas por membros do Clero Católico Apostólico Romano com as Estações de dor vivenciada por Jesus Cristo. Para tal ato de observação e interação, lembremos que "a leitura do mundo precede a leitura da palavra" (FREIRE, 1989), pois a palavra é possuída pelo sentido antes de ser proferida, já que foi escolha do falante.

Fazendo com que ocorresse uma reinterpretação da realidade, a partir de uma codificação na contingência de tensões próprias das relações sociais, que são imperfeitas pelo ser humano ser imperfeito, mas que não podem sucumbir na possibilidade de fazer melhor do que já aconteceu, para prosperar e dar início uma sociedade outra, que advenha da fantasia propriamente dita ou de textos sagrados, que não se resume em girar em torno do seu próprio eixo, em ímpeto de redenção, pelas crises pelas quais elas estão passando, mas impulsiona um outro movimento, na redescoberta do sagrado de sua existência.

Desde um pacto inicial de silêncio, ao momento da denúncia, rompendo com as realidades até então impostas, buscando o sistema de justiça nacional e ou internacional, para que ocorra uma contemplação mais representativa coletiva de justiça, é dever de todas e todos envolvidos em vítimas de dano existencial seguir firmes, abrindo caminhos para todos os grupos vulnerabilizados, até que consigam fazer ecoar a voz das vítimas.

19. BIBLIOGRAFIA

ALVES, Rubem. **O que é Religião**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BAKHTIN, Mikhail. **Gêneros do Discurso**. In _____. Estética da criação verbal. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 261-306.

CANÇAO NOVA. **Oração.** Disponível em: << https://formacao.cancaonova.com/espiritualidade/via-sacra/ >> Acesso em 26no. 2020.

DIOCESE DE LIMEIRA. Nota demissional. Disponível para consulta em: << https://diocesedelimeira.org.br/sistema/_fotos/publicacoes/11-03-2022-12-43-57ax---xNota%20Oficial%20%20-%20Demiss%C3%A3o%20do%20estado%20clerical%20%20-%20Pedro%20Leandro%20Ricardo%20(11.03.2022).pdf >> Acesso 12 mar. 2022.

ELIADE, Mircea. O Sagrado e o Profano: A Essência das Religiões. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?** 12ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

FREIRE, A. M. de A. FREIRE, P. *A importância do Ato de Ler*: em três artigos que se completam. São Paulo: Autores Associados. Cortez, 1989.

G1 - Justiça de Araras condena ex-padre a 21 anos de prisão por atentado violento ao pudor. Disponível em: << https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2022/05/19/justica-de-araras-condena-ex-padre-a-21-anos-de-prisao-por-atentado-violento-ao-pudor.ghtml >> Acesso em 01 out. 2022.

HERRERA, A. *A grande jornada.* Doraci Ferreira Gonçalves (trad.). Rio de Janeiro: Paz e Terra,1982.

LEITE, José A. S. C., **SILVA**, A. S. O dano existencial decorrente de violência doméstica e familiar: uma análise sobre os limites e possibilidade de aplicação. Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Florianópolis: 2020.

MORIN, E., KERN, A. B. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1995.

MORIN, E. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

NEVES, José Roberto de Castro. Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade / José Roberto de Castro Neves. -- 3. ed. -- Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020.

SILVA, A. da S., **MANSO,** A. G., **OLIMPIO,** W. M. C. *Aproximação entre as percepções e experiências de mulheres na cidade de São Luís do Maranhão no que se refere as violências perpetradas por poderes.* RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, 2019, v. 6, n. 3, p. 201-222.

VATICAN NEWS. Disponível em: << https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2019-04/domingo-ressurreicao-senhor-reflexao.html >> e << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/ >> Acesso em 26 nov. 2020, e <<

https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/ddf/rc_ddf_doc_20220605_vademecum-casi-abuso-2.0_po.html >> Acesso em 01 set. 2022.

IMAGENS

Imagem 1 - S.P. 42: Livro das Horas "Borromeo" miniaturado por Cristoforo de Predis, Séc. XV, da Biblioteca Ambrosiano – Disponível para consulta em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_01.html >> Acesso em 17 out. 2020.

Imagem 2 - Capa da Revista disponível para consulta em: << https://veja.abril.com.br/edicoes-veja/2643/ >> Acesso em 15 jul. 2022

Imagem 3 - Nota demissional disponível para consulta em: << https://diocesedelimeira.org.br/sistema/_fotos/publicacoes/11-03-2022-12-43-57ax---xNota%20Oficial%20%20-%20Demiss%C3%A3o%20do%20estado%20clerical%20%20-%20Pedro%20Leandro%20Ricardo%20(11.03.2022).pdf >> Acesso 12 mar. 2022.

Imagem 4 - S. P. 42: Livro das Horas "Borromeo" miniaturado por Cristoforo de Predis, Séc. XV, da Biblioteca Ambrosiano – Disponível para consulta em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_02.html >> Acesso em 17 out. 2020.

Imagem 5 - MS. Vat. Lat. 2639 - Miniaturado por Nicola de Bologna (1370) Biblioteca Apostólica Vaticana – Disponível em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_03.html >> Acesso em 17 out. 2020.

Imagem 6 - MS. Vat. Lat. 2639 – Miniaturado por Nicola de Bologna (1370), da Biblioteca Apostólica Vaticana. Disponível em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_04.html >> Acesso em 17 out. 2020.

Imagem 7 - S.P. 42: Livro das Horas "Borromeo" miniaturado por Cristoforo de Predis, Séc. XV Biblioteca Ambrosiano. Disponível para consulta em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_05.html >> Acesso em 17 out. 2020.

Imagem 8 - S.P. 42: Livro das Horas "Borromeo" miniaturado por Cristoforo de Predis, Séc. XV, da Biblioteca Ambrosiano. Disponível em: <<

http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_06.html >> Acesso em 17 out. 2020.

Imagem 9 - S.P. 42: Livro das Horas "Borromeo" miniaturado por Cristoforo de Predis, Séc. XV, da Biblioteca Ambrosiano. Disponível para consulta em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_07.html >> Acesso em 17 out. 2020.

Imagem 10 - MS. Vat. Lat. 2639 - Miniaturado por Nicola de Bologna (1370), da Biblioteca Apostólica Vaticana. Disponível em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_08.html >> Acesso em 17 out. 2020

Imagem 11 - S.P. 42: Livro das Horas "Borromeo" miniaturado por Cristoforo de Predis, Séc. XV, da Biblioteca Ambrosiano. Disponível para consulta em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_09.html >> Acesso em 17 out. 2020.

[1] Imagem 12: S.P. 42: Livro das Horas "Borromeo" miniaturado por Cristoforo de Predis, Séc. XV, da Biblioteca Ambrosiano. Disponível em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_10.html >> Acesso em 17 out. 2020.

Imagem 13 - Disponível em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2007/via_crucis/po/station_11.html >> Acesso em 21 nov.2020.

Imagem 14 - Disponível em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2008/via_crucis/po/station_12.html >> Acesso em 26 nov. 2020.

Imagem 15 - Disponível em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2004/via_crucis/po/station_13.html >> Acesso em 26 nov. 2020.

Imagem 16 - S.P. 42: Livro das Horas "Borromeo" miniaturado por Cristoforo de Predis, Séc. XV, da Biblioteca Ambrosiano Disponível em: << http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2012/via_crucis/po/station_14.html >> Acesso em 26 nov. 2020.

Imagem 17 - Disponível em: << https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2019-04/domingo-ressurreicao-senhor-reflexao.html >> Acesso em 26 nov. 2020.

Imagem 18 - Disponível em: << https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2019-04/domingo-ressurreicao-senhor-reflexao.html

ÁREAS DE TERRAS TOMADAS DOS CAMPONESES DURANTE A GUERRILHA DO ARAGUAIA É SUPERIOR A MUNICÍPIOS BRASILEIROS E CIDADES EUROPEIAS

AREA OF LAND TAKEN FROM PEASANTS DURING THE ARAGUAIA GUERRILLA IS LARGER THAN SEVERAL NATIONAL MUNICIPALITIES AND EUROPEAN CITIES

Eduardo Reina[1]

Irene Gomes[2]

Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7325-2768

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3482-2622

Submissão: 09/10/2022 Aprovação: 14/11/2022

RESUMO:

Na primeira metade da década de 1970, as operações militares para exterminar os focos de guerrilha na região do Araguaia tiveram como consequência mais que o desaparecimento de cerca de 70 integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB). Entre as ações relatadas pelos camponeses do Araguaia, encontra-se a expulsão de centenas de famílias de suas posses. As terras foram tomadas pelas Forças Armadas e distribuídas para terceiros em prejuízo aos camponeses. Assim, esse trabalho possui como objetivo principal (i) examinar a extensão da área em que os militares e a repressão atuaram no episódio histórico conhecido como Guerrilha do Araguaia, (ii) bem como a área de terras retirada dos camponeses durante a ditadura civil militar brasileira. Para efeitos metodológicos, tratar-se-á de uma pesquisa qualitativa, a partir de entrevistas, revisão bibliográfica e reconstituição histórica. No que

[1] Jornalista, mestre em Comunicação Social pela Universidade Metodista de São Paulo. Atuou em jornais em São Paulo e interior como diretor de redação, editor executivo, colunista, editor e repórter; assessor de imprensa em sindicatos, empresas e autarquias. Autor dos livros Cativeiro sem fim (2019), Depois da Rua Tutoia (2016), No Gravador (2003). Integrante dos livros O Conto Brasileiro Hoje, Vol.5, (2007) e Contos e Casos Populares (introdução de Paulo Freire), 1984. E-mail: edu.reina@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v9/015**

[2] Advogada, pesquisadora, especialista em Direito Público (Damásio Educacional). Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (ESMAT/UFT). E-mail: gomesirene973@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v9/015**

tange aos resultados, constatamos que o processo de desterritoralização da população camponesa é uma etapa ignorada dentro do eixo reparatório da denominada Justiça de transição brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Guerrilha do Araguaia. Camponeses. Expulsão de Terras. Operações Militares e Memória.

ABSTRACT:

In the first half of the 1970s, military operations to exterminate guerrilla centers in the Araguaia region resulted in more than the disappearance of around 70 members of the Communist Party of Brazil (PCdoB). Among the actions reported by Araguaia peasants is the expulsion of hundreds of families from their possessions. The lands were taken by the Armed Forces and distributed to third parties to the detriment of the peasants. Thus, this work has as main objective (i) to examine the extent of the area in which the military and repression acted in the historical episode known as Guerrilha do Araguaia, (ii) as well as the area of land taken from peasants during the civil military dictatorship Brazilian. For methodological purposes, it will be a qualitative research, based on interviews, literature review and historical reconstitution. Regarding the results, we found that the process of deterritorialization of the peasant population is an ignored step within the reparatory axis of the so-called Brazilian transitional Justice.

KEY WORDS: Araguaia Guerrilla. Peasants. Expulsion from Land. Military Operations and Memory.

1. INTRODUÇÃO

As ações militares para exterminar os focos de guerrilha estabelecidos em diferentes pontos da região às margens dos rios Araguaia, Tocantins e Xingu, dentro do perímetro abarcado por Marabá/PA e Araguaína/TO, são amplamente conhecidas por significarem o maior conjunto de operações ocorrido no país e o segundo maior agrupamento militar, ficando atrás somente do contingente que atuou na segunda guerra mundial. Estas ações foram implementadas entre os anos de 1972 a 1975. Durante a denominada Guerrilha do Araguaia, cerca de 70 integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) foram perseguidos, presos, torturados e mortos. Apesar das tratativas administrativas e judiciais por

parte dos familiares, com o objetivo da localização e identificação dos corpos, para que possam praticar as devidas homenagens fúnebres, até o momento, o intento não obteve êxito. No âmbito da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), quatro conselheiros foram substituídos pelo governo federal liderado por Jair Messias Bolsonaro, que entendeu haver a necessidade de integrar membros militares e alinhados a partidos de direita à CEMDP. Essa medida corrobora a frustração dos familiares.[3]

Mediante pesquisas bibliográficas e documentais, sobretudo entrevistas com camponeses que viviam na região e foram atingidos pelos atos praticados durante a guerrilha, foi revelado que as ações persecutórias atingiram centenas de famílias campesinas. Houve muitas perseguições, monitoramento de indivíduos, prisões, torturas, desaparecimentos e mortes tratadas oficialmente como suicídio, a exemplo do ocorrido com Lourival de Souza Paulino[4]. Dentre as diversas ações suportadas, uma, em particular, chama a atenção em virtude do significado na vida campesina e da importância identificada durante as oitivas: a expulsão de suas terras.

A partir dessas oitivas foi identificado que as operações militares na região expulsaram centenas de famílias de agricultores de suas terras, tomaram as glebas e entregou-as para empresas, garimpeiros e pessoas afetas aos militares que atuaram nesta região. Essas ações foram amparadas pelo invólucro da legalidade e da reforma agrária. Nesse sentido possuímos como objetivos principais (i) identificação e exposição das tratativas praticadas pelas Forças Armadas (FFAA), locais de atuação, datas e objetivos traçados pelo estado a partir dos conteúdos extraídos dos documentos militares tornados oficiais a via recepção, análise e inclusão no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV) e, (ii)

[3] BRASIL. Lei nº 9.140, de 4 de dezembro, 1995. Reconhece como mortas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acessado em 30 de maio de 2013.
Bolsonaro muda Comissão de Mortos e Desaparecidos em meio a ataques sobre o tema. Questionado sobre os motivos que conduziram a substituição de Conselheiros da CEMDP, o presidente Bolsonaro respondeu "o motivo é que mudou o presidente, agora é Jair Bolsonaro, de direita. Ponto final. Quando eles (governos anteriores) botavam terrorista lá, ninguém falava nada. Agora mudou o presidente. Igual mudou a questão ambiental também. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/bolsonaro-muda-comissao-de-mortos-e-desaparecidos-em-meio-a-ataques-sobre-o-tema.shtml. Acessado em 24 de fevereiro de 2022.

[4] MPF denuncia médico do Exército suspeito de fraudar laudo de morte no Araguaia. <https://oglobo.globo.com/politica/mpf-denuncia-medico-do-exercito-suspeito-de-fraudar-laudo-de-morte-no-araguaia-22756249>. Acessado em 24 de fevereiro de 2022.
Irmãs recebem sobrenome do pai após 40 anos depois de sua morte no Araguaia. <https://vladimirherzog.org/irmas-recebem-sobrenome-do-pai-40-anos-depois-de-sua-morte-no-araguaia/>. Acessado em 24 de fevereiro de 2022.
Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") x Brasil. <https://reubrasil.jor.br/julia-gomes-lund-e-outros-guerrilha-do-araguaia/>. Acessado em 24 de fevereiro de 2022.

identificação e quantificação de parte das áreas tomadas dos camponeses do Araguaia a partir da oitiva de 100 pessoas.

A partir desse ponto, o trabalho percorre ações suportadas por camponeses locais, em especial, a expulsão de suas posses e a dimensão territorial suprimida do campesinato em benefício do Estado e/ou dos agentes por ele determinados em detrimento do trabalho na terra e sustento campesino local. Torna-se pertinente enfatizar, antecedendo os itens propostos, que havia um grande fluxo migratório na região do Araguaia, justamente em face das dinâmicas econômicas do período.

Para efeitos metodológicos, tratar-se de uma pesquisa qualitativa, a partir de entrevistas, revisão bibliográfica e reconstituição histórica. Nesse sentido, além da pesquisa bibliográfica e documental, serão apresentadas narrativas decorrentes de pesquisa local como produto dos contatos realizados. As entrevistas com os moradores locais foram coletadas entre os anos de 2012 a 2015, com o objetivo principal de servirem, inicialmente, como embasamentos e elementos probatórios em processos de reparação judicial.

Cumpre sublinhar que as pesquisas integram trabalho em andamento cujos objetivos envolvem o resgate da memória e verdade, precisamente visando o lastro probatório quanto aos prejuízos suportados por esse grupo, entre demais temas afins à luz das vivências e realidades campesinas.[5]

2. FORMAÇÃO DAS CIDADES E A OCUPAÇÃO DEMOGRÁFICA NA REGIÃO DO ARAGUAIA

Historicamente, a região amazônica brasileira sempre foi palco de conflitos decorrentes da forma de concentração fundiária, marcada por relações de trabalho entre dominantes e subordinados. A partir de 1º de abril de 1964, com o golpe civil-militar, houve profundas transformações nessa área no sul e sudeste do Pará.

O problema teve início ainda no século XIX. Em 1897, a partir das terras indígenas, às margens do Rio Araguaia, no sul do Pará, chegaram frades dominicanos franceses oriundos da província de Toulouse, com o objetivo de catequizar nações Karajá e Caiapó que habitavam a região. Era a base de um povoado denominado Conceição do Araguaia.

[5] As oitivas dos camponeses do Araguaia foram feitas na região, diretamente por Irene Gomes e equipe, na condição de advogada de inúmeros camponeses e ex-combatentes. Inicialmente, tinham objetivo de instruir requerimentos de anistia que tramitam/tramitavam em seus nomes na Comissão de Anistia quando ainda no Ministério da Justiça.

Sete anos depois, em 1904, foi descoberta zona de borracha e a área começou a receber homens em busca do caucho (Figueira, 1986, p.16). O fluxo migratório aumentou e em 1911 a população dessa região chegava a 11 mil pessoas. Em 3 de novembro de 1908, Conceição do Araguaia foi elevada a vila. Os problemas e disputas sempre marcaram a região. No ano de 1909, a vila fora invadida pelo coronel maranhense Leão Lêda, que junto com seus homens, dominaram o local. Antes, Lêda já subjugara as cidades de Boa Vista e Pedro Afonso, ambas em Goiás.

A crise do mercado de borracha fez a população declinar a partir de 1940. Em todo município, o censo do governo federal registrava 4.715 pessoas. Ao mesmo tempo, demandas originadas na Segunda Guerra Mundial tornaram a borracha produto altamente rentável, o que fez crescer novamente o fluxo migratório à região. O censo mostra que em 1950, a população na cidade saltara para 6.322 pessoas.

De acordo com o professor Ricardo Rezende Figueira, no livro "A justiça do lobo – posseiros e padres do Araguaia" (1986), para que se possa compreender a complexidade do caos fundiário da região, os conflitos pela posse e uso da terra, as violências e as mortes, é necessário recordar uma doação feita para a Fundação Brasil Central (FBC), realizada pelo governo estadual do Pará.

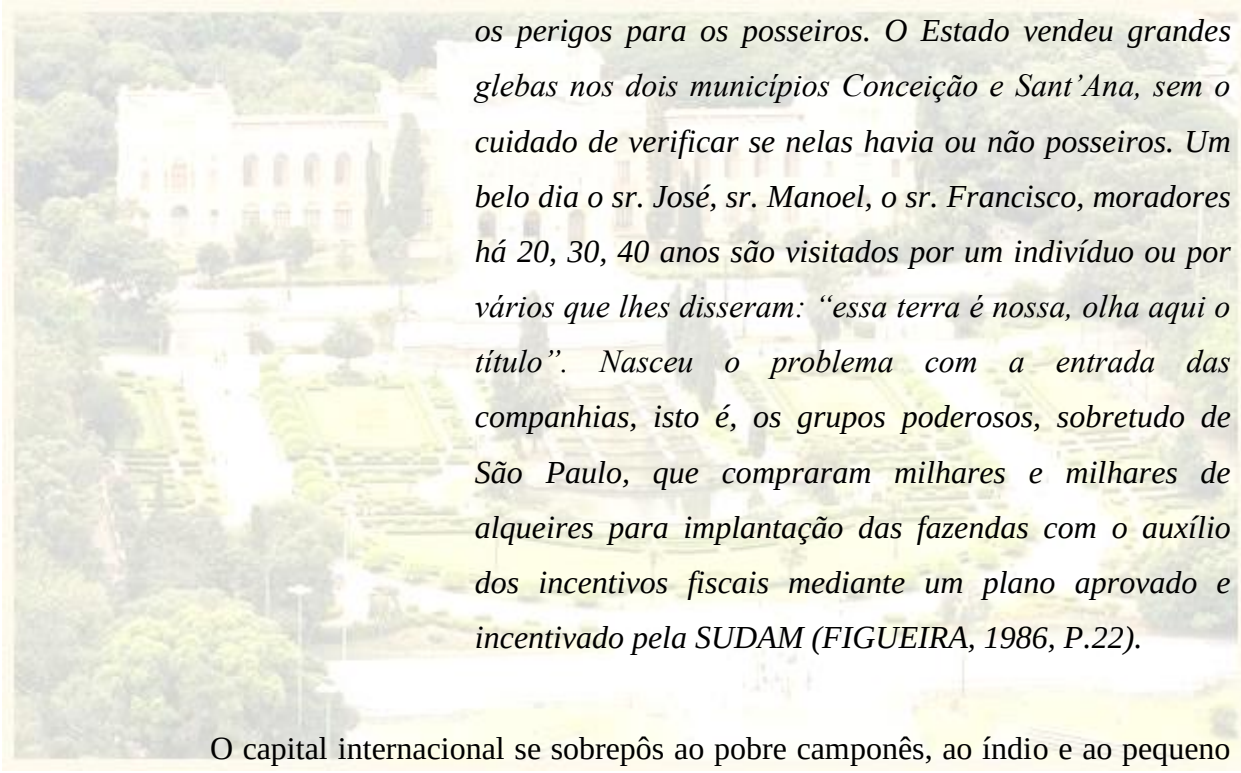
Era o ano de 1945, quando o interventor federal no Pará, coronel Magalhães Barata, cedeu para a FBC cerca de 50 milhões de hectares, situados na margem esquerda do Araguaia para dentro dez quilômetros, equivalente a área com 500 mil quilômetros quadrados, o que significa o território da Espanha ou duas vezes o do Reino Unido.

A Fundação não demarcou ou realizou qualquer benfeitoria nas terras gigantescas. Em 1961, o governador Moura Carvalho anulou a doação, através da lei nº 3.196. Mas não considerou anulados judicialmente registros imobiliários de 35 glebas, que totalizavam 152.000 hectares. Estavam no nome de Yasohati Tokuda. Para piorar a situação, o próprio governo paraense expediu títulos provisórios e de aforamento, o que se sobrepôs às determinações anteriores. Isso provocou muitos e ininterruptos problemas, uma vez que famílias já estavam assentadas nas glebas como posseiros antigos (Figueira, 1986, p.20).

De todo modo, os conflitos ficavam isolados e perdidos no interior paraense, que só veio se conectar, via rodovia, com o restante do Estado em 1960, com a conclusão da BR-153, rodovia Belém-Brasília. Para se ter ideia dos problemas do isolamento local, uma viagem entre Belém e Conceição do Araguaia, por meio fluvial, demorava em média quatro meses.

Em 1961, devido ao crescimento econômico, a vila de Conceição do Araguaia foi desmembrada em duas. Surgiu a vila de Sant'Ana do Araguaia. Os povoados no entorno do Araguaia já estavam sendo formados, com famílias inteiras de posseiros ocupando terras, onde eram praticados o extrativismo mineral, vegetal e animal, e agricultura de subsistência.

Já durante os governos civis militares após o golpe de 1964, a região começou a ser vista sob outra ótica. Surgiram planos para criação de agrovilas e da rodovia Transamazônica. Em 27 de outubro de 1966, pela lei nº 5.173, foi criada a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam).



> *De 1960 para cá começaram a aparecer as dificuldades e os perigos para os posseiros. O Estado vendeu grandes glebas nos dois municípios Conceição e Sant'Ana, sem o cuidado de verificar se nelas havia ou não posseiros. Um belo dia o sr. José, sr. Manoel, o sr. Francisco, moradores há 20, 30, 40 anos são visitados por um indivíduo ou por vários que lhes disseram: "essa terra é nossa, olha aqui o título". Nasceu o problema com a entrada das companhias, isto é, os grupos poderosos, sobretudo de São Paulo, que compraram milhares e milhares de alqueires para implantação das fazendas com o auxílio dos incentivos fiscais mediante um plano aprovado e incentivado pela SUDAM (FIGUEIRA, 1986, P.22).*

O capital internacional se sobrepôs ao pobre camponês, ao índio e ao pequeno produtor rural. As terras foram cedidas aos montes aos grupos internacionais. Somente no Pará, no norte do estado, Daniel Ludwig, multimilionário nascido nos Estados Unidos, tomou posse de nada menos do que 1,5 milhão de hectares de terras e reservas minerais. Na região sul do Pará as terras foram passadas para vários grupos financeiros, entre eles o Sul América, Atlântica-Boa Vista, Peixoto de Castro, Bradesco, Bamerindus, Volkswagen, Atlas, King's Ranch, John Davis, United Steel Corporation, Almeida Prado, Banco Econômico, Lunardelli, Aços Villares, Nixdorf, entre outros (Reina, 2019, Chinem, 1986).

A maior parte da população que habitava a região era formada por migrantes nordestinos, que acreditava numa profecia de Padre Cícero. Havia uma motivação para a

ocupação de terras no meio da floresta amazônica, de fundo religioso. História oral que corria e corre ainda na região é que Padre Cícero havia previsto que para o homem se salvar seria necessário atravessar o Rio Araguaia em busca da Bandeira Verde, terra da promissão e esperança. Os migrantes teriam de enfrentar a era do Capa-Verde, príncipe maligno. Seria travada uma disputa, uma grande guerra, e as forças do bem iriam prevalecer (Carvalho, 2014).

Eram famílias inteiras nordestinas, que buscavam escapar da seca e da fome, em busca de terras e prosperidade nas matas do sudeste do Pará. Todos nascidos maranhenses, piauienses, baianos, cearenses e até capixabas e mineiros. Boa parte dessas famílias já havia passado pelo Estado de Goiás, onde trabalhava como assalariada em fazendas.

Durante o período da guerrilha do Araguaia, pelo menos até 1972, a presença federal nesta região tinha o objetivo de recolher impostos ou para promover a repressão na região. Contudo, o caos diário, violência e injustiça já atingiam níveis enormes, fora de controle. O controle militar se ampliara em 1971, através do decreto-lei 1.164, de abril, que transferiu para a União terras numa faixa de cem quilômetros de cada lado das rodovias federais que cortavam a região do Araguaia. Esse procedimento possibilitou ao governo militar maior intervenção nessas terras.

As vias de acesso terrestre eram a Transamazônica – atual BR-230 –, a Belém-Brasília – BR-010, a PA-70 – atual BR-222, que faz a ligação entre Belém, Brasília e Marabá; além de três estradas operacionais (OP1, OP2 e OP3) abertas pelo Exército durante o período da guerrilha.

O processo de ocupação do baixo Araguaia pode ser assim resumido: Até 1960, era uma área praticamente inabitada, com a presença de índios. Nesse ano foi criada a vila de Itaipavas, às margens do Araguaia. No início da década de 1970, a vila se transformou no ponto mais importante no norte do município de Conceição do Araguaia. Nessa localidade havia uma serraria que beneficiava madeira para exportação, principalmente o mogno.

Mais abaixo, descendo o rio, ainda nos anos 60, surgiu a vila de São Geraldo, com base na exploração de castanha e dos garimpos de cristal. O governo estadual não implantou projeto de colonização. A situação ficou tão difícil que as pessoas acabaram sendo retiradas à força da região, expulsas com a ajuda dos militares. Conforme Figueira:

> ***"até o ano de 1977 o número de famílias de lavradores que foram progressivamente ocupando as terras***

> ***ribeirinhas e do interior possivelmente não ultrapassava 500 e, mesmo assim, manter-se na terra era cada vez mais difícil" (Figueira, 1986, p.68).***

No fim da década de 1960 e início da de 1970, a ação guerrilheira estava organizada em três destacamentos, denominados A, B e C seguindo as diretrizes partidárias contidas nos documentos do PCdoB que preconizava a Guerra Popular Prolongada com características maoístas. Cada segmento era composto por cerca de 20 pessoas, subordinadas a um comando do destacamento, que por sua vez ficava atrelada a uma comissão militar. O destacamento A atuava nas proximidades de São Domingos e São João do Araguaia. O destacamento B ficava no entorno de Palestina, Brejo Grande, São Geraldo e outros espaços próximos a área nordeste da atual Serra das Andorinhas, outrora chamada de Serra dos Martírios. Já o destacamento C estava situado próximo a região sudoeste da mesma serra.

As ações militares para caçar e matar os guerrilheiros do PCdoB na região do Araguaia tiveram início tão logo a deflagração da guerrilha e envolveram os moradores locais. Deixaram fortes marcas nos municípios conflagrados e, principalmente, em seus moradores. Os camponeses, inicialmente, colaboraram, mesmo sem o seu conhecimento, nas ações de reconhecimento de terreno, nas estratégias de obtenção de informações por parte dos militares. Também estiveram envolvidos com os guerrilheiros, chamados por eles de "povo da mata" e de "paulistas". Depois, muitos camponeses foram presos, torturados e desaparecidos, conforme relatam hoje as mulheres sobreviventes. Alguns de seus filhos foram sequestrados pelas forças militares e enviados para trabalhos dentro de quartéis do Exército em outros Estados e no interior do Pará (Reina, 2019).

Por ocasião da denominada guerrilha do Araguaia, a região contava com cerca de 29 mil habitantes. Contudo, vale ressaltar que, apesar do ambiente hostil instalado pelas Forças Armadas, provavelmente em virtude da necessidade campesina e do desconhecimento da realidade local, migrações continuaram a ocorrer, embora em ritmo desacelerado.

3. A LÓGICA DA REPRESSÃO DOS CAMPONESES NO BRASIL

A lógica utilizada pelas forças militares de repressão no Brasil para expulsar camponeses de suas terras no Araguaia, segue cartilha de guerra antirrevolucionária que prega

o aniquilamento total do inimigo e todo seu entorno. Cujo objetivo é reprimir definitivamente a mobilização de qualquer setor da sociedade que esteve em contato e cooperou com o chamado "inimigo" ou "subversivo".

> *Por isso, a repressão não teria se limitado à guerrilha ou a lideranças políticas, mas se dirigiu contra a subversão, transformando todos em suspeitos: mulheres e religiosos que desenvolviam atividades em bairros populares; portadores de necessidades especiais que reivindicavam o acesso a direitos; pessoas com qualquer tipo de envolvimento em atividades sindicais e políticas ou que esboçassem simpatia pelos assim considerados ideais da "subversão" (SANJURJO, 2018, p.63).*

Essa forte repressão está baseada em doutrina desenvolvida pelas forças armadas francesas durante embates em suas ex-colônias na Indochina e na Argélia. No Brasil foi difundida pelo general francês Paul Aussaresses, além de constar do currículo nos cursos da Escola das Américas (*School of the Americas*), do Departament de Defesa dos Estado Unidos, que ensinava a formação de contra-insurgência anticomunista.

A influência dos franceses no pensamento militar brasileiro é muito menos conhecida que a americana, observa Leneide Duarte-Plon. Contudo, a doutrina dos militares franceses está no DNA das ditaduras latino-americanas, a começar pela brasileira, a primeira a se instalar e a que perdurou por mais tempo na América do Sul.

> *Foi a doutrina francesa que serviu de alicerce ao edifício teórico que elaborou a tese do inimigo interno e redesenhou a Doutrina de Segurança Nacional. Segundo essa teoria militar, o adversário a ser combatido é o inimigo interno, representado por comunistas, intelectuais, operários, camponeses, líderes sindicais, estudantes e artistas, simpatizantes de ideias consideradas subversivas. Para lutar contra o inimigo interno, os*

> *militares brasileiros criariam a Lei de Segurança Nacional (LSN) (DUARTE-PLON, 2016, p.37).*

As teorias francesas da "guerra anti-revolucionária" teriam chegado ao Brasil em 1959, numa conferência realizada pelo coronel Augusto Fragoso na Escola Superior de Guerra, no Rio de Janeiro. Foi quando passou a ser adotada pelo Estado-Maior das Forças Armadas, se transformando em prática nas ações originadas a partir do golpe de 1964.

4. A GUERRILHA DO ARAGUAIA E O SEU RECONHECIMENTO PELO ESTADO

A organização política engendrada pelo PCdoB para a denominada guerrilha do Araguaia teve início no final da década de 60; contou com aproximadamente 70 militantes. Tinha como objetivo a inserção do grupo naquela zona rural a fim de conquistar a confiança da população local para, em seguida, leva-los à ideologia comunista e ao posterior levante de uma revolta camponesa aos moldes do que aconteceu na China, com Mao Tse Tung.

Muitos de seus integrantes dispunham de treinamento de guerrilha adquirido em Cuba ou na China. No início dos anos 70, o serviço de monitoramento militar identificou ações suspeitas naquela região, relativas à infração da lei de segurança nacional: uma ameaça comunista. Assim, foram implementadas ações de investigações locais até que, em abril de 1972 teve início inúmeras operações militares que objetivaram a busca, captura e extermínio dos militantes do PCdoB, o que perdurou até o fim de 1975, ano em que também ocorreu a chamada Operação Limpeza que cumpriu o papel de fazer uma varredura local com a retirada de cadáveres e demais provas materiais das ações de repressão desenvolvidas.[6]

O monitoramento ostensivo na região seguiu de forma intensa, com gradiente de afrouxamento e efeitos até os dias atuais. Ação movida pelo Ministério Público Federal do Pará, no ano de 2001, registra a prisão de agentes militares que, mediante ameaças, mantinham visitas a camponeses que atuaram na guerrilha, especialmente como mateiros,

[6] A Operação Limpeza aconteceu no decorrer de 1975 e estendeu-se por vários anos. No primeiro e mais intenso momento (1975), cumpriu o papel de retirar de toda a área de atuação, corpos, objetos ou qualquer elemento que pudesse chamar a atenção para o acontecido. Na sequência, houve visitas e monitoramentos constantes direcionados aos camponeses locais com o objetivo de colher informações sobre a existência de grupos ou pessoas interessadas naquele evento histórico e a continuidade das ameaças a si e aos familiares em caso de contarem sobre o que viram e ouviram (Ministério Público Federal do Pará identificou tais ações até 2001).

com objetivo de garantir a continuidade do silêncio. O mecanismo utilizado para a manutenção de um vínculo de amizade, relação de companheirismo e importância fundava-se na doação de cestas básicas.

Somente após as primeiras investidas, perseguições, prisões e torturas, as Forças Armadas entenderam que os camponeses realmente não tinham conhecimento dos objetivos políticos dos militantes do PCdoB, nesse momento tratados pelos agentes estatais como "terroristas, guerrilheiros e assaltantes de bancos", e pelos camponeses como "paulistas e povo da mata". Ainda assim, foram tomados como partícipes de uma "rede de apoio" aos comunistas, o que não os excluíram das investidas militares. Ou seja, para extirpar a guerrilha era necessário cortar o mal pela raiz e toda área fértil que pudesse propiciar novo levante. Os camponeses faziam parte desse campo fértil.

O livro *Direito à Memória e à Verdade* (Secretaria Nacional de Direitos Humanos, 2007), publicado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, destaca que numa primeira campanha os militares prenderam e intimidaram os moradores, além de incentivar com dinheiro a delação sobre os 'paulistas". Nos depoimentos tomados pelo Ministério Público Federal quando da investigação, realizada em 2001, os moradores da região relatam que os militares agiram com brutalidade nos povoados e cidades, aterrorizando a todos. Muitos camponeses foram presos e espancados, e pelo menos dois foram mortos nessa primeira campanha militar.

> *Teve início, então, a etapa seguinte. Em 07/10/1973, foi desencadeada a terceira e última expedição contra a guerrilha. Batizada como Operação Marajoara, essa nova campanha mobilizou, além do efetivo já presente no local, entre 250 e 750 militares especificamente treinados para o combate direto aos guerrilheiros na floresta, sendo apoiados por helicópteros e aviões. A Presidência da República, encabeçada pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas. A ordem era não fazer prisioneiros. O comando foi composto por militares da Amazônia, que ficavam nos acampamentos do Exército e da Aeronáutica. Suas reuniões eram realizadas na chamada Casa Azul, quartel-*

> *general de todas as operações. (Secretaria Nacional de Direitos Humanos, 2007, p.198).*

O texto acima corrobora narrativas prestadas por camponeses no que tange ao ano, ação e aproximado contingente militar e nos serve para a elucidação quanto a gravidade das operações militares praticadas na região.

5. LOCAIS E PERÍODOS DAS ATIVIDADES MILITARES E SEUS OBJETIVOS

A partir da análise e compilação de dados extraídos dos documentos militares constantes no Relatório Final da CNV, portanto, reconhecidos e tornados oficiais pelo Estado brasileiro, foi possível trabalhar uma suma dos municípios, vilas, povoados e localidades onde houve ação militar, seja com enfoque operacional ou de controle.

A documentação é composta por aproximadamente 1.500 (hum mil e quinhentas) folhas, com pequena parte ilegível. Para a construção da suma foram considerados das operações (i) nomes; (ii) datas; (iii) objetivos e; (iv) locais. Em função do grande lapso temporal utilizado para as operações (1972 a 1975), há localidades que sofreram a presença militar por mais de uma vez ao passo que outras mantiveram bases militares por todos o período e, outras ainda que suportaram tais ações uma única vez, a depender dos planos seguidos para a caça aos guerrilheiros. Para esse trabalho foi definida a apresentação de dois quadros sintéticos, (i) suma das atividades militares e períodos, e; (ii) suma dos municípios, vilas, povoados e demais localidades.

Importa informar que muitas das nomenclaturas utilizadas nos relatórios foram convencionadas pelos próprios militares como meio de identificação de determinado ponto na selva enquanto vários outros são decorrentes de nomes de igarapés ou característica daquele local específico. Por exemplo, Pedra do Almoço recebe esse nome em virtude de ser o local onde os camponeses, em viagem, costumavam parar para almoçar. É compreensível que muitos desses nomes não sejam mais utilizados ou reconhecidos em virtude do grande lapso temporal. As memórias locais, quando não há registro histórico, vão sendo extirpadas na medida que a vida dos mais velhos se esvai. Os documentos analisados, necessariamente, não representam todas as operações e ações militares praticadas na região, muito embora compreendam todo o período reconhecido como de ação e guerrilha.

Quadro I – Suma das datas e operações militares correspondentes

Período	Ações militares
1971 a dezembro de 1972	Operação Mesopotâmia Operação Peixe – 1972 Operação Cigana – Abril de 1972 Missão Xambioá – 11 de abril 72 Autorização para continuidade da Operação Peixe - 9 de junho a, aproximadamente, outubro de 1972 Operação Papagaio – Manobra Araguaia - 10 de setembro de 1972
Dezembro de 1972 a maio de 1973	Trégua Operação Sucuri – Investigação militar – Inteligência militar – Infiltração sob disfarce
Dezembro de 1972 a maio de 1973	Trégua Operação Sucuri – Investigação militar – Inteligência militar – Infiltração sob disfarce
Maio de 1973 ao final de 1974	Operação Marajoara – 1973 a 1974
Final de 1974 a 1975	Operação Limpeza

Fonte: *"Operação Araguaia – os arquivos secretos da guerrilha" (2005) e Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV).*

A partir da leitura acima, é possível identificar a quantidade de ações militares e sua divisão temporal.

Quadro II – Suma dos municípios, vilas, lugarejos e demais localidades onde as FFAA atuaram

Qt	Locais	Qt	Locais	Qt	Locais
1	8 Barracas	39	Duas Passagens	76	Pau Preto-Mutum
2	Abóbora	40	Entroncamento	77	Pernambuco
3	Albertino	41	Esperancinha	78	Ponte Sena
4	Alvo (Chega com Jeito),	42	Estrada da Serraria	79	Região da Cigana,
5	Apinajés,		Marcelinense	80	Regiões do Vale do
6	Araguaína	43	Estreito		Saranzal
7	Araguanã	44	Faveiro	81	Remanso dos Botos
8	Araguatins	45	Fazenda	82	Rio Saranzal
9	Área limítrofe do estado do	46	Fazenda Pernambuco	83	Rio Xambioá
	Pará	47	Formiga	84	Santa Cruz
10	Axixá	48	Fortaleza	85	Santa Tereza
11	Bacaba	49	Gameleira I	86	São Domingos do
12	Boca do Caiano	50	Gameleira II		Araguaia
13	Bom Jesus	51	Gameleira	87	São Domingos do
14	Brejo Grande	52	Gameleirinha (Alto da		Capim,
15	Cachimbeiro		Gameleira)	88	São Geraldo do
16	Cafezeira	53	Goiás e Maranhão ao		Araguaia
17	Caiano		norte do Pará	89	São João do Araguaia
18	Castanhal da Viúva	54	Grota Vermelha	90	São João
19	Calixto		(Mutum)	91	São José I
20	Casa de Alandrine	55	Igarapé dos Perdidos	92	Serra das Andorinhas
21	Casa do Manoel de Freitas	56	Imperatriz	93	Serra Rica
22	Castanhal da Viúva	57	Indústria Madeireira	94	Seruco
23	Castanhal do Alexandre e	58	Paraense Ltda	95	Sítio da Viúva
24	Zé Ferreira	9	Itamirim	96	Sítio do Pedrão
25	Castanhal do Getubino	60	Jabotiara	97	Sítio Paulista
26	Castanhal do João de	61	José Novato,	98	Sobra de Terra
	Aquino	62	Km 72 da	99	Some Home
27	Castanhal do Noleto		Transamazônica	100	Sul da Serra das
28	Castanhal do Oswaldinho	63	Limpeza		Andorinhas (Pau Preto)

29	Castanhal do Zé Ferreira	64	Manoel Freitas	101	Transamazônica
30	Castanhal do Zé Pereira	65	Marabá	102	(Estreito-Marabá)
31	Castanhal José e São Sebastião	66	Matrinchã	103	Transamazônica e povoados (casas
32	Chega com Jeito	67	Metade		isoladas por 30 dias)
33	Cigana	68	Miúdos	104	Transamazônica Km
34	Cocalinho	69	Mutum		72,
35	Consolação	70	Novo Mundo	105	Transamazônica
36	Consulta	71	Palestina	106	Umbaubal
37	Couro Dantas	72	Patrimônio	107	Vale do Saranzal
38	Domingos da Júlia e Luiz Bacião	73	Pau Cem	108	Viração de Cima
		74	Pau Preto I	109	Xambioá
		75	Pau Preto		

Fonte: *"Operação Araguaia – os arquivos secretos da guerrilha" (2005) e Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV).*

Apesar dos documentos militares analisados não refletirem a totalidade das operações militares praticadas na região, foi possível identificar 109 localidades diretamente atingidas.

5.1. PERÍMETRO ATINGIDO PELAS AÇÕES MILITARES E CRITÉRIOS PARA SUA DEMARCAÇÃO

A partir dessas informações somadas às entrevistas com os camponeses, foi possível desenhar o perímetro de atuação militar em km². Para tanto, a fim de corroborar ou não a conclusão chegada, foi também considerada a fala do ex-militante do PCdoB e ex-guerrilheiro, José Genoíno Neto, em entrevista concedida em 1º de março de 2022. Nessa entrevista, Genoíno confirmou a existência de uma base militar permanente em Marabá/PA e em Xambioá/TO, além da base de Araguaína que servia como um suporte.

Também corrobora nossa conclusão quanto aos pontos que estabelecem o perímetro de atuação direta dos militares, o que perfaz a totalidade da área compreendida entre Marabá, no sentido do Rio Taurizinho, com a extensão de uma linha imaginária que junta pontos estabelecidos pelos rios e igarapés subsequentes até a chegada ao município de Xinguara, antes, Conceição do Araguaia[7]. Em resumo, o perímetro forma uma espécie de barriga banhada pelo rio Araguaia em quase todo o percurso que finda com o Rio Tocantins, na altura de Marabá/PA.

Genoíno confirmou ainda que toda a margem dos rios Araguaia e Tocantins, seja do lado do Pará ou do Tocantins e Maranhão, permaneceu sob vigília e controle militar, à

[7] O município de Conceição do Araguaia abarcava área geográfica posteriormente dividida em 5 municípios. Xinguara foi criada em 1982.

exceção de Xambioá que foi tomada quase por completo em virtude de comportar base Militar ali instalada e permanente durante todo o período de combate (1972 a 1975).

O mapa abaixo permite a identificação do perímetro da guerrilha do Araguaia considerando as conclusões geradas pelas pesquisas, à saber:

Importa esclarecer que a demarcação do perímetro acima descrito não carrega precisão matemática. Os levantamentos, conforme já exposto, tomaram como base documentos militares, depoimentos de camponeses que vivenciaram a guerrilha e informações prestadas por José Genoíno Neto, além de informações contidas na bibliografia lida e analisada neste trabalho. O conjunto dessas informações conduziu ao resultado apresentado com base nas seguintes considerações:

Quadro III – Critérios estabelecidos para a demarcação do perímetro da guerrilha

Municípios/áreas	Critérios para definição dos perímetros	Fundamentação
Municípios integralmente tomados pelas FFAA	Computação da área total em km²	O município, em sua integralidade, está inserido na área identificada pela pesquisa.
Municípios parcialmente tomados pelas FFAA no Pará (1)	Computação da área parcial considerando os maiores rios e afluentes	Declarações prestadas pelos camponeses, bibliografia e entrevista com José Genoíno Neto.
Municípios parcialmente tomados pelas FFAA no Pará (2)	Computação da área parcial considerando o 52º BIS	O 52º BIS foi construído distante do centro da cidade, às margens da Transamazônica, em direção ao município de São Domingos das Latas, hoje São Domingos do Araguaia. Era o marco institucional do perímetro da guerrilha que tinha na outra ponta o município de Xambioá/TO.
Limites nos estados de Tocantins e Maranhão	Perímetro de 10 km a partir da margem dos Rios Araguaia e Tocantins que marcam a divisa entre os estados	Declarações prestadas pelos camponeses, bibliografia e entrevista com José Genoíno Neto informaram que toda a margem dos rios Araguaia e Tocantins foram monitoradas durante todo o período da guerrilha. **Fundamentar os 10km ou alterar.**

Fonte: *"Operação Araguaia – os arquivos secretos da guerrilha" (2005), Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV), depoimentos de camponeses locais e entrevista com JOSÉ GENOÍNO NETO.*

Dessa forma, a área total atingida pelas atividades das Forças Armadas durante a Guerrilha do Araguaia, seja no sentido de controle, vigília e/ou combate abarca o total de 13 municípios expostos no quadro abaixo.

Quadro IV – Municípios atingidos pelas FFAA durante a Guerrilha do Araguaia, integral ou parcialmente

Município	Estado	Área em Km2	Área contabilizada
Ananás (Rebojo)	Tocantins (TO)	1.587,000 km²	476,100 km²
Araguaína	Tocantins (TO)	4.000,416 km²	400,041 km²
Araguanã	Tocantins (TO)	1.103,330 km²	110,333 km²

Araguatins	Tocantins (TO)	2.633,278 km²	789,981 km²
Carmolândia	Tocantins (TO)	339,401 km²	33,940 km²
Curionópolis	Pará (PA)	2.368,698 km²	1.184,349 Km²
Eldorado do Carajás	Pará (PA)	2.956,691 km²	2.956,691 km²
Esperantina	Tocantins (TO)	504,019 km²	504,019 Km²
Marabá	Pará (PA)	15.128,000 km²	4.538,400 km²
Palestina	Pará (PA)	988,880 km²	988,880 km²
Piçarra	Pará (PA)	3.312,485 km²	3.312,485 km²
São Domingos do Araguaia	Pará (PA)	1.398,500 km²	1.398,500 km²
São Geraldo do Araguaia	Pará (PA)	3.270,000 km²	3.270,000 km²
Xambioá	Tocantins (TO)	1.186,000 km²	1.186,000 km²
Xinguara	Pará (PA)	3.779,412 km²	3.779,412 km²
Perímetro total levantado			**24.929,131 km²**

Fonte: IBGE

José Genoíno trouxe a informação de que as atividades da guerrilha eram divididas em dois perímetros. O primeiro, maior, chamado de recuo, estendia-se de Marabá a Conceição do Araguaia, do Xingu a Araguaína. A área era inabitada, motivo pelo qual afirma que se os guerrilheiros tivessem conseguido chegar ao Xingu, não teriam sido capturados. O outro perímetro, menor, era estabelecido pela ocupação dos grupos de militantes.

Quanto às atividades militares, igualmente havia uma área, que denomina como perímetro amplo, cujo objetivo e serventia estava fundada na vigilância e monitoramento ostensivo local. Contava com representantes do Destacamento de Operações de Informação - Centro de Operações de Defesa (DOI-CODI) e outros órgãos de repressão. Esse perímetro amplo é estendido aos municípios de Imperatriz, Carolina do Norte, Araguaína e Araguatins. O perímetro menor era dividido em área de controle e perseguição e combate.

As perseguições, no entanto, também ocorriam nas áreas de controle. Toda a margem do Rio Araguaia, seja do lado do Pará ou do Tocantins, Rio Tocantins, seja do lado do Tocantins ou Maranhão, rodovia Belém-Brasília, início da Transamazônica até a entrada de Mato Grosso do Sul e prelazia de São Félix do Xingu era área de controle permanente. A área restrita, de atuação contínua, embora nem sempre concomitante, é essa demarcada por Marabá (Rio Taurizinho) até Xinguara (Conceição do Araguaia), com extensão, dentro desse perímetro, aos municípios que margeiam os rios Araguaia, lado do Tocantins e rio Tocantins, lado do Maranhão, conforme fazem provas os documentos militares analisados.

6. EXPULSÃO DAS TERRAS E RELATOS DE CAMPONESES

A história, o governo, os militares e a sociedade ocultaram muitas das atrocidades cometidas durante a guerrilha do Araguaia. Resultado de um projeto bem-sucedido, crueldades extremas foram praticadas pelas forças militares durante o levante na década de 1970. Ficaram silenciadas por décadas e vozes de centenas de vítimas foram caladas por processos diversos, da morte à intimidação, pela censura ao esquecimento.

Todos os camponeses foram atingidos pelas ações militares que tomaram a região, seja de forma ostensiva, no decorrer de todo o período da guerrilha, seja de maneira descontínua. Ocorre que o camponês sobrevive do que planta e cria, segue uma lógica de produção vinculada as estações do ano e seu "salário", sua "renda alimentar" não é computada mês a mês, em dia certo e sabido.

O camponês segue um cronograma sazonal que impõe organização anual para sua sobrevivência. A quebra de um dos elos dessa corrente significa prejuízo imediato cumulado com trabalho perdido, quando não pode, por exemplo, colher o que plantou e cuidou, caso em que perde o tempo dedicado ao trabalho pretérito e o sustento, a "ração" que deve ser colhida e guardada para presente e futuro até próxima colheita.

Os moradores locais, posseiros migrantes de vários estados viam na região a possibilidade de moradia, trabalho e cuidado familiar. Mantinham convívio amistoso com os novos migrantes, tanto quanto qualquer outro e não tinham conhecimento dos objetivos políticos dos novos migrantes que guardavam características físicas diferenciadas. O único diferencial residia na simpatia e gratidão pelo fato de serem educados, solícitos, portadores de conhecimentos médicos e medicamentos que emprestavam à comunidade.

A relação construída entre os camponeses e os integrantes do PCdoB, somada ao fato de estarem distribuídos em postos espalhados por toda a região, contribuiu para a continuidade persecutória dos mesmos e a nominação como "rede de apoio aos terroristas". Considerando também que os militantes do PCdoB partiram em fuga para a selva e que dela eram conhecedores, as forças militares foram compelidas ao mesmo caminho. Portanto, a partir dessa caçada aos comunistas que se gerou a destruição de lares, de roças e a tomada de terras dos indivíduos que lá atuavam há décadas.

Euclides Martins de Moraes e família moravam na beira de um igarapé denominado Córrego dos Veados. "Era uma areazinha que nóis prantava arroz, manaíba,

milho, mandioca. Fazia farinha numa casinha", explica Moraes. A terra que ele e família composta por 11 pessoas trabalhavam tinha cerca de 50 alqueires.

Um dos filhos de Euclides, com seu mesmo nome, relata que o pai foi preso pelos militares no dia 1º de novembro de 1973:

> *Chegou umas pessoa lá (sic), procurando assim: Ô seu 'Zédiu', cê pode me acompanhar ali na Bacaba? E aí, tava a tropa do Exército, ali junto ali. E ele acompanhou a tropa do Exército e foram pra Bacaba. Que era na beira da Transamazônica lá no quilômetro 73. Aí ficou por lá, veio pra Marabá. Aí lá tinha uma prisão lá. Na prisão lá tinha tortura viu? O camarada subia em cima de uma lata assim, passava a rasteira só pra ver o cara deitar no chão. E chutava a cara, chutava as partes íntimas... E tinha um aparelhozinho com pilha, aí eles dizia assim, pega aqui procê vê como é bom. Ai quando pessoa pegava e tocava... o cabra caia embolado todinho no chão. Aquilo era só tortura que eles faziam.*

O camponês conta ainda que o pai passou por várias sessões de tortura, entre elas o telefone, quando a vítima recebe fortes tapas simultâneos nos ouvidos. "Aquilo tinha vez que espancava que o sangue descia", complementa outro filho de Euclides, Ladiel Martins de Moraes. Euclides pai ficou preso sem nenhum contato com a família por 30 dias. Esteve confinado num barraco onde não tinha acesso ao sol. Num determinado dia foi transferido para uma base do Exército em Araguaína, onde permaneceu preso mais 29 dias.

Recebeu tanta tortura, reclamam os filhos, que não conseguiu mais trabalhar. "A lembrança que nóis tinha é porque ele era saudável, quando ele foi preso. Depois de preso ele ficou sem poder trabalhar e foi indo até a morte. Ele morreu dia 20 de setembro de 2002", relata Ladiel. Os filhos dizem que Euclides era uma pessoa alegre, divertida. Depois ficou triste, totalmente diferente. Além da prisão do pai, foram expulsos de suas terras.

Outro camponês que teve as terras expropriadas pelo Exército no Araguaia é Vicente Pedro da Silva. Ele foi preso em 1972. Passou pelas bases militares de Bacaba e Araguaína. Sofreu muita tortura. Diz que ficavam muitos dias sem comer, presos nus dentro de um buraco no chão. Quando deixaram os presos sair do buraco na base de Bacaba,

apelidado de Vietnã, "teve gente que saiu procurando dentro dos tambor de lixo, procurando o que comer", conta em meio a lágrimas. Toda vez que recorda sobre o que passou na prisão nos anos 70, diz a esposa Creuza Ribeira Alves Rocha, Vicente se emociona e chora muito. Durante a entrevista, a mulher tenta acalmá-lo para prosseguir a história.

O agricultor morava com a família em Brejo Grande, numa casinha coberta por palha, numa gleba com 20 alqueires. Hoje, continua na mesma região. Ele conta que os soldados do Exército invadiram a moradia durante a madrugada, enquanto ele estava dormindo. "Tava dentro dois soldado, aí armado, aí me chamaram pra ir com eles até a Bacaba. Aí eu pedi pra mim vestir uma roupa, que eu tava só de short. Aí eles disse 'pode vestir'. Eu vesti uma roupa e calcei um chinelo e fui com eles", relembra.

Aponta que ao chegar na base de Bacaba foi jogado dentro do buraco-prisão, o Vietnã. Mas não falaram a razão da prisão. "(Na base de Bacaba) Era tudo molhado de urina dentro do coisa. Não tinha banheiro. Era homem demais dentro do coisa, era tudo nu. Era demais, era gente demais, homem demais. E sem comer!"

Mesma violência é relatada por Angelo Lopes de Souza, que morava com a esposa Ione Gomes Tavares, que trabalhavam em 22 alqueires de terra. Lá plantavam mandioca, milho, arroz, feijão, abóbora e laranja. "Era uma vida tranquila mesmo! Graças a Deus", diz Angelo. Mas, "aí, de repente chegou... Surgiu essa conclusão de me pegar e de me carregar eu", reclama. Entre as torturas que sofreu, diz que levou muitos socos, pontapés. "O cabo dava era de botina nas costela da gente! Eu me queixo ainda que, eu fiquei com uma dor nesse quarto", apontando para as costas.

Adão Rodrigues Lima, camponês que vivenciou a Guerrilha do Araguaia afirma, conforme seu requerimento de anistia e o voto de Frederico Lopes na Comissão de Anistia, no Ministério da Justiça:[8]

> *"[...] Perdi tudo, fiquei sem nada e até hoje vivo doente sem poder trabalhar. Nunca mais arrumei o que tinha na época que era saúde e terra para trabalhar. Então eu peço que tenham compaixão dos torturados da Guerrilha*

[8] A Comissão de Anistia foi criada por força da lei 10.559/02 que regulamentou o art. 8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88. Até o dia 1 de janeiro de 2019 funcionou dentro do Ministério da Justiça (MJ) e vinculada, diretamente, ao Gabinete da Presidência da República, posteriormente foi inserida no criado Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos (MDH). Cumpre o papel de assessorar o Ministro da pasta onde está localizada, com a análise e manifestação de voto quanto a declaração da condição de anistiado político e as reparações decorrentes.

do Araguaia porque somos necessitados, pobres e doentes de tanto apanhar." [o grifo é nosso]

Como bem informa o relato acima transcrito a terra era a garantia de sobrevivência da região. Valiam-se os moradores, para tanto, da agricultura estruturada a partir de núcleos familiares (agricultura familiar), da caça, da pesca e do extrativismo.

No mesmo sentido, segue o extraído do voto de José Vaqueiro dos Santos, camponês que vivenciou a Guerrilha do Araguaia e a Batalha dos Perdidos:[9]

"Portanto, 'neutralizar a rede de apoio' traduzia uma estratégia militar de encarceramento e a submissão da população, que era considerada pelos órgãos de inteligência militar como parte da rede de apoio guerrilheira. Conforme conclui o relatório da CNV, "o saldo final dessa operação foi a aniquilação total da guerrilha na região: 56 guerrilheiros mortos (cujos corpos ainda se encontram desaparecidos) e mais de duas centenas de camponeses presos sob acusação de constituírem as redes de apoio da guerrilha."

Conforme se extrai das narrativas acima, indubitáveis as agressões suportadas pelos camponeses locais**.**

6.1. ESTIMATIVA DA ÁREA DE TERRAS TOMADA

A análise das entrevistas dos camponeses do Araguaia permitiu identificar 102 narrativas que revelam a perda da terra via expulsão pelas Forças Armadas. Esse grupo está dividido entre os que informaram a localidade e a área de terra perdida, aqueles que informaram somente a localidade e outro que informou apenas a área. A falta da indicação da

[9] A Batalha dos Perdidos ocorreu em outubro de 1976, na sequência da Guerrilha do Araguaia, situada dentro do perímetro da guerrilha, ás margens do Rio Araguaia pelo lado do Pará. Tratou-se de um confronto entre camponeses locais, INCRA e policiais locais. Após o confronto houve a atuação das FFAA que temiam tratar-se de um novo levante dos mesmos atores da Guerrilha do Araguaia. No entanto, o confronto tinha como foco a briga pelas posses de terra.

localização das terras não interfere na apuração aqui proposta, uma vez que inseridas na área de atuação das FFAA.

Quanto à dimensão das terras, para efeito desse trabalho, com base na área mencionada com maior frequência, foi arbitrado 20 alqueires para cada camponês, conforme quadro abaixo.

Quadro V – Áreas de terra tomadas dos camponeses do Araguaia

Qt áreas	Localidades	Alqueires	Km²
32	Sem identificação	543	0,97
1	Araguanã, beira do Rio Araguaia	14	0,68
2	Bacaba	41	1,99
1	Beira Transamazônica	20	0,97
2	Bom Jesus	25	1,21
1	Boqueirão 21,31	20	0,97
1	Brasil Espanha	20	0,97
3	Brejo Grande	60	2,91
1	Caçador, perto de São Domingos do Araguaia	10	0,48
2	Caiano	65	3,14
2	Cajazeiro, em São João do Araguaia	40	1,94
1	Chega com Jeito, na Fortaleza	15	0,72
1	Córrego do Ouro, São Geraldo do Araguaia	20	0,97
1	Córrego dos Veados	50	2,42
1	Espanha, do outro lado da OP3	20	0,97
2	Fazenda Jacu. Beira do Igarapé Jacu.	100	4,84
2	Formiga	45	2,14
7	Fortaleza	130	6,31
1	Gameleira	22	1,06
1	Ilha de campo	10	0,48
1	Lado de Goiás, hoje Tocantins.	30	1,45
4	Metade	100	3,88
1	Obá, São Domingos do Araguaia	20	0,97
1	Olhos D'Água, Cearencezinho	20	0,97
1	OP3	200	9,68
3	Palestina	80	3,86
4	Perdidos	120	4,85
1	Poções, perto de São Domingos do Araguaia	50	2,42
2	Próximo a Marabá	54	2,61
2	Próximo a Palestina	40	1,94
1	Próximo a Santa Luzia do Velho Jorge	30	1,45
4	Próximo a São Domingos do Araguaia	75	3,63
1	Próximo a São Geraldo do Araguaia	20	0,97
1	Próximo do Osvaldão e a Dina (Serra das Andorinhas)	03	0,15
1	Sair do Sol – São Domingos do Araguaia	50	2,42
1	Santa Luzia	20	0,97
1	São João do Araguaia	20	0,97
1	Simão, também conhecida como Santa Teresa	20	0,97
1	Sororozinho, perto do Pau Preto	10	0,48
2	Tabocão	44	2,12
1	Taboquinha	22	1,06
2	Xambioá	125	6,05
Total 102		**2.423**	**90,01**

Fonte: *"Operação Araguaia – os arquivos secretos da guerrilha" (2005) e Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV).*

Para além do patrimônio material imediatamente perdido, significa que 100 famílias perderam suas residências e seu meio de trabalho e sustento. Foi retirada a possibilidade do sustento familiar. Estas mesmas famílias camponesas tiveram seus maridos e/ou filhos e outros familiares presos, torturados, mortos e desaparecidos. Importante destacar que a região específica onde ocorreu a guerrilha tinha, naquela época, cerca de 29 mil habitantes, de acordo com o Anuário Estatístico do Brasil 1972 do IBGE, com resultados do Censo Demográfico de 1970, dados sobre a população residente, área e densidade demográfica, segundo as unidades da Federação, as microrregiões homogêneas e municípios.

A título de exemplificação, área tomada dos camponeses do Araguaia pelas forças militares, que é de **90,01** km² é maior que a área territorial de:

Quadro VI

Cidade/País	**Área em km2**	**Equivalência**
Paris	105,40 km2	1 vez
Cuba	109,80 km2	1 vez
República Dominicana	48,40 km2	Quase 2 vezes
São Caetano do Sul (SP)	15,30 km2	6 vezes
Osasco (SP)	64,09 km2	1 vez e meia
Aracaju (SE)	181,90 km²	Metade da área
Olinda (PE)	41,68 km²	Mais de 2 vezes
Suíça	41,20 km²	Mais de 2 vezes
Lisboa (Portugal)	100 km²	1 vez
Florença (Itália)	102 km²	1 vez
Montevideo (Uruguai)	200,70 km²	Metade

Fonte: IBGE/Prefeituras locais/ONU

No mesmo ano, mas na região da guerrilha do Araguaia, o Censo 1970 do IBGE aponta que moravam nas localidades onde estavam os guerrilheiros – os atuais oito municípios de Araguanã, Araguatins, Marabá, Palestina do Pará, São Domingos do Araguaia, São Geraldo do Araguaia e Xambioá – pouco mais de 126 mil habitantes, numa área territorial total de 25.370,000 Km² (vinte e cinco milhões, trezentos e setenta mil quilômetros quadrados).

Importa reafirmar que o resultado mostrado diz respeito às entrevistas de 100 camponeses e que esses não significam a totalidade daqueles que viviam na região. Muito ainda há que ser pesquisado, analisado e registrado como meio de resguardo da memória e resgate da verdade histórica. A junção desses elementos permite uma melhor compreensão da situação atual da região, possibilitam a identidade e o pertencimento local de maneira integral e conhecimento necessário para as tomadas de medidas para mudança e melhoria das realidades locais.

7. CONCLUSÃO

Com as várias produções históricas, acadêmicas e de imprensa que se seguiram ao final da ditadura, temos um bom volume de textos sobre a morte e o desaparecimento de sete dezenas de militantes do PCdoB, que intentavam realizar um levante na região do Araguaia. Mediante esforço de pesquisadores, jornalistas, familiares, essas produções narram os acontecimentos que se passaram no início dos anos 70 e demandam informações sobre os corpos ainda desaparecidos dos guerrilheiros. Há, contudo, um grande silêncio sobre os camponeses que, considerados cúmplices dos chamados "guerrilheiros" pelos militares e moradores locais, foram submetidos ao mesmo tratamento conferido aos comunistas.

Nesse sentido, ainda não se deu a devida atenção ao que se sucedeu na região envolvendo a disputa das terras, as ações dos militares direcionada aos camponeses. Ao prestar uma escuta atenta ao depoimento desses agricultores e posseiros, descobre-se que as ações das forças militares, além de promover o massacre dos insurgentes e a destruição das cidades da região, perpetram atos de extrema crueldade, sem poupar mulheres e crianças. Assim como disse Euclides da Cunha sobre Canudos, o Araguaia também se transformou numa "imunda antessala do paraíso", território cruzado por "estradas fascinadoramente traiçoeiras que levam ao inferno". Nesse sentido, as camponesas do Araguaia narram cenas e fatos dominados pela desordem e pelo crime e que nunca foram antes revelados.

Importa reconhecer que a expulsão das terras e a sua redistribuição pelo Estado a pretexto de assentamento rural, significou uma apropriação para futura entrega àqueles escolhidos pelos agentes do Estado que permaneceram na região, como é exemplo o major conhecido como Curió. Trata-se de agentes estatais que, pela liberdade vivenciada em lugar ermo, o poder delegado agregado à ambição pessoal, passaram a "donos" de terras e passaram a distribuí-las e negociá-las segundo interesses pessoais ou de grupos interligados, obviamente, com a absoluta exclusão do campesinato que, durante todo o processo, nada representou. Os camponeses, tão somente, serviram obrigatoriamente às Forças Armadas para em seguida serem descartados. Tratativa semelhante, embora fundada em objetivos diferentes, foi a eles dispensada pelos militantes do PCdoB quando dirigiram-se para a localidade e trabalharam no sentido de cooptá-los como elementos de um levante rural.

Em suma, não restou aos camponeses nem voz, nem ouvidos, nem memória, nem terras, nem a manutenção da atividade campesina na condição de posseiro, "dono" de sua

própria terra. Aos camponeses sobrou a invisibilidade e insignificância, sentidos que precisamos ter novos significados.

8. BIBLIOGRAFIA

CAMPOS FILHO, Romualdo Pessoa. **Guerrilha do Araguaia – a esquerda em armas**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2012.

CAMPOS FILHO, Romualdo Pessoa. **Araguaia – Depois da guerrilha, outra guerra**, São Paulo: Anita Garibaldi, 2014.

CARVALHO, José Rodrigues de. **Paisagens simbólicas: catolicismo popular e o mito das "bandeiras verdes" na romaria do Senhor do Bonfim em Araguacema (TO).** Revista Geografares, n°16, p.141-167, Janeiro-Junho, 2014.

CHINEM, Rivaldo. **Sentença – padres e posseiros do Araguaia**. São Paulo: Paz e Terra, 1983.

DÓRIA, Palmério; BUARQUE, Sérgio; CARELLI, Vincent; SAUTCHUK, Jaime. **A guerrilha do Araguaia**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

DUARTE-PLON, Leneide**. A tortura como arma de guerra – da Argélia ao Brasil – como os militares franceses exportaram os esquadrões da morte e o terrorismo de Estado**. São Paulo, Civilização Brasileira, 2016.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. **A justiça do lobo – posseiros e padres do Araguaia**. Petrópolis: Vozes, 1986.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

GRABOIS, Maurício**. Relatório sobre guerrilha Araguaia, de 1972 a 1973**. São Paulo: Anita Garibaldi, 1974.

JIMENEZ, José Vargas. **Bacaba – memórias de um guerreiro de selva da guerrilha do Araguaia**, Campo Grande: Edição do Autor, 2007.

MORAIS, Taís; SILVA, Eumano. **Operação Araguaia – os arquivos secretos da guerrilha**. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

NOSSA, Leonêncio. **Mata! O major Curió e as guerrilhas do Araguaia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

PORTELA, Fernando. **Guerra de guerrilhas no Brasil, a saga do Araguaia**. São Paulo: Terceiro Nome, 2002.

REINA, Eduardo. **Cativeiro sem fim**. São Paulo, Alameda Editorial, 2019.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Direito à Memória e à Verdade – histórias de meninas e meninos marcados pela ditadura**. SEDH, Brasília: Presidência da República, 2009.

Prefeitura de Paris, <https://opendata.paris.fr/pages/home/>, acesso em 26/05/2021.

Área territorial das capitais do Brasil. < https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html?=&t=acesso-ao-produto>, acesso em 13/02/2022.

Área territorial do estado do Alagoas. <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/al.html, acesso em 14/02/2022.

Área territorial do estado de Sergipe. <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/se.html>, acesso em 14/02/2022.

Arquivos Secretos do Araguaia. <https://www.marxists.org/portugues/tematica/livros/diversos/araguaia.htm>, acesso em 14/02/2022.

Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos - Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007 400p. <file:///C:/Users/User/Downloads/direito-a-memoria-e-a-verdade-2013-comissao%20(1).pdf>, acesso em 14/02/2022.

Número de habitantes de Paris em 1972 segundo o Institut National de la statistique et des études économiques (Insee). <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2119504>, acesso em 26/05/2021.

Número de habitantes Taguatinga/DF 2016. <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2016/08/pdad-taguatinga-2015-2016.pdf>, acesso em 13/02/2022.

Relatório Final CNV. < http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html> acesso 14/02/2022.

IBGE, censo 1970. <https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=769&view=detalhes>, acesso em 19/09/2022.

https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/08/01/bolsonaro-faz-mudancas-na-comissao-de-mortos-e-desaparecidos-politicos.ghtml, acesso 24/02/2022.

DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

DICHOTOMY BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE LAW

Teresa Cristina Della Monica Kodama[1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-7462-1251

Submissão: 12/10/2022 Aprovação: 07/11/2022

RESUMO:

Desde a Antiguidade, discute-se os critérios diferenciadores e a dicotomia entre o Direito Púbico e o Privado, passando por pensadores como Aristóteles, Sócrates, Platão e Hannah Arendt.

Busca-se com o presente trabalho estabelecer as distinções entre o Direito Público e Privado na Contemporaneidade, nos seus diversos ramos, princípios e as dimensões fundamentais da Democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Dicotomia. Direito Público e Privado. Democracia.

ABSTRACT:

Since antiquity, the differentiating criteria and the dichotomy between Public and Private Law have been discussed, including thinkers such as Aristotle, Socrates, Plato and Hannah Arendt.

The aim of this work is to establish distinctions between public and private law in contemporary times, in its various branches, principles and fundamental dimensions of Democracy.

KEYWORDS: Dichotomy. Public and Private Law. Democracy.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A Origem da Dicotomia do Direito Público e do Direito Privado. III. Direito Público e Privado para Aristóteles, para Sócrates, Platão e Hannah Arendt. IV, Direito Público e Privado na Contemporaneidade. V. Ramos do Direito Público.

[1] Procuradora do Estado de São Paulo. E-mail: tcdmkodama@gmail.com

VI. Ramos do Direito Privado. VII. Princípios do Direito Público. VIII. Dimensões Fundamentais da Democracia. IX. Conclusão. X. Bibliografia.

SUMMARY: I. Introduction. II. The Origin of the Dichotomy of Public Law and Private Law. III. Public and Private Law for Aristotle, for Socrates, Plato and Hannah Arendt. IV, Public and Private Law in Contemporaneity. V. Branches of Public Law. SAW. Branches of Private Law. VII. Principles of Public Law. VIII. Fundamental Dimensions of Democracy. IX. Conclusion. X. Bibliography.

I. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa demonstrar a dicotomia existente no âmbito público e privado no ordenamento brasileiro, com análise da dificuldade de se distinguir essas duas esferas, baseando-se no Direito Administrativo para a elucidação de algumas questões.

Há discussão doutrinária, desde a Antiguidade, sobre os critérios diferenciadores, sendo que existe o entendimento de que a dicotomia entre o Direito Púbico e o Privado e inexistente.

Iremos tecer considerações sobre o Direito, tanto público, como o privado e o social, assim como como seriam para Aristóteles Sócrates, Platão e para Hannah Arendt.

Também serão mencionadas as distinções sobre o Direito Público e Privado na Contemporaneidade, ramos do Direito Público. Ramos do Direito Privado, princípios do Direito Público, e as Dimensões Fundamentais da Democracia.

Neste singelo trabalho, iremos estudar, as principais teorias sobre a questão.

II. A ORIGEM DA DICOTOMIA DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO

Encontra-se no Direito Romano a origem da dicotomia Direito Público e Direito Privado.

Vincula-se a explicação da mencionada origem nas ideias de Hannah Arendt, na estrutura socioeconômica do povo romano, que tinha pleno conhecimento tanto no que se referia à esfera púbica, como na privada, sendo que tal distinção não se verificou na Idade Média.

Por outro lado, as invasões bárbaras resultaram em nova visão política.

Na Revolução Francesa ressurgiu a dicotomia Direito Público e Direito Privado, retomando ao modelo romano.

No Código de Napoleão do ano de 1804, foi dada ênfase à família, à propriedade e aos contratos onde prevalece o entendimento da existência da igualdade e liberdade.

A Europa continental e os países latino-americanos se basearam no modelo napoleônico, que tiveram por embasamento os modelos romano-germânicos.

No Direito Privado do Brasil, nos séculos XIX e XX, inexistiu comprometimento social, e abrangeu a propriedade, contratos e a família.

III.DIREITO PÚBLICO E PRIVADO PARA ARISTÓTELES, PARA SÓCRATES, PLATÃO E HANNAH ARENDT

Antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, resulta importante mencionarmos como se vislumbrava as questões na esfera privada e na pública.

Na Grécia antiga, a esfera privada se baseava nas relações de parentesco onde havia uma subordinação do homem sobre as pessoas da família, sem a existência de expressões livres.

O homem comandava sem que houvesse qualquer objeção por parte de membros da família, resultando em uma relação desigual.

A esfera pública era o domínio da vida pública, no entendimento de Aristóteles, sendo que os cidadãos exerciam a vida política com a participação na sociedade, opondo-se às relações de dominação sobre os subordinados.

Teceremos considerações sobre a concepção de público e privado segundo a filosofia política aristotélica. Para Aristóteles, o homem era um ser político e deveria exercer

seus direitos sendo que a política para Aristóteles e para Platão, era a principal e única característica do homem.

Aristóteles entendia que a esfera privada era inferior à esfera pública.

No entendimento aristotélico, o homem nasceu para viver em sociedade, sendo o representante a *polis,* com a transição do universo particular para o público.

Para Aristóteles, somente na *polis* o homem poderia ser verdadeiramente humano, sendo que a Ética aristotélica se subordina à Política.

Os gregos classificavam como *eudaimonia*, como perfeição ética.

O fenómeno pré-político na Grécia no tocante à esfera privada da família, resultou no interesse coletivo, sendo controlado pelo Estado, em sua soberania, com correlação entre a esfera pública e a privada.

Platão entendia não haver diferença entre esfera particular e coletiva, Aristóteles entendia que existia distinção e tinha por ideal o universo público da *polis*.

No entendimento de Hanna Arendt há a dificuldade de compreender a separação decisiva entre as esferas pública e privada.

Hanna Arendt, em *A Condição Humana,* dispõe a existência de três conceitos fundamentais na antropologia encarada metafisicamente, a saber: trabalho, produção e ação.

Para Arendt, perdeu-se a distinção entre a esfera pública e a privada, vez que há a extensão da esfera privada ao espaço público da política., valorizando-se conformismo e a uniformização de comportamentos.

É de grande importância salientar que:

> *"a distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas*." (AREND T, 2007, p. 37).

> "... a *política perde a personalidade da democracia grega transformando-se numa vontade geral burocrática*, e complementa que *Maquiavel foi o único autor pós-clássico que reconheceu a separação entre a esfera privada e a esfera pública. Em O Príncipe, Maquiavel*

defende, tal como os gregos, a coragem como uma qualidade política essencial".

Para Aristóteles a sociedade política se desenvolve pela sociedade, sendo que a esfera pública se revela a plenitude das relações humanas, resultando no entendimento de que a esfera privada é um estágio pré-político.

IV. DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NA CONTEMPORANEIDADE

Direito é um conjunto de normas que regem as relações humanas na sociedade.

O Direito Público é um conjunto de normas que resultam em atividades públicas.

Por outro lado, o Direito Privado é um conjunto de normas que se referem às atividades privadas.

Os critérios de diferenciação entre o Direito Público e o Privado sempre foi muito debatida, merecendo destaque os critérios do interesse, do sujeito e da subordinação.

Há autores que defendem a distinção entre Direito Público e Direito Privado, e outros defendem a existência de uma tricotomia.

Na contemporaneidade, houve um outro entendimento, sendo que na esfera pública existe a participação do Estado, pela supremacia do interesse público, pelo conteúdo de normas, e, na esfera privada, a relação é entre iguais, pela coordenação, resultando em uma subordinação ao Direito Público.

V. RAMOS DO DIREITO PÚBLICO

Faz-se necessário distinguir Direito Público interno e externo**.**

No Direito Público interno trata dos interesses estatais e sociais, nas áreas de Direito Constitucional, Processual, Administrativo, Penal, Tributário, Eleitoral, Urbanístico e Internacional.

Serão mencionados cada ramo do Direito Público interno.

V.1. DIREITO CONSTITUCIONAL

No Direito Constitucional há a definição da estrutura e da organização do Estado, onde se declinam os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Todas as normas devem seguir os ditames basilares contidos na Constituição Federal de 1988.

V.2. DIREITO PROCESSUAL

No Direito Processual, há um conjunto de atos que devem ser seguidos em um processo e com finalidade definida.

V.3. DIREITO ADMINISTRATIVO

No Direito Administrativo, existem normas jurídicas que regem as atividades e a organização administrativa do Estado.

V.4. DIREITO PENAL

O Estado aplica penas a quem comete crimes. Há um sistema de normas jurídicas que regulam o poder de punir do Estado onde existir fato típico antijurídico e culpável, com a aplicação de pena como consequência. Estamos tratando do Direito Penal.

V.5. DIREITO TRIBUTÁRIO

No Direito Tributário há o intuito de cobrar tributos pelo Estado das pessoas naturais e jurídicas. Os tributos arrecadados pelo Estado servem para atender os interesses da sociedade.

V.6. **DIREITO ELEITORAL**

O objetivo do Direito Eleitoral é o processo de escolha de representantes para a ocupação de cargos eletivos, englobando os sistemas eleitorais e sua legislação.

V.7. DIREITO URBANÍSTICO

O Direito Urbanístico estuda o conjunto de legislações reguladoras da atividade urbanística

V.8. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por outro lado, no Direito Público externo, trata-se dos Estados e de outras organizações que estão no Direito Internacional Público (Artigo 42, do Código Civil).

O Direito Internacional é um conjunto de normas reguladoras de relações internacionais.

VI. RAMOS DO DIREITO PRIVADO

Cumpre serem elencados os ramos do Direito Privado.

VI.1. DIREITO CIVIL

No Direito Civil tem a compilação de Leis que regem as relações jurídicas pessoais, familiares e patrimoniais.

VI.2. DIREITO COMERCIAL

Por outro lado, as normas do Direito Comercial encontram-se no Código Civil de 2002.

VI.3. DIREITO DO CONSUMIDOR

Há a regulamentação comercial no Direito do Consumidor, onde se visa o equilíbrio das relações de consumo.

VI.4. DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho normatiza as relações entre empregado e empregador.

Tem legislação específica, a Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outras normas e Convenções.

VI.5. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

No Direito Internacional Privado há a normatização de regras nacionais em relação às legislações estrangeiras.

Alguns entendem que se trata de Direito Público, vez que parte das normas consta na Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942

VII. PRINCÍPIOS DO DIREITO PÚBLICO

No entendimento do jurista Sundfeld, os princípios são *as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.*

Entende que os principais princípios do Direito Público são da autoridade pública, da submissão do Estado à ordem jurídica, da função, da igualdade dos particulares perante o Estado, do devido processo, da publicidade, da responsabilidade objetiva e da igualdade das pessoas políticas.

Esses princípios servem para que sejam interpretadas as normas de forma mais clara e mais segura

Iremos tecer considerações sobre cada Princípio do Direito Público.

VII.1. PRINCÍPIO DA AUTORIDADE PÚBLICA

Neste princípio, a autoridade pública define o que é interesse público, com embasamento em ordenamento jurídico, podendo se manifestar de diversas formas.

O Estado exerce um poder se supremacia sobre o particular, sendo limitado por outros princípios, tais como a submissão ao ordenamento jurídico.

VII.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade está previsto no Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal e persiste no entendimento de que uma pessoa não será obrigada a fazer ou deixar de fazer, se tiver previsão legal, a saber:

> "***Art. 5º*** *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

> ***II*** *- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;".*

No tocante à Administração Pública, só poderá fazer o que está e de acordo com que está previsto em Lei, nos moldes previstos no Artigo 37, da Lei Maior, sob pena de não ter validade o ato praticado,

Assim dispõe o Artigo 37 da Constituição Federal:

> ***"Art. 37.*** *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).".*

VII.3. PRINCÍPIO DA SUBMISSÃO À ORDEM PÚBLICA

Todas as ações do Estado devem ter embasamento em norma jurídica, com o cumprimento dela, sob pena de não ter validade.

Existe uma vinculação do Estado à legislação, devendo cumprir a ordem jurídica, sendo esta a finalidade do ente estatal.

VII.4. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O Princípio da Igualdade ou Isonomia está contido no Artigo 5º, *caput*, da Magna Carta, sendo que todos os cidadãos são iguais perante a Lei, devendo o Estado tratar os cidadãos com igualdade, respeitando as diferenças.

> ***"Art. 5º*** *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ..."* .

Este princípio é um dos mais importantes em um Estado Democrático.

VII.5. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Princípio do Devido Processo Legal está previsto no 5º, inciso LIV da nossa Carta Magna, a saber:

> ***Art.5º*** *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *LIV _ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.".*

O devido processo legal é um direito fundamental consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

> ***Art.8º*** *"Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.".*

Do Princípio do Devido Processo Legal decorre todos os outros princípios e garantias constitucionais., sendo a base legal para aplicação de todos os demais princípios

VII.6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A transparência é um dever do Estado, exceto quando for para a segurança do Estado e da sociedade, e se a publicidade ferir a publicidade dos particulares.

Podemos destacar a inclusão da publicidade dos atos processuais no rol de Direitos e Garantias Individuais, sendo que a transparência é as regras, nos moldes estampados no Artigo 5°, inciso LX, da Constituição Federal:

> "***LX*** *- a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;".*

O Princípio da Publicidade é uma exigência do Estado Democrático de Direito e a soberania popular.

VII.7. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O Princípio da Responsabilidade Objetiva encontra-se no Artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 abaixo transcrito:

> "*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.".*

Ao Estado cabe reparar os danos causados, direta ou indiretamente, seja por atos lícitos ou ilícitos.

VII.8. PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS POLÍTICAS

As pessoas que se encontram em situações idênticas devem ser tratadas de forma igual, sendo um limite do Executivo e do Legislativo, não podendo ter tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica.

A autoridade pública deve aplicar a Lei e os atos normativos de modo igualitário, sem distinções pelo sexo, convicções políticas, etnia, religião e classe social.

VII.9. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO E FINALIDADE

O Princípio da Finalidade se refere a impessoalidade relativa à Administração, devendo ter como objetivo o interesse públi**co.**

Os agentes públicos devem exercer o poder estatal que lhes foi conferido, sendo que os atos só terão validade se praticados para a finalidade estabelecida em Lei.

VIII. DIMENSÕES FUNDAMENTAIS DA DEMOCRACIA

O Direito Público e Direito Privado constituem as duas dimensões fundamentais da democracia, merecendo prevalecer o espaço de um e de outro.

A Constituição é a garantia de um limite, onde prevalece a supremacia constitucional, de caráter inviolável dos direitos fundamentais e do princípio da invisibilidade dos direitos dos cidadãos.

Deve existir um equilíbrio entre o Direito Público e o Privado, afastando todo e qualquer abuso de poder.

Deve-se perseguir as finalidades fundamentais, implicando na aplicação de regimes jurídicos diferentes - o de Direito Público e o de Direito Privado

Não há um modelo constitucional que venha a delimitar um ou outro. Cada qual deve fazer o seu papel sem qualquer tipo de invasão entre um e outro.

IX. CONCLUSÃO

Este artigo teceu considerações sobre o Direito Público e o Privado, estabelecendo a origem dessa dicotomia.

As diferenças não são científicas, e baseiam em uma classificação entre a teoria substancial, a formal e a teoria monista.

A liberdade individual não pode ser anulada pela atuação do Estado dos atos além dos necessários.

Pela soberania do Estado, o interesse público deve sempre prevalecer, sendo que os interesses individuais devem ser considerados e devem prevalecer.

O Direito Público e o Privado devem ser tratados como dimensões de cada direito ou dever, respeitando a coerência, a integridade e a unicidade, para que se construa uma sociedade mais justa, mais fraterna e igualitária.

X. BIBLIOGRAFIA

ARENDT, H. **A Condição Humana.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **A Política.** 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 32ª ed. rev. e atual, São Paulo, Malheiros, Editores, 2015.

BRASIL, Lei no 10.741, de 01 de outubro de 2003, Estatuto do Idoso, *Vade Mecum* Saraiva, 10 a ed., 2016, pág. 1117-1126.

CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, 3 a ed. Revista dos Tribunais, 2005.

CAPEZ, Fernando, Direito Constitucional, 16 a ed., Damásio de Jesus, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Editora Almedia, 2003.

CENEVIVA, Walter, Direito Constitucional Brasileiro, 3. ed., Saraiva, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Maria Ferreira dos; ROSA, Márcio Elias Rosa; CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Constitucional, 5a ed., revista e atualizada, Editora Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena, Norma Constitucional e seus Efeitos, Editora Saraiva, 7a ed., atualizada, 2006.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno Talavera, Comentários ao Código Civil, 3a. ed., revista e atualizada, ed. Revista dos Tribunais, 2014.

GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 13ª ed. revista e atualizada, 2008.

KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, 8ª ed., São Paulo, Martisn Fontes, 1962.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 11. ed., Revista dos Tribunais, 1985.

GOMES, Orlando, Introdução ao Direito Civil, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, Direito Administrativo, 30ª ed, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017.

REVISTA DO ADVOGADO, Associação dos Advogados de São Paulo, Princípios Constitucionais, Ano XXXII, Outubro de 2012, no 117.

SUNDFELD, Carlos Ari, Fundamentos de Direito Público, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

FEDERALISMO, INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E CRISE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

FEDERALISM, POLITICAL INSTITUTIONS AND THE CRISIS IN CONTEMPORARY BRAZIL

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho[1]

Orcid: https://orcid.org.br/0000-0001-7098-5034

Submissão: 15/10/2022 Aprovação: 28/11/2022

RESUMO:

Nosso objetivo de investigação é a crise institucional no Brasil contemporâneo pela simbiose democracia-autoritarismo. A pesquisa utiliza-se de método histórico e procedimento dialético, a partir de levantamento bibliográfico à temática do Estado de Direito ao Democrático, tendo como norte a problemática da crise das instituições inserida no modelo federalista brasileiro, de presidencialismo de coalizão. Discute-se as instituições políticas brasileiras e suas contradições pela conjugação de forças centrípetas e centrífugas. Concluímos que o Estado na sua metamorfose necessita realizar reformas estruturantes e aproximar o cidadão das instituições.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Estado. Crise. Direito Público.

ABSTRACT:

Our research objective is the institutional crisis in contemporary Brazil due to the democracy-authoritarianism symbiosis. The research uses a historical method and dialectical procedure, from a bibliographical survey on the theme of the Rule of Law to the Democratic, having as its north the problem of the crisis of institutions inserted in the Brazilian federalist model, of coalition presidentialism. It discusses whether Brazilian political institutions and their contradictions are due to the combination of centripetal and centrifugal forces. We conclude

[1] Pós-Doutor em Direito-FDSM, Doutor em Direito-FADISP. Advogado colaborador - D. J. XI de agosto, USP. E-mail: affonsodir@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v9/017**

that the State in its metamorphosis needs to carry out structural reforms and approach the citizen closer to institutions.

KEYWORDS: Citizen. State. Crisis. Public Law.

1. INTRODUÇÃO

O processo democrático, como vivenciado pelas sociedades contemporâneas, tem sua origem na ideia da Polis grega segundo o pensamento aristotélico. Uma forma de democracia direta que contava com uma participação dos cidadãos gregos. [2] Este modelo sofreu grandes transformações com avanços e retrocessos na Antiguidade, e na Idade Média e Moderna. Novas luzes foram lançadas com a Revolução Inglesa, conhecida como Revolução Gloriosa, ainda no século XVII, e com o consequente fortalecimento econômico do Estado e da segurança. A Revolução Francesa e a Revolução Americana favoreceram a luta política contra as monarquias absolutistas e o desenvolvimento das ideias de controle do poder dos governantes. Como corolário do modelo francês, temos a igualdade formal, em que ganham força valores como a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

O século XIX foi caracterizado pelo ideal iluminista anteriormente preconizado pela Revolução Francesa, pela expansão do liberalismo e das ideias utilitaristas de Stuart Mill e das liberdades negativas positivadas pela norma jurídica, pensamento que foi combatido pelo ideal socialista e pelas teorias de igualdade econômica de Carl Marx e Engels. [3] [4]

Nem o Estado de Direito e nem o Estado Liberal conseguiram apaziguar por muito tempo os ânimos daqueles que clamavam por reformas capazes de contemplar as questões sociais, somente verificadas quando do surgimento do Estado Social (*Welfare State*) em que a Constituição de Weimar (1919) pode ser lembrada por estabelecer novos parâmetros no tocante aos direitos sociais. [5]

Numa tentativa de resolver o impasse entre o liberalismo que aprofundava as desigualdades econômicas e sociais em detrimento do bem-estar social, a política do *Welfare State* acabou por exaurir a capacidade econômica estatal por promover descabidamente uma justiça distributiva intervencionista, com o objetivo de melhorar as condições de vida

[2] ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.
[3] BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995
[4] KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000.
[5] FERREIRA FILHO, Manoel G.; **Direitos humanos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2011.

daqueles mais necessitados, sem que a atividade econômica fosse capaz de gerar riqueza suficiente frente às demandas sociais que somente cresciam.

A narrativa pós-moderna reflete a aptidão dos ordenamentos jurídicos de criarem uma nova forma de comunicação, por meio do sistema normativos com a superação do método tradicional de se estabelecer condutas específicas. As normas narrativas trazem valores (Wertträgernormen), ajudando no desenvolvimento do Direito (Fortentwicklungdes Reichts), estabelecendo orientações. [6] A comunicação é experimentada como um revival da autonomia da vontade, associada à valorização extrema do tempo e do Direito como instrumento de comunicação e informação. [7] No plano constitucional, o constitucionalismo social mostra-se pluralista, comprometido com uma plêiade de valores até então afastados do texto das Cartas Constitucionais tradicionais. A axiologia constitucional não se preocupa apenas com a preservação da estrutura estatal e com as garantias individuais. Novos direitos são reconhecidos nos textos constitucionais, com a consagração de ideais políticos, econômicos e sociais. A Constituição amplia-se e abre espaço para a proteção do cidadão, do eleitor, do consumidor, do agente de produção, do trabalhador, dentre outras facetas do sujeito moderno. Ao mesmo tempo, são abertos flancos para as tutelas coletivas, como a do meio ambiente, do sistema econômico e previdenciário, entre outros. Sintetizando as principais mudanças experimentadas pelo Direito pós-moderno, em comparação com o modelo jurídico da modernidade, verifica-se que o mundo da segurança do século XVIII deu lugar ao mundo de inseguranças e incertezas, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade, e, como consequência dessas duas assertivas, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana.[8] Nesse diapasão, permear o direito à vida e vice-versa corresponde a iluminar a essência do que tem ficado à sombra. [9] Nesse cenário de crise e de mudança de paradigma, discute-se, no século XXI, a concepção de cidadania para além do modelo representativo, legalista e verticalizado da organização dos espaços públicos e privados dos municípios. As mudanças dos valores culturais e sociais permite uma democracia participativa que alcança desde as uniões familiares (estáveis, homoafetivas, entre

[6] JAYME, Erik. **Diálogos com a doutrina**. Entrevista concedida por Erick Jayme à RTDC, ano 1, n. 3, jul.- set. 2000.
[7] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. Editora Revista dos Tribunais, 2014.
[8] MORAES, Maria Celina Bodin. "Constituição e Direito Civil: tendências". **In**: Revista da Ajuris, Edições 97-98, 2005.
[9] FACHIN, Luiz Edson. "Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil." **In**: RFD/UFP, v. 27, 1992/93, p. 59.

outras) até a noção de cidadania em sua dimensão ativa, calcada em princípios do artigo 3º da Constituição de 1988 com vistas à sociedade livre, justa e solidária. E, nesse aspecto, após uma digressão histórica até o presente, nos deparamos com a crise do modelo de pacto federativo brasileiro fruto da ideia de Estado Democrático de Direito; a influência revolucionária burguesa, do ponto de vista político e econômico e greco-romano enquanto cultura ocidental.

Nosso objetivo de investigação é a crise institucional no Brasil contemporâneo em sua simbiose democracia-autoritarismo. Estado que resulta de uma construção histórica de séculos como corolário das revoluções burguesas. Para tanto, como objetivos específicos, procurou-se: i) Discutir as instituições políticas; ii) Explicar como esta conjugação de fatores associado ao presidencialismo de coalizão está causando grandes influências no orçamento público. iii) apontar os desafios a serem enfrentados pelo federalismo brasileiro diante da crise institucional. A pesquisa utiliza-se de método histórico e procedimento dialético, a partir de levantamento bibliográfico à temática do Estado de Direito ao Democrático, tendo como norte a análise da crise das instituições inserida no modelo federalista brasileiro, de presidencialismo de coalizão. A justificativa da pesquisa se desenvolve a partir da crise do Estado e sua dificuldade em oferecer à sociedade serviços de qualidade, respostas à crise institucional. Haja vista que o cidadão paga muitos impostos, por outro viés os serviços não são prestados com eficiência. Estados e Municípios estão em sua maioria falidos, em face do modelo federativo de arrecadação e distribuição de bens partilháveis e serviços.

O artigo está dividido em tópicos. Na introdução, apresentamos a justificativa, problema da pesquisa, objetivos, metodologia. A seguir, no desenvolvimento, discutimos as instituições políticas brasileiras, e as raízes da crise de legitimidade a partir do referencial teórico de Oliveira Viana; Ângela de Castro Gomes; Ricardo Lewandowski. Bem como analisamos a política financeira e orçamentária, os défices e a função social do tributo tendo como principais referências os autores Aliomar Baleeiro; Kiyoshi Harada; Celso Antônio Bandeira de Mello. E nos debruçamos sobre o presidencialismo de coalizão, e as reformas político-administrativa e tributária tendo como cerne a análise dos autores Sergio Abranches; Modesto Carvalhosa; Flávio Bierrenbach; José Carlos Dias; Ricardo Lewandowski. Concluímos, apresentando a necessidade de uma reforma estruturante quanto ao pacto federativo e a necessidade de aproximar o cidadão do Estado por meio da cidadania ativa como referendo, plebiscito, conselhos e colegiados deliberativos-participativo na gestão pública.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS BRASILEIRAS: AS RAÍZES DA CRISE

As instituições brasileiras foram calcadas com base na dicotomia Brasil real x Brasil legal. E, como fator estruturante, utiliza-se de um "autoritarismo instrumental", transitório, porém, recorrente; dessa feita, o País necessitaria de um sistema político autoritário cujo programa econômico e político fosse capaz de demolir condições que impediam o sistema social de ser liberal. [10] Em certa medida essa crise tem como origem remota à própria concepção do pacto federativo pátrio que padece de uma característica particular[11] que difere do modelo norte-americano; este foi fruto da união das 13 ex-colônias britânicas na América do Norte (soberanas após a independência em 1776). Entre nós, decorreu de um Estado Unitário, advindo do Império e que a partir da Constituição de 1891 passou a adotar a descentralização político-administrativa. Assim, o pacto federativo oscilou como um pêndulo, com momentos de concentração de poderes na União e em outros como na Primeira República, onde apresentava um grau de descentralização tão acentuado, que intelectuais temeram o esfacelamento do País.[12]

A Velha República inaugura um modelo de federação que resultou na "política dos governadores" mediante a influência de Estados como São Paulo e Minas Gerais (política do café com leite) por meio da relação de favores entre o governo central e os chefes políticos locais sob influência do coronelismo. Nesse sentido, identifica-se que o fortalecimento do poder central no pós-Primeira República não significou o fim do coronelismo, haja vista que não houve alteração na estrutura fundiária que permitisse suplantar o poder do chefe local. [13]

A tradição das instituições políticas brasileiras une o atraso e o progresso. Pelo lado legal, temos o artificialismo da lei, com normas inaplicáveis à nossa realidade, embora próximas ao mundo urbano industrial (poder centralizado e concentrado no Estado de bases impessoais, com burocracia técnica) que abria espaço ao caudilhismo, clientelismo e

[10] VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Coleção Biblioteca Básica Brasileira: conselho editorial do Senado Federal: Brasília, 1999.
[11] "[...] As antigas províncias imperiais, despidas de maior autonomia, quando se transformaram nominalmente em Estados, tiveram de se contentar com as modestas atribuições e os parcos recursos que lhes foram avaramente adjudicados. Isso fez as unidades federadas ficarem permanentemente dependentes de favores da União para darem conta de suas obrigações mais comezinhas". (LEWANDOWSKI, 2017, p. A2).
[12] LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 23.04.2017. p. A2
[13] LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto** (O município e o regime representativo no Brasil). São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1976.

personalismo. Assim, a centralização política e o fortalecimento do Estado eram traduzidos na nacionalização e modernização do próprio poder. Do ponto de vista real, a sociedade brasileira era representada pela cultural patriarcal, escravocrata, familista, clientelista e oligárquica dos chefes da política profissional (dos coronéis, do voto de cabresto e da eleição à bico de pena durante a Primeira República).[14]

A solução corporativa com o Estado Novo (controle do Estado sobre as organizações) e a força advinda do autoritarismo fez brotar do presidencialismo o populismo. E ressalte-se que agora não haveria mais intermediários entre o governo e o povo e amplia-se o discurso da separação dos poderes pelo da harmonia entre os poderes pelo chefe do governo. [15]

Há uma característica marcante do presidencialismo no Estado Novo. Inaugura-se o populismo por meio da comunicação direta entre o presidente e o povo, representado na era Vargas pelo governo central forte (autoridade suprema do Estado) como o "pai dos pobres". Passa-se ao discurso de "harmonia dos poderes" em detrimento da "separação dos poderes". Nesse diapasão, verifica-se que o nosso federalismo está assentado sobre forças centrípetas e centrífugas atuando conjuntamente. Num movimento pendular, ora pela descentralização política e força dos Estados, ora pela centralização do governo federal. Mas em qualquer dos casos, apoiado por um autoritarismo de fundo como garantia da ordem.[16]

Após o período de concentração do Estado Novo com a Constituição de 1937 e de desconcentração com a Constituição de 1946, adveio o período denominado civil-militar de 1964 quando houve a centralização e indicação de Governadores e senadores "biônicos", bem como de Prefeitos de capitais a partir do interesse da segurança nacional pela nomeação de Brasília. [17] Insere-se, durante o governo civil-militar, o hábito do Presidente de legislar por Decretos-Leis, herança essa que trouxe frutos mais tarde já no período democrático com as medidas provisórias pelo executivo federal. Do ponto de vista institucional a Constituição de 1988 inaugurou o "presidencialismo de coalizão[18]", em que os traços do poder local e do

[14] GOMES, Angela de Castro. **A política brasileira em busca da modernidade**: na fronteira entre o público e o privado. In: História da vida privada no Brasil 4. Fernando A. Novaes (org.). Companhia das Letras: São Paulo, 2006. p.505-506

[15] Ibidem

[16] Ibidem

[17] LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 23.04.2017. p. A2

[18] Expressão desenvolvida por Sergio Abranches no artigo "Presidencialismo de Coalizão", 1988, caracterizada pela necessidade do executivo articular uma maioria legislativa para governar, desfigurando-se o programa originalmente apresentado aos eleitores durante a campanha e se estabelecendo uma nova agenda a partir da

poder central decorrem de um chefe de governo que consiga manter articulada essa estrutura, aliado ao papel do judiciário para assegurar a harmonia entre os poderes. A Constituição de 1988 do ponto de vista institucional aposta numa descentralização inovadora. A união continua fortalecida, porém Estados e Municípios foram contemplados com a competência concorrente e comuns naquilo que seus interesses coincidem bem como com a ampliação dos fundos de participação quanto ao compartilhamento dos tributos. No entanto, o quadro evoluiu novamente para a centralização a partir das reformas da previdência, administrativa, que retiraram a capacidade de legislar dos Estados nessas áreas; além da União valer-se de modo crescente das contribuições sociais (que não ingressam nos fundos de participação). Por outro aspecto, os Estados e Municípios, quanto às responsabilidades com educação, saúde e segurança pública, foram evoluindo exponencialmente. Aliado à dependência dos Estados e Municípios dos repasses dos fundos de participação de tributos e da renúncia fiscal pelo governo federal, que acaba por comprometer as escassas receitas dos entes federados.[19] Entre os instrumentos jurídicos, de controle dos gastos públicos, temos a Lei de Responsabilidade Fiscal e de planejamento urbano, o Estatuto da Cidade, que apontam para a transparência das contas públicas com incentivo à participação popular (audiências públicas durante o processo de elaboração, discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos), enquanto o Estatuto da Cidade prevê a Gestão Democrática das cidades por meio da democracia participativa, e seu artigo 2º, inciso II, como um dos instrumentos da gestão orçamentária participativa. No entanto, a competência constitucional de elaboração orçamentária é privativa do Executivo (art. 61, II, b da CF), e dependerá do mandatário do poder a decisão sobre o método a ser utilizado.[20]

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º e 2º, assegura, entre outros princípios, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a democracia semidireta e representativa, bem como a tripartição de poderes pelo sistema de pesos e contrapesos. Assim, nenhuma proposta de emenda à Constituição que tente abolir a separação dos poderes (conforme previsto no art. 60, §4ª, III da Carta Magna) pode ser objeto de deliberação. Entre os direitos políticos assegurados no art. 14, *caput* e incisos I, III e III da Constituição Federal,

correlação de forças entre executivo e legislativo por meio da formação de uma coalizão.(ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados** (Revista de Ciências Sociais). Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34).

[19] LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 23.04.2017. p. A2

[20] VITALE, Denise. **A institucionalização jurídica do orçamento participativo**. 2004. Disponível em: <http://www.democraciaparticipativa.org/files/DeniseVitale-Institutio nalizacaoJuridicaOP.pdf>. Acesso em: 14 out. 2012.

além do sufrágio universal (voto direto e secreto), temos os instrumentos de democracia semidireta que necessitam de uma prática comum pelos governos, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Entre os mecanismos de participação popular, destaca-se o orçamento participativo. [21] Das boas intenções à prática, há um dilema que assombra a República, desde tempos remotos, cuja origem vem desde a colonização portuguesa e diz respeito à constituição do sistema político brasileiro e à negação da cidadania. Desde tempos remotos, a herança colonial exportadora e escravista é um mal que nos aflige diante da negação de direitos. Esse quadro se reflete na má distribuição de renda e nos rincões de miséria que assola o país de norte a sul. Enquanto, no período colonial, os mais abastados tinham acesso às terras por meio das sesmarias, o senhor de engenho, por extensão, era dono de tudo que estivesse sob seu domínio, inclusive os escravos. Formou-se, assim, a tradição discursiva do prestígio social, econômico e político associado aos detentores do poder. As raízes do Brasil se constituíram na cultura do homem cordial ao longo da transição da Colônia Imperial para a República e se manteve uma tradição calcada em laços de parentesco dos possuidores que mistura o público com o privado nos negócios do Estado, bem como se firmou como marca indelével da nossa história.[22]

Vivenciamos um impasse do modelo representativo das instituições pela crise de legitimidade e consequente ameaça à democracia por ideologias que não representam os interesses nacionais, mas o velho clientelismo. A própria concepção de ameaças às liberdades não pode ser reduzida a simples interesses patrimonialistas, senão com viés que leve em conta a dignidade da pessoa humana com vistas à justiça social. Faz-se mister estar atento às ameaças totalitárias, como um mau exemplo da política.

> *A política totalitária não substitui um conjunto de leis por outro, não estabelece o seu próprio consensus iuris, não cria, através de uma revolução, uma nova forma de legalidade. O seu desafio a todas as leis positivas, inclusive às que ela mesma fórmula, implica a crença de que pode dispensar qualquer consensus iuris, a ainda assim não resvalar para o estado tirânico da ilegalidade, da arbitrariedade e do medo.*

[21] BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. 14. ed. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 2003

[22] HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

> *[...] Essa identificação do homem com a lei, que parece fazer desaparecer a discrepância entre legalidade e a justiça [...] supostamente revela a sua autoridade no próprio homem.* [23]

Diversamente ao totalitarismo, a democracia, na lição aristotélica, pressupõe a liberdade de escolha, o revezamento de governo e eleições livres. [24]. E, na tradição de valores liberais defendida por Stuart Mill, a ideia de governo democrático ideal é o representativo. [25] Para além da democracia representativa, não podemos ignorar que viver em instituições justas e que promovam políticas públicas efetivas visando à vida boa para todos, é um dos dilemas do capitalismo pela dificuldade em conciliar democracia e liberalismo:

> *[...] fica claro que o contraste contínuo e jamais definitivamente resolvido (ao contrário, sempre destinado a se colocar em níveis mais altos) entre a exigência dos liberais de um Estado que governe o menos possível e a dos democratas de um Estado no qual o governo esteja o mais possível nas mãos dos cidadãos, reflete o contraste entre dois modos de entender a liberdade, costumeiramente chamados de liberdade negativa e de liberdade positiva, e em relação aos quais se dão, conforme as condições históricas, mas sobretudo conforme o posto que cada um ocupa na sociedade, juízos de valor opostos [...].*[26]

No Brasil, a democracia foi sempre um mal-entendido, importada e acomodada por uma aristocracia rural e semifeudal em benefício dos seus direitos ou privilégios.[27]

---

[23] ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 514-515, grifo do autor.
[24] ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.
[25] MILL, Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006
[26] BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 81-97.
[27] HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

A fragilidade democrática e institucional brasileira traz alguns traços do autoritarismo latino-americano pela associação entre elite política e militar. Essa transição do regime civil-militar para o período de redemocratização rendeu frutos até hoje, devido ao dispositivo constitucional (art. 142) na Constituição Federal em que caberia aos militares o papel de garantidores da ordem.

> *"O controle civil sobre os militares nunca houve, plenamente, desde a redemocratização em 1985. Sempre pairou uma zona cinzenta que poderíamos chamar de hibridismo institucional. Os ritos de uma democracia eleitoral formal convivem com enclaves e prerrogativas militares.*
> *Esse pacto informal resulta em um equilíbrio instável, e o grau de acomodação entre civis e militares varia com as circunstâncias políticas. "*[28]

Pari Passu ao pacto institucional do período de redemocratização, há uma ordem constitucional que, do ponto de vista formal, privilegia a cidadania e, ao mesmo tempo, insiste em negá-la. Haja vista o "ethos democrático"[29] dos fatores reais do poder[30] [31], vislumbra afirmar governos democráticos eleitorais, e não o regime democrático.

2.2. DA POLÍTICA FINANCEIRA E RESPONSABILIDADE ORÇAMENTÁRIA: OS DÉFICES E A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO

A chamada tragédia do Estado, entendida como a transmutação do sucesso da estatalidade em insucesso do paradigma político-estatal, é a principal fonte dos problemas da teoria da constituição. Assim, o Estado se torna vítima de seu sucesso. Haja vista que tornou-se, ele, a própria ideia diretiva na teoria da constituição, transformando-se em categoria

[28] ZAVERUCHA, Jorge. A espada sobre a lei. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Ilustríssima, 24.05.2020. p. B15
[29] ZAVERUCHA, Jorge. A espada sobre a lei. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Ilustríssima, 24.05.2020. p. B14-15
[30] Conforme Ferdinand Lassalle: "[...] Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são". (LASSALE, 1933, p. 12)
[31] Ibidem.

ontológica, ignorando sobranceiramente a secularização e civilização da política e a contingência da ordem social, subsistindo quase como categoria religiosa. [32].

Há uma tendência de muitos Estados pela manutenção dos défices orçamentais em alta e pela condução de políticas orçamentais pró-cíclicas com base no conjunto de incentivos que conforma o comportamento dos agentes políticos. Compreender o tipo de incentivos em jogo na adoção de exigências de políticas econômicas de curto prazo, em vez da priorização das exigências de médio/longo prazo de equilíbrio de finanças públicas, possibilita o estabelecimento de vias possíveis de alteração dos esquemas de incentivos vigentes, acrescentando esquemas de incentivos corretivos. [33].

Hoje, parece normal que se procure um Estado cuja atuação se norteie por dois princípios máximos, isto é, a supremacia do interesse público em detrimento do particular e a dignidade da pessoa humana. O primeiro permite a intervenção estatal na esfera privada, nos casos legalmente previstos, sendo inerente a qualquer sociedade e condição para sua própria existência. A intervenção estatal, por exemplo, pode restringir, garantir ou ampliar direitos. No primeiro caso, temos os institutos da desapropriação e da requisição, expressamente elencados no art. 5º., incisos XXIV e XXV, de nossa Lei Maior. No segundo, temos aqueles casos em que o Estado interventor age para possibilitar a efetivação de direitos fundamentais, tais como a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, que prevê uma série de normas interventivas na iniciativa privada para possibilitar uma paridade de armas entre a parte hipossuficiente e os fornecedores do produto ou serviço. No terceiro, temos os casos em que o Estado cria novos direitos para suprir determinada insatisfação social ou desordem econômica. Obviamente, restringir, ampliar e garantir não são ideias restritas, pois muitas vezes o ato de criar um direito é também impor limites. [34] [35]

Ora, o núcleo material da forma política capitalista é o Estado. A administração é o corpo burocrático do Estado e o governo é o núcleo poderoso e dirigente. Governo e administração, portanto, são os organismos da política estatal. Aqui, todas as instituições políticas tendem a ser consideradas enquanto fenômenos derivados do Estado, como que surgidas do auto desdobramento ou de uma vontade criadora estatal. Trata-se de uma

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
[33] GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). A crise e o direito público. In: ENCONTRO DE PROFESSORES PORTUGUESES DE DIREITO PÚBLICO, 6., 2013. **Anais...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.
[34] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
[35] ALMEIDA, Larissa (Org.). **Jornada Direito Público**. Campina Grande: Associação da Revista Eletrônica A Barriguda (AREPB), 2013.

derivação, apesar de possível num plano imediato, decorrente de uma dinâmica complexa, variável e contraditória das próprias instituições e do Estado com reprodução econômica capitalista e suas formas sociais fundantes. Derivada das formas econômicas do capitalismo, a forma política gera as balizas para as dinâmicas coesas ou contraditórias de sua derivação interna. No capitalismo, as instituições políticas operam sua dinâmica sob a coerção da forma política e das formas sociais do capital [36]

> *"Os manuais e tratados de direito tributário se esforçam em abordar as garantias dos contribuintes, não sem razão, eis que as mesmas, vez por outra, cedem lugar a equívocos e abusos indevidos por parte do poder público. Todavia, poucas linhas são escritas em prol das garantias para o terceiro elemento da relação tributária: a sociedade, ou a parcela da mesma que vive carente de recursos e à margem dos principais processos econômicos e políticos, (sobre) vivendo, em um número cada vez maior, abaixo da linha de pobreza. São, em última análise, ou deveriam ser por força constitucional, os destinatários de grande parte dos tributos e como tais têm absoluto interesse em participar ativamente daquela relação [...] "[37]*

Dessa forma, é na supremacia do interesse público que a fiscalidade, a extrafiscalidade[38] e, também, a parafiscalidade tributária[39], ganham fundamento, permitindo

[36] MASCARO, Leandro Alysson. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

[37] BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A função tributária:** por uma efetiva função social do tributo. Brasília; a. 43, n. 169, id/496901, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92297/Bastos%20El%C3%ADsio.pdf?sequence=7>. Acesso em: 11 abr. 2017, p. 149.

[38] "A função extrafiscal importa realizar os fins constitucionais do Estado, mediante a canalização de recursos para finalidades específicas e a criação de estímulos que visam induzir ou reprimir comportamentos, orientando-os na busca pelos mesmos objetivos, à medida que cria diferenças entre indivíduos e coisas, a qual está em consonância com sua concepção de fiscalidade que se compõe apenas da função do tributo de arrecadar recursos para mera manutenção da estrutura do Estado [...] o sistema tributário é organizado segundo duas grandezas: o fato gerador e a destinação do produto arrecadado pelos tributos. Essas grandezas, que definem as espécies tributárias, são dotadas de potencialidades extrafiscais" (GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 279-280).

[39] "[...]Fala-se, assim, em fiscalidade sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses – sociais, políticos ou econômicos – interfiram no

que o poder público atue na ordem econômica, sobretudo ampliando e/ou restringindo direitos em favor do interesse coletivo, como se expressa na ideia de equilíbrio da ordem econômica.[40] [41]

O bem comum, finalidade de realização do Estado, segundo a visão de diversos autores, é noção difícil e complexa. Grosso modo, pode ser definido enquanto ideal que promova o bem-estar e conduz a um modelo social capaz de garantir o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, estimulando a compreensão e a prática de valores espirituais. O Estado desenvolve inúmeras atividades para atingir esse fim, cada uma delas objetivando a tutela de alguma necessidade pública, entre as quais aquelas de natureza essencial, como as concernentes à segurança pública ou prestação jurisdicional, cabendo ao Estado sua realização de forma direta e indireta. São de interesse primário do Estado, indelegáveis em função da indisponibilidade do interesse público, diferentes daquelas que representam interesses secundários, podendo ser desenvolvidas diretamente pelo poder público ou concessionadas para outras instituições, normalmente empresas estatais. Antigamente, o Estado se valia de requisição de bens e serviços de seus súditos, de colaboração gratuita e honorífica destes no desempenho de funções públicas e do apossamento de bens de inimigos derrotados na guerra, quando se tratava da realização dessas atividades. Tais processos foram substituídos pelo regime de despesa pública no Estado moderno, que consiste no pagamento em dinheiro dos bens e serviços necessários à realização do bem comum. Por isso, a atividade financeira do Estado, na procura de meios para satisfazer às necessidades públicas, isto é, obter, criar, gerir e despender dinheiro indispensável às necessidades assumidas pelo Estado, busca o dinheiro e sua aplicação para consecução das necessidades públicas primárias, que são aquelas de interesse geral satisfeitas exclusivamente pelo processo do serviço público. Assim, a atividade financeira do Estado pode ser conceituada como atuação estatal voltada para obter, gerir e

direcionamento da atividade impositiva [...] podemos definir parafiscalidade como o fenômeno jurídico que consiste na circunstância de a lei tributária nomear sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos auferidos, para o implemento de seus objetivos peculiares. Dois aspectos, por conseguinte, hão de ser atendidos para que venhamos a isolar o chamado tributo parafiscal: 1) sujeito ativo indicado expressamente na lei instituidora da exação, diferente da pessoa política que exerceu a competência; e 2) atribuição, também expressa, do produto arrecadado, à pessoa apontada para figurar como sujeito ativo. Poderão ser sujeitos ativos de tributos parafiscais as pessoas jurídicas de direito público, com ou sem personalidade política, e as entidades paraestatais, que são pessoas jurídicas de direito privado, mas que desenvolvem atividades de interesse público. Inúmeros são os casos de tributação parafiscal no direito positivo brasileiro. O pedágio cobrado pelo DERSA (Desenvolvimento Rodoviário S.A – entidade paraestatal); [...]" (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 228-232).

[40] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

[41] ALMEIDA, Larissa (Org.). **Jornada Direito Público**. Campina Grande: Associação da Revista Eletrônica A Barriguda (AREPB), 2013.

aplicar os recursos financeiros necessários à consecução das finalidades do Estado que, em última análise, se resumem na realização do bem comum. [42] [43]

No Brasil, é dever da União estabelecer normas gerais sobre a administração financeira e orçamentária conforme previsto no texto constitucional (art. 24, I e II, da CF/88). No entanto, isso não exclui a competência suplementar dos Estados, municípios e do Distrito Federal. De acordo com o art. 30, II, da *Lex Legum*, a título de ilustração, o município poderá legislar suplementarmente no que não conflitar com a legislação federal ou estadual. Assim, o ente municipal pode fixar normas especiais de controle interno e de administração financeira e orçamentária. Por sua vez, como o orçamento é uma peça de ficção que procura antever o futuro, nem sempre seus autores conseguem êxito em suas previsões, o que gera situações de déficit. É por isso que o princípio do déficit fiscal deve estabelecer o equilíbrio entre as aspirações sociais e os gastos efetivamente desembolsados no sentido de satisfazê-las.[44]

A interação estratégica permite que seja alcançado um nível de bem-estar social se as políticas monetária e fiscal são descentralizadas, porque uma "mão invisível" harmoniza as decisões do Banco Central e do Tesouro Nacional. Enquanto a taxa de inflação e o nível do produto devem ser estabilizados pelo Banco Central, o Tesouro Nacional deve estabilizar a trajetória da dívida pública e o nível do produto. Trata-se de resultados relativos a momentos de normalidade no ciclo econômico, por suposto, que são alterados na presença de grandes choques de demanda. Inflação e produto estável são condições necessárias para o bem-estar social, mas não suficientes, já que se deve evitar a criação de grandes desequilíbrios financeiros. A crise global trouxe mudança no entendimento comum, que tomava como certo que considerações sobre estabilidade financeira não deveriam desempenhar um papel nas decisões sobre política monetária, já que esta não teria influência sobre aquela. Entretanto, os bancos centrais tiveram de admitir que não era bem assim, tendo em vista a exigência de uma sorte considerável para que os objetivos tradicionais de política monetária, como estabilização do nível de atividade e da taxa de inflação, coincidissem com os da estabilidade financeira. Assim, é tarefa dos reguladores macro prudenciais como os bancos centrais o monitoramento e a avaliação quanto ao risco para a estabilidade financeira em torno das posições financeiras assumidas por instituições alavancadas. Especificamente, devem analisar se a cauda inferior da distribuição dos resultados futuros do conjunto de instituições financeiras é muito grande, de forma a gerar um risco sistêmico (daí a independência da estabilidade financeira em

[42] BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
[43] HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2016.
[44] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

relação à política monetária).[45] Reduzida da sua função política no momento de chegada, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, importada das constituições francesa e alemã, aqui aparece como arquitetada pelo executivo central, e não pelo legislativo, que apenas vota no Brasil. Torna-se instrumento estratégico fundamental para impedir que o país chegue à bancarrota, dada a malversação do dinheiro público a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal.[46]

A Lei de Responsabilidade Fiscal estatuiu normas severas para sua aplicação, com a finalidade de coibir gastos desmesurados nos três poderes e nas três esferas jurídicas. A doutrina viu em alguns de seus princípios afronta aos princípios federativos, como é o caso do art. 20, que chegou a ser questionado perante o poder judiciário por afrontar o princípio da separação dos poderes, tendo sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.[47] Hoje, fala-se de um modelo de Estado subsidiário que emerge da busca de reequilíbrio entre o campo da liberdade individual e da interferência estatal na vida privada, tendo por característica a convivência entre o conjunto de atribuições de que está incumbido e o espaço da liberdade e da responsabilidade da sociedade, que deve atuar de forma autônoma em alguns campos da vida. Tem-se, assim, uma interdependência crescente entre o Estado e a sociedade, num modelo no qual cada comunidade deve cumprir parte das tarefas. [48]

Assim como o Estado do Bem-Estar Social foi o Estado da Sociedade Industrial, entrando em crise pela voracidade na extração de recursos financeiros da sociedade para financiar políticas desenvolvimentistas e de pleno emprego, o Estado subsidiário é o Estado da Sociedade de Risco. Em vez de um Estado pós-moderno, conduzido por mecanismos de desregulamentação e autorregulação temos um Estado pós-positivista, ainda moderno, pautado em suas ações no princípio da transparência para superar os riscos sociais. [49]

Do regime jurídico do direito público que incide sobre os serviços públicos decorrem certas prerrogativas especiais em favor do Estado prestador ou daqueles que prestem atividade no seu nome, podendo ou não vir associadas a deveres especiais, naqueles casos em que princípios como universalização, modicidade tarifária, continuidade e outros

[45] LICHA, Antonio Luis. **Teoria da política monetária**: uma abordagem a nível intermediário. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da UFRJ, 2012.
[46] MORGENSTERN, Flavio. A lei de responsabilidade orçamentária de Dilma: o fim da república. **Instituto Liberal**. Rio de Janeiro: IE, 2014. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/lei-de-responsabilidade-orcamentaria-de-dilma-o-fim-da-republica/>. Acesso em: 21 mar. 2017.
[47] HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2016.
[48] ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). **Direito tributário** (homenagem a Hugo de Brito Machado). São Paulo: Quartier Latin, 2011.
[49] TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do direito tributário. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, p. 223-244, jan./jun. 2006.

integram o regime jurídico de direito público que hoje deve levar em conta a responsabilidade fiscal e a função social do tributo. Há, no entanto, que se conciliar a ordem econômica com a sua função social.: "[...] os tributos, que são a fonte de recursos do Estado...nunca se limitando à simples arrecadação de valores, ou seja, os tributos devem cumprir com sua função arrecadatória e com sua função social simultaneamente" [50]

2.3 DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO À CRISE DE LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL

A cordialidade[51] calcada na simbiose público-privada das relações sociais invade a esfera política e jurídica por meio de correlação de forças desigual no campo deliberativo não só da justiça, mas da própria democracia brasileira. No atual estágio do Estado brasileiro, embora haja independência e separação entre os poderes, cada qual funciona representando interesses corporativos que, em grande medida, destoam do fim ao qual foram escolhidos.

Uma análise do sistema de governo no Brasil revela que uma das causas do distanciamento na representação do povo é expresso pelo presidencialismo de coalizão a sua formação que envolve: 1)aliança eleitoral com negociação das diretivas programáticas mínimas(amplas e pouco específicas); 2) a constituição do governo com disputa por cargos e compromissos relativos a programa mínimo de governo; 3) transformação da aliança em coalizão efetiva de governo quando emerge o problema da formação da agenda e dos compromissos e circunstâncias, bem como a legitimidade e continuidade da coalizão. Entre o segundo e terceiro item reside as condições de sua continuidade, haja vista a formação do governo, a elaboração do seu programa de ação e calendário negociado de eventos terá impacto direto na sua estabilidade no futuro[52].

É preciso compreender, nesse sentido, que os poderes do Estado trabalham em sintonia para manter o *status quo*, seja pela política como campo da representação, seja pela esfera jurídica e administração do aparelho da justiça: o Leviatã está em decadência. Urge a necessidade do *mutatis mutandis* pela participação do cidadão na *Pólis*.

Verificamos, na contemporaneidade, que o modo de administrar o erário público resulta na pouca credibilidade da população no Estado. Esse fato se deve não só à

[50] SANTOS, Antônio Carlos dos; LOPES, Cidália Maria da Mota Lopes (Coord.). **Fiscalidade:** outros olhares. Porto: Vida Económica, 2013, p.203

[51] Acerca do tema, ler "Raízes do Brasil", de Sérgio Buarque de Holanda, que trata do homem cordial revelado nos laços de parentesco e na mistura entre o público e o privado nos negócios do Estado (HOLANDA, 2008).

[52] ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados** (Revista de Ciências Sociais). Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

desconfiança na representação política, mas reside na crise de legitimidades das instituições, na política econômica e de incentivos fiscais dos governos central e local, aliado a fatores externos. Uma análise da performance da economia brasileira entre período 2003-2016, por exemplo, identifica a desaceleração econômica e recessão.

> *Nossa análise mostra que houve alguns problemas tanto de coordenação na política macroeconômica que tornou políticas anticíclicas pouco eficazes no período 2011-2014, como no que se refere a políticas contracionistas em 2015, quanto a problemas relacionados a choques exógenos, como piora nos termos de troca e crise hídrica.*[53].

O aspecto econômico relacionado à necessidade de uma reforma política e tributária associa-se a crise de legitimidade decorrente da forma assistencialista de gerir o Estado e tem suas raízes no pacto colonial com a burocracia institucional, o patrimonialismo, o personalismo como herança lusitana que prevalece até nossos dias por meio da lei da vantagem advinda dos desmandos com a coisa pública.

A lógica do campo jurídico que orienta as práticas e discursos é determinada em dois sentidos: a) pelas relações de força específica que estruturam e orientam os conflitos de competência das diversas instituições do sistema de justiça; b) pela delimitação do espaço do possível, ou seja, do universo das soluções propriamente jurídicas, a partir da lógica interna das obras jurídicas. E esse determinismo compromete a harmonia entre os agentes e o resultado de boa parte dos esforços no sentido de tornar o sistema judiciário e o direito mais democráticos, participativos. Ou seja, a "institucionalização da democracia" permite vislumbrar o povo como sujeito da política, não instrumento. [54]

Os mecanismos democráticos são assemelhados aos requisitos que Habermas, 2004 descreve como a necessidade de harmonia entre a autonomia política e a autonomia privada. A autonomia política surge da auto-organização de uma comunidade ou povo, que exerce sua vontade soberana atribuindo a si mesmo suas leis. A autonomia privada, por sua vez, diz respeito aos direitos fundamentais, que ocupam o lugar de garantia do domínio

[53] PAULA, Luiz Fernando; PIRES, Manoel. **Crise e perspectivas para a economia brasileira.** Estudos Avançados. 31 (89), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p.142
[54] ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

anônimo das leis. Sem autonomia privada das pessoas de direito, não há qualquer direito. O que equivale a dizer que os direitos fundamentais ocupam o lugar de *medium* para a institucionalização jurídica das condições que permitem o exercício da autonomia pública dos cidadãos de um Estado. [55]

Há, no entanto uma crise institucional pelo desequilíbrio de forças entre os poderes e seu distanciamento do cidadão. Juristas como Bierrenbach, Carvalhosa e Dias (2017), apontam como raiz da crise a burocracia do Estado, impossibilitando-o de dar respostas aos reclames sociais, pois traria em seu bojo a face do casuísmo e do corporativismo. O caminho seria uma nova constituinte como curso natural da história. E propõem uma reforma estrutural, política e administrativa como indispensável à restauração da ordem institucional, com eliminação do foro privilegiado; eliminação da desproporção de deputados eleitos por Estado; voto distrital puro e eleição dos parlamentares por distrito; referendo em caso de o Congresso Nacional legislar em causa própria; estabelecimento de consulta (referendo ou plebiscito) para qualquer matéria constitucional relevante; vedação de parlamentar exercer cargos na administração pública durante o cumprimento do mandato; entre outras alterações substanciais, dentre as quais destacamos: a criação ou aumento de imposto, somente com referendo; fim das coligações para quaisquer eleições, fim dos cargos de confiança na administração pública. [56]

Reconhecemos que o atual sistema "presidencialista de coalizão" está na raiz da crise institucional. Pois, centraliza os poderes e recursos no executivo federal que para compor maioria necessária a formação de um programa de governo acaba cedendo a interesses casuísticos. Entendemos como grande desafio uma urgente reforma política e administrativo-tributária como instrumento à crise institucional com: a) melhor distribuição de competências entre União, Estados e municípios, b) simplificação, harmonização de impostos e uma melhor política redistributiva da arrecadação entre os entes federados; c) mudança na representação por meio do voto distrital; d) a ampliação da consulta popular sobre temas de relevante interesse nacional; e) fim do foro por prerrogativa de função e da reeleição para todos os pleitos; f) adoção do parlamentarismo como sistema de governo; g) a intensificação dos meios consensuais em matéria de tributos pela administração e o contribuinte e ampliação de realização de acordos extrajudiciais de débitos administrativos de forma ampla pela administração direta observado sempre a supremacia do interesse público;

[55] HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
[56] BIERRENBACH, Flávio; CARVALHOSA, Modesto; DIAS, José Carlos. Manifesto à Nação. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 09.04.2017, p. A2.

h) uma melhor distribuição na arrecadação tributária entre os entes federados. i) um exemplo dessa crise é a renúncia fiscal sem contrapartida por parte das empresas e a guerra fiscal entre os entes da federação em que todos saem perdendo arrecadação e investimentos púbicos essenciais, em nome dos incentivos fiscais, e a população fica desprovida dos seus direitos fundamentais, falta creche, merenda, remédio, e principalmente investimento em pesquisa e tecnologias que nos permita sair da condição de país periférico, votado à exportação de commodities. Assim, diante da falta de confiança do cidadão nas instituições, entre os desafios à crise podermos apontar a necessidade de um modelo de gestão dialógico-democrático-participativo com reformas estruturantes política e administrativo-tributária, respeitado o quórum qualificado e as cláusulas pétreas.[57]

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise institucional do presente, advém da tradição política democrática na forma e autoritária no modo de agir com os cidadãos, essa é a questão central do debate atual da democracia brasileira como fonte da crise de legitimidade dos poderes. A saída à crise apontada por setores conservadores são, em seu conjunto, respostas autoritárias contra o processo de luta pelos avanços do constitucionalismo do novo milênio, reações capitaneadas pelo mandonismo local em detrimento da democracia como reação aos avanços sociais. Trata-se da carência de participação popular nas decisões locais e revela um déficit da cidadania no Brasil pelo viés autoritário dos governos.

Os desequilíbrios estruturais do nosso federalismo impregnado nas contas públicas há séculos ganham cada vez mais relevo, donde a necessidade de que a prevenção opere mediante limitação da média de gastos à média da receita, num período de tempo razoável, para que a sociedade civil volte a poupar e a classe empresarial tenha confiança para investir gerando emprego, renda e mais tributos. Almeja-se que a despesa não ultrapasse a capacidade de pagamento do Estado, para que desta maneira não se afete a ação governamental, que como positivado nas Constituições, deve sempre perseguir o bem-estar da coletividade. Os desajustes estruturais como descritos pela lei complementar são oriundos de forças que criam influências ora pelas forças do acaso, ora por pressões de agentes econômicos, públicos etc., e, por conseguinte, interagem com o sistema econômico. Quando o

[57] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

volume de gastos supera o das receitas, o desequilíbrio orçamentário toma corpo com a falta de recursos para atender à coletividade. A crise existente pode ser medida pelas desigualdades dos fluxos monetários, e mostra o desnivelamento nas contas públicas, responsável pelo déficit fiscal persistente. Há carência do uso de meios extrajudiciais na esfera administrativa de forma ampliada com vistas a desburocratizar a máquina pública e desjudicializar conflitos.

No direito brasileiro, os serviços públicos, que são instituições de direito público, são vistos com forte apego ao seu aspecto formal na prestação de serviços por parte do Estado ou por quem atue sob sua delegação. Tais instituições, via de regra, são construídas quase sempre como prerrogativa do Estado e não como um direito dos cidadãos. Embora, a Constituição Federal de 1988 garanta um enorme plexo de direitos fundamentais que ocupam em tese o centro da ordem jurídica. *Pari passu* ao desequilíbrio nas contas públicas, e a crise de legitimidade institucional, resta-nos uma profunda reforma política e administrativo-tributária. O Direito alcança o viés ético, dialógico com a comunidade. Nesse diapasão advém a necessidade de rediscutir o presidencialismo de coalizão (e a velha política eleitoreira que mistura o público com o privado, e acaba solapando a capacidade de mudanças estruturais pelo comprometimento dos governos com as alianças para formar maioria e governar a curto prazo).

Faz-se, mister, um novo pacto federativo que trate das assimetrias entre os entes federados (muitos Estados e Municípios estão falidos e acabam se submetendo aos caprichos do governo centra para receber recursos púbicos); e da relação dialógica entre os entes e o cidadão, que são vistos apenas como eleitores aptos a votar a cada quatro anos. *Pari passu* às péssimas condições dos serviços ofertados à população que pagam caros os tributos e não veem melhoria nas condições de vida. Os governos promovem de um lado a guerra fiscal, de outro a União promove a renúncia fiscal, no meio o povo exige respeito aos seus direitos fundamentais. O principal desafio diante da crise institucional seria a necessidade de reformas estruturantes e, portanto, um governo com maior legitimidade, capacidade de diálogo e articulação com vistas às reformas estruturais por meio da aproximação entre o cidadão e o Estado, por meio da cidadania ativa por meio da utilização de instrumentos como referendo e plebiscito, entre outros instrumentos deliberativos- participativos como os conselhos, órgãos colegiados de participação social.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados** (Revista de Ciências Sociais). Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

ALMEIDA, Larissa (Org.). **Jornada Direito Público**. Campina Grande: Associação da Revista Eletrônica A Barriguda (AREPB), 2013.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A função tributária:** por uma efetiva função social do tributo. Brasília; a. 43, n. 169, id/496901, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92297/Bastos%20El%C3%ADsio.pdf?sequence=7>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BIERRENBACH, Flávio; CARVALHOSA, Modesto; DIAS, José Carlos. Manifesto à Nação. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 09.04.2017, p. A2.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. 14. ed. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 2003

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). **Direito tributário** (homenagem a Hugo de Brito Machado). São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. "Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil." **In**: RFD/UFP, v. 27, 1992/93, p. 59.

FERREIRA FILHO, Manoel G.; **Direitos humanos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2011.

GOMES, Angela de Castro. **A política brasileira em busca da modernidade**: na fronteira entre o público e o privado. In: História da vida privada no Brasil 4. Fernando A. Novaes (org.). Companhia das Letras: São Paulo, 2006.

GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). A crise e o direito público. In: ENCONTRO DE PROFESSORES PORTUGUESES DE DIREITO PÚBLICO, 6., 2013. **Anais...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

JAYME, Erik. **Diálogos com a doutrina**. Entrevista concedida por Erick Jayme à RTDC, ano 1, n. 3, jul.- set. 2000.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Walter Stönner. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>. Acesso em: 30.05.2020.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto** (O município e o regime representativo no Brasil). São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1976.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Opinião, 23.04.2017. p. A2

LICHA, Antonio Luis. **Teoria da política monetária**: uma abordagem a nível intermediário. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da UFRJ, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MASCARO, Leandro Alysson. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILL, Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006

MORAES, Maria Celina Bodin. "Constituição e Direito Civil: tendências". **In**: Revista da Ajuris, Edições 97-98, 2005.

MORGENSTERN, Flavio. A lei de responsabilidade orçamentária de Dilma: o fim da república. **Instituto Liberal**. Rio de Janeiro: IE, 2014. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/lei-de-responsabilidade-orcamentaria-de-dilma-o-fim-da-republica/>. Acesso em: 21 mar. 2017.

PAULA, Luiz Fernando; PIRES, Manoel. **Crise e perspectivas para a economia brasileira.** Estudos Avançados. 31 (89), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, pp. 125-144

SANTOS, Antônio Carlos dos; LOPES, Cidália Maria da Mota Lopes (Coord.). **Fiscalidade:** outros olhares. Porto: Vida Económica, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do direito tributário. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, p. 223-244, jan./jun. 2006.

VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Coleção Biblioteca Básica Brasileira: conselho editorial do Senado Federal: Brasília, 1999.

VITALE, Denise. **A institucionalização jurídica do orçamento participativo**. 2004. Disponível em: <http://www.democraciaparticipativa.org/files/DeniseVitale-InstitutionalizacaoJuridicaOP.pdf>. Acesso em: 14 out. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVERUCHA, Jorge. A espada sobre a lei. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Ilustríssima, 24.05.2020. p. B14-15.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br

(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

IGUALDADE DE GÊNERO NA ERA DIGITAL: PROCESSO EDUCATIVO E A UTILIZAÇÃO DO METAVERSO PARA INCLUSÃO

GENDER EQUALITY IN THE DIGITAL AGE: EDUCATIONAL PROCESS AND THE USE OF THE METAVERSE FOR INCLUSION

Lúcia Helena Polleti Bettini[1]

Rosana Maria Pires Barbato Schwartz[2]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-9011-5367

Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3734-0941

Submissão: 10/10/2022 Aprovação: 02/12/2022

RESUMO:

O presente artigo discute a utilização do metaverso, como ferramenta para o fortalecimento da cidadania. Oferece subsídios à pesquisa e à extensão universitária, como experiência jurídico-cultural de inclusão a ser vivida no mundo virtual com efeitos no mundo real, como proposta de afirmação da cidadania digital que não discrimina de forma negativa ou exclui em razão do gênero. Sob a perspectiva histórico-jurídico, cultural e categoria de análise de gênero, esta investigação problematiza a redução das desigualdades e a consequente busca da implementação da igualdade de gênero, com foco na imersão no mundo virtual e compromissos assumidos, na Constituição e Agenda 2030, nos quais todos são sujeitos digitais na busca do fortalecimento da cidadania.

[1] Doutora e Mestre em Direito do Estado na subárea Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Professora na Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS – São Caetano do Sul – São Paulo; Professora do Programa de Pós-Graduação lato sensu e stricto sensu na Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru – São Paulo; Advogada em São Paulo. E-mail:lucia.bettini@online.uscs.edu.br - **Ark:/80372/2596/v9/018**

[2] Doutora em História Social na subárea da História Cultural pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2007); Mestre em Educação, Arte e História da Cultura, na subárea da História Cultural pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM-SO (2001); Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Educação, Arte e História da Cultura da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: rosamariaschwartz@mackenzie.br - **Ark:/80372/2596/v9/018**

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade de Gênero. Inclusão. Redução das Desigualdades. Cidadania Digital. Metaverso.

ABSTRACT

This article discusses the use of the metaverse as a tool for strengthening citizenship. It offers subsidies to research and university extension, as a legal-cultural experience of inclusion to be lived in the virtual world with effects in the real world, as an affirmation of digital citizenship proposal that does not discriminate negatively or excludes based on gender. From the historical-legal perspective, cultural and gender analysis category, this investigation problematizes the reduction of inequalities and the consequent search for the implementation of gender equality, focusing on immersion in the virtual world and commitments made, in the Constitution and Agenda 2030, in which everyone is a digital subject in the pursuit of strengthening citizenship.

KEYWORDS: Gender Equality. Inclusion. Reduction of Inequalities. Digital Citizenship. Metaverse.

1. INTRODUÇÃO

Preocupação recorrente desde o século passado, há precisos 90 anos, são as discussões que envolvem a cidadania em ambos os sentidos, amplo e restrito, respectivamente a condição de destinatários de direitos e deveres fundamentais e a da participação no processo político. Após esses anos todos, ainda discutimos quem são esses sujeitos de direitos e obrigações, com bem menos discriminações negativas, que excluem e segregam, pois, nos dias atuais, no plano normativo os progressos foram muitos. De forma abstrata e genérica o sistema constitucional não apresenta diferenças de gênero, seja para o exercício dos direitos políticos como na condição de destinatários da proteção constitucional dos direitos e garantias fundamentais, sendo que muito recente, houve modificação constitucional que promove igualdade de gênero quando o tema é a representatividade. Mas ainda muito distante de se afirmar no plano material a igualdade, pelo contrário, o que se verifica são compromissos assumidos, tanto internamente como no internacional, com políticas de extensão planetária voltadas para reduzir as desigualdades, em especial a de gênero.

São pautas que o Brasil também assume como política a ser implementada dos anos 2020 a 2030, Agenda 2030, ao lado dos compromissos descritos no Título I da Constituição, Dos Princípios Fundamentais, que traduzem os objetivos fundamentais de nosso Estado. O presente artigo pretende delimitar os avanços históricos, culturais e jurídicos e apresentar possíveis ações a serem realizadas, por meio de pesquisa e extensão universitária com a intencionalidade de redução das desigualdades, especialmente, por experimentos virtuais de inclusão, com destaque ao metaverso.

A recente alteração constitucional, Emenda Constitucional 117/2022[3], mostra especificamente o quanto ainda necessitamos caminhar no aprimoramento da representatividade feminina para o exercício da cidadania plena, pois ainda temos uma maioria de representantes homens, o que significa mais um aspecto da desigualdade de gênero na busca da plenitude da cidadania, pois somos minoria na representatividade nas casas do parlamento, apesar de sermos maioria em termos populacionais.

Diante de tal constatação e ao lado de inúmeras outras discriminações existentes, a maioria delas marcadas pelo sexismo e opressão contra as mulheres, o que se verifica facilmente por legislação reativa a todas essas repugnantes e constantes ofensas, é que trazemos a proposta das universidades atuarem por meio da missão educativa, ensino, pesquisa, extensão e inovação, a entregarem para a comunidade acadêmica e entorno o resultado dessas atividades com utilização dos recursos da era digital, no presente estudo, o metaverso, como facilitador do processo educativo na construção de uma sociedade mais igualitária, solidária e inclusiva, pois hoje somos cidadãos na busca da efetividade da cidadania na era digital o que deve ser realizado por todos na condição de corresponsáveis pela concretização dessas metas .

A base teórico utilizada foi a análise documental, historiográfica e bibliográfica e metodologia dedutiva.

[3] A Emenda Constitucional 117 de 05 de abril de 2022, alterou o artigo 17 da Constituição quanto à utilização dos recursos partidários e representatividade feminina e também de raça, conforme ementa da mesma a seguir: "*Altera o art. 17 da Constituição Federal para impor aos partidos políticos a aplicação de recursos do fundo partidário na promoção e difusão da participação política das mulheres, bem como a aplicação de recursos desse fundo e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e a divisão do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão no percentual mínimo de 30% (trinta por cento) para candidaturas femininas"*

2. HISTÓRIA DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL

Em se tratando de mecanismos para a desconstrução de qualquer discriminação e preconceito contra as mulheres, os estudos de gênero que compreendem os múltiplos femininos e masculinos são fundamentais para o avanço da cidadania. As construções femininas e masculinas são sociais, culturais, educacionais, históricas e jurídicas, elaboradas de acordo com as relações de poder em diversos períodos da história e não somente baseado em relações binômias entre os sexos. São elaboradas e reelaboradas de acordo com as transformações das sociedades.

Durante o século XIX, os positivistas e higienistas, anunciavam a análise de paradigmas naturalistas que envolviam a aceitação da subordinação da mulher ao homem, baseada nas diferenças das estruturas biológicas de cada indivíduo. Essa diferença irá justificar as dificuldades encontradas pelas mulheres em se mover na esfera pública e a sua valorização na esfera privada. A natureza do corpo era o elemento que definia essas diferenças, criando um universo simbólico em torno das funções masculinas e femininas na sociedade. O corpo foi referendado pelas ciências médicas vigente, que se acreditava neutra, racional e científica. Essa ciência apregoava a inferioridade biológica e intelectual feminina, com base no tamanho do corpo físico, tamanho da caixa craneana e no formato dos órgãos reprodutores. Além disso, as mulheres eram vistas como propensas à desregramentos, histerias e indisciplinadas, por isso, deveriam se submeter aos homens, pais, irmãos, maridos e até filhos e ao Estado. Os higienistas, assim como os positivistas, contribuíram em nome do progresso e do crescimento dos centros urbanos, em reservar às mulheres a responsabilidade pela higiene doméstica, os cuidados com a saúde da prole e o baluarte da conservação moral, direcionando, determinando e confirmando a sua função na sociedade de mãe, esposa, cuidadora ou educadora dos corpos das nações. O modelo teórico positivista, nas análises sobre a mulher, consistiu em exame das diferenças e semelhanças em relação aos homens, e da nomeação da sua posição de desigualdade diante do modelo masculino. Estereótipos foram consolidados e outros construídos alicerçando o poder para os homens. Esses mecanismos de reprodução da discriminação contra as mulheres têm por base não só os discursos médicos, mas, os religiosos e os literários, escritos desde a antiguidade, passando pela idade média e adquirindo concretude nas instâncias da vida pública e privada no século XIX. Essa temporalidade longa é a que mantém os estereótipos e preconceitos de gênero, tanto na vida

pública como privada até a contemporaneidade, ainda que haja normas jurídicas que afirmam o contrário.[4]

Nessa problematização aparece o conceito de "verdade", que está sempre associado aos nódulos de saber-poder. A "verdade" é relativa, ligada às práticas sociais, geracionais e temporais em cada momento histórico, nesse sentido o teórico Michel Foucault realiza a interligação entre saber e poder de maneira primorosa, quando questiona o "estatuto de verdade" nas ciências humanas. Os saberes que se instituem enquanto verdadeiros estão vinculados a relações particulares, práticas cotidianas, instituições, que representam a instrumentalização do poder associado aos saberes que legitimam tais práticas. Portanto, não se pode definir a questão por meio de "critérios universais" para caracterizar gênero, muito menos tratar os estudos somente dentro da perspectiva da questão da dominação com que as mulheres foram obrigadas a conviver durante séculos, ou mesmo de uma única perspectiva desenvolvida pelas ciências tanto humanas como biológicas; pois esses critérios não estariam atentos aos diversos fatores estruturais que desenvolveram esse conceito[5].

Joan Scott, em seu trabalho "Gênero: uma categoria útil de análise histórica" de 1991, afirma que categoria gênero é necessária para a compreensão das permanências culturais e históricas em meio às transformações e surge num momento de efervescência epistemológica entre os pesquisadores das ciências humanas que colocam a questão para quem e por que escrever sobre gênero. Os debates desvelaram que a desconstrução só aconteceria se redefinissem paradigmas, premissas teóricas no campo da produção histórica, jurídica, educacional e cultural. Em sua formulação teórica, afirma que gênero deve ser entendido como uma forma primeira de dar significação e legitimidade às relações de poder e que se deve entender como esses significados são reproduzidos para as hierarquias sociais e desigualdades de gênero. Ao adotar o enfoque de gênero, se pode questionar e desafiar aportes teóricos fixos e procurar desvendar o universo feminino, em diversos territórios da vida real e hoje virtual. A categoria de análises privilegia essas dimensões.

A problematização nas universidades acompanhou e dialogou com os movimentos feministas, liderados principalmente por norte-americanas na esteira dos protestos contra a Guerra do Vietnã, e europeias envolvidas com as ações e discussões de

[4] Permanência em ciências sociais é conceito que desvela a manutenção no tempo curto, das construções históricas do passado, mesmo em meio às transformações sociais, políticas e jurídicas. Refere-se à temporalidade da cultura, da subjetividade e do simbólico.

[5] Cf. SCHWARTZ, **Rosana M.P.B. Beijing, muito mais que palavras. A IV Conferência da Organização das Nações Unidas sobre a Mulher**. Curitiba, Appris, 2017.

Maio de 1968, assinalou o reconhecimento pelas sociedades ocidentais de que as mulheres são sujeitos históricos-jurídicos e culturais. Nesse sentido, algumas preocupações marcaram essa produção, entre elas, a necessidade de emergir a mulher no cenário dos direitos, pois, até esses anos, não se preocupavam em estudar e analisar as diferenças sexuais, a exploração, a dominação e opressão em que foram colocadas no mundo do poder masculino e os mecanismos de ruptura para essa dominação.

Assim, as pesquisas de gênero aos poucos foram crescendo nas universidades e nos movimentos sociais e superando entraves complexos, como a falta de fontes, arquivos com os feitos femininos. Foi necessário pensar em novos elementos teóricos-metodológicos para dar conta das questões sobre as mulheres, como o estudo da experiência no mundo privado e público, a construção de suas identidades e suas reais condições de vida sob o ponto de vista da mulher e não do homem. Surgiram novas estratégias de investigação, fixadas na igualdade e superação das desigualdades, na libertação e busca de uma identidade deixada no tempo.

Vale ressaltar que as ciências médicas do século XIX reuniram mulheres, raças e inferioridade social em interação metafórica e que envolveram um complexo sistema de semelhanças e diferenças, utilizada pela linguagem técnica em que se presumia que mulheres, classes baixas e criminosos tinham em comum os cérebros mais leves e os crânios intelectualmente inferiores descritos pelos médicos e juristas.

Ao procurar a definição ou teorização sobre gênero, encontramos o termo ligado à condição de representação de uma relação de pertencimento de uma classe, ou de um grupo ou mesmo de uma categoria. Gênero constrói a posição de um indivíduo dentro e por meio de "pertencimento" de um grupo, de sua representação em termos de relação social preexistente ao próprio indivíduo. Esta estrutura conceitual é o que denominamos de "o sistema de sexo-gênero", ou seja, as concepções culturais de masculino e feminino como duas categorias complementares, mas que se excluem mutuamente, nas quais todos os seres humanos são classificados formam, dentro de cada cultura, um sistema de gênero, um sistema simbólico ou um sistema de significações que relaciona conteúdos culturais de acordo com valores e hierarquias sociais[6].

O conceito de gênero tem servido como base de sustentação para as intervenções na arena do conhecimento formal e abstrato, nas epistemologias, no campo

[6] Cf. SCHWARTZ, **Rosana M.P.B. Beijing, muito mais que palavras. A IV Conferência da Organização das Nações Unidas sobre a Mulher**. Curitiba, Appris, 2017.

cognitivo, definidos pelas ciências sociais, ou humanidades. Durante o século XX, nos anos 60 e 70, encontrava-se no centro da crítica de representação, da releitura das discussões culturais e hoje no mundo real e virtual. Na contemporaneidade elaboraram-se práticas e discursos marcados por especificidades de gênero, sobre as mulheres, não mais compreendida somente sob a ótica do patriarcado, mas sobre o direito à cidadania.

No Brasil, as permanências dos preconceitos e discriminação de gênero, também estão atreladas às mentalidades construídas e sistematizadas no fim do século XIX e primeiras décadas do século XX, não obstante, o processo de industrialização e urbanização, as mudanças econômicas, políticas e sociais, as duas guerras mundiais e a difusão dos meios de comunicações, impulsionaram a eclosão de reivindicações do feminismo na busca pelo direito ao voto, espaço público, igualdade de direitos civis e políticos, educação e profissionalização. As reivindicações especificamente voltadas para os direitos e necessidades da mulher já se delineavam desde a campanha abolicionista nos anos 1880 do século XIX, porém, as primeiras manifestações efetivas, ocorreram somente em fins do século XX com o impulso das transformações sociais da classe média e o desenvolvimento de organizações de mulheres por causa da possibilidade de trabalho fora do âmbito doméstico.

Com a ampliação dos estudos históricos, filosóficos, antropológicos, sociais e jurídicos, nos anos 80, a história das mulheres adquire espaço e papel mais significativo nas academias e por sua vez maior entendimento de suas especificidades e direitos.

A partir das conquistas políticas feministas e acadêmicas dos anos de 1980, o problema da "diferença" passou também a ser analisado e essa problemática evidenciou, dentro do movimento feminista, uma questão importante para a luta das mulheres, a questão de que o sujeito da história não era uma figura universal, mas sim uma figura dotada de diferenças e direitos. Podemos atrelar como propostas a garantia do espaço da mulher na sociedade como um todo. Nessa problemática não bastava discutir o "lugar das mulheres" ou suas "resistências", mas criar uma nova forma de pensar e escrever sobre as mulheres pela perspectiva da categoria de análise de gênero.

Desde os anos de 1920, o processo de disciplinar o brasileiro foi sendo "gestado", escamoteando a presença de tensões sociais juntamente com as sexuais. Esse projeto de disciplina se transformou e se tornou uma força política em décadas posteriores interligando questões sobre a relação entre os regimes autoritários com o controle sobre os corpos femininos. As relações entre os sexos instituíram determinadas práticas sociais, e se apropriaram de instrumentos simbólicos de dominação que permitiram a falta de equidade

entre homens e mulheres. A partir dessa interligação, podemos identificar mecanismos que constituíram simbolicamente numa rede de significados as identidades de gênero no Brasil, através da fusão e associação de múltiplas determinações e experiências culturais. Os homens e as mulheres urbanos brasileiros, foram alvo em suas identificações de gênero, e de diversas determinações culturais que se desencadearam nas suas construções históricas a partir da constituição de identidades sociais e sexuais, condição econômica, racial, étnica, trabalho, familiar e de educação. O comportamento da sociedade acompanha as construções históricas, desde a Colônia, a qual a mulher índia foi considerada culpada pelas transgressões sexuais que sofreu pelo homem colonizador, pois mostrava o seu corpo nu e muitas vezes manifestava orgulho em deitar-se com esses homens branco e da mesma forma a mulher negra, considerada um instrumento de valor econômico, e que tinha uma função específica dentre as outras relacionadas ao trabalho, serviu para preservar a castidade das mulheres "frágeis" da classe dominante, utilizadas como "objeto" sexual. Dentro desse contexto, pensar as mulheres é pensar as diferenças entre elas.

Nos anos 2000, à medida que se intensificavam as transformações da sociedade e a vida das mulheres ganhavam novas perspectivas, o poder de pressão das ativistas do movimento feminista era mais exercitado e observado através de ações no plano político, jurídico e ideológico.

Desde os anos de 1922, com a fundação da primeira Sociedade Feminina Brasileira com o objetivo de defender os direitos civis e políticos, instrução feminina, proteção à infância e mães, obtenção de garantias legais, legislativas para as mulheres e práticas para o trabalho feminino, orientação para a escolha profissional as mulheres aguardam a efetiva equidade de gênero e a transformação da mentalidade propiciando maiores avanços na construção da cidadania.

3. CIDADANIA E A IGUALDADE DE GÊNERO

Cidadania não foi sempre entendida e vivenciada de forma universal como pretendemos alcançar[7], por muito tempo as discussões eram somente teóricas, abstratas ou mesmo restritas à esfera do pensamento, pois nos últimos noventa anos, houve uma

[7] Lembramos que a Constituição do Império, 1824, falava em liberdade e igualdade, mas muito distante essa igualdade de muitos, em especial quando se fala em cidadania que não era para todos, destaque ao exercício dos direitos políticos, nos moldes das revoluções burguesas oitocentistas.

construção histórica-jurídico cultural ainda distante das premissas constitucionais atuais que apresentam a igualdade entre homens e mulheres, especialmente quando identificamos que o processo educativo para as mulheres, por muito tempo foi realizado no âmbito doméstico, retirando-as de qualquer cenário político ou do desenvolvimento de atividades que não fossem as de cuidado com lar[8].

A ruptura com a República Velha em 1930 e o reconhecimento dessas mudanças em 1934 em uma Constituição, são de importância ímpar, pois houve a inserção de sistema de ensino que cria condições para o afastamento do analfabetismo pelo direito fundamental à educação e, também a possibilidade de participação na vida política de muitos atores, entre eles, as mulheres. Ainda que esse período tenha pouca duração, 1934 a 1937, e só retome em 1946 com a adoção do formato de Estado liberal social, tivemos a deflagração de direitos fundamentais sociais, da busca da igualdade e parâmetros iniciais, os quais, percebe-se que retrocessos a partir de então só geram danos e perdas à igualdade naquela época delineada.

Destaque à legislação de 1932[9] que afirma a "Conquista do Voto Feminimo" e trouxe condições de implementação das mudanças anunciadas e prometidas por Getúlio Vargas, ainda que depois haja alteração de rota do estabelecido, foi sem dúvidas, passo da maior importância para o alcance da cidadania às mulheres, ou seja, os primeiros passos para a participação na vida política, ou afirmação da cidadania em sentido político ou restrito. Somente nos anos 1930 começamos a desenhar uma cidadania inclusiva, mas para alcançar as vivências democráticas há um grande percurso, pois, as desigualdades permanecem.

Mudança legislativa da maior relevância que passa a representar ruptura com a sociedade patriarcal e machista do início do século XX e afirmação da igualdade material, se dá com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada[10], vez que até o ano de 1962, a mulher ao se casar, tornava-se relativamente incapaz para os atos da vida civil, o que demonstra na prática não só desigualdades, mas identifica fonte de abusos e até cometimentos de crimes

[8] Vale dar destaque ao período do Império, no qual, a Princesa Regente, Isabel, teve atuação marcante e muito significativa. Protagonizou as primeiras mudanças legislativas que iniciam o processo de não discriminação dos negros, por duas legislações que são a Lei do Ventre Livre e a Lei Áurea. Ainda que não fosse diretamente a questão de gênero, se cuidou de afastar a marca da escravidão aos negros e desigualdades, que, infelizmente, ainda há muito a evoluir.

[9] Cf. BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 3385, 26 fevereiro 1932. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 26 abr. 2022.

[10] Cf. BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 3385, 26 fevereiro 1932. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 26 abr. 2022.

ancorados em tal discriminação legal, mas longe de possuir legitimidade. Os anos de 1946 a 1964 foram marcados pela democracia social, na qual a afirmação da igualdade ocorre especialmente por meio de direitos fundamentais de segunda dimensão, em especial, pela educação.

O ano de 1964 e seguintes foram os do período autoritário, ditadura militar, até 1985, com os governos militares. Houve um afastamento do sentido político da cidadania e também do sentido amplo com a supressão de diversos direitos, em destaque as liberdades. Somente com as eleições para governadores de Estado e com o processo de redemocratização que voltaremos, em 1988, a identificar a tutela da cidadania em seus dois sentidos, ainda que em muitos temas somente a proteção formal.

A Lei do Divórcio vem como avanço significativo para as mulheres que mesmo em casamentos marcados pela violência e discriminação, neles permaneciam, pois não havia a possibilidade da ruptura do vínculo conjugal até a edição da lei que não fosse a morte[11]. Tais legislações foram de importância singular para esse amadurecimento pela busca de igualdade material, pois essas leis trouxeram efeitos práticos para efetividade da igualdade de gênero, não só de forma abstrata, ainda que de forma localizada e restrita.

A afirmação da igualdade de gênero acontece somente com a redemocratização do Estado Brasileiro, 1988, em Constituição que recebe o atributo de cidadã, igualdade formal de gênero e afirmação de compromisso da evolução e alcance da igualdade material. Ela vem inserida no elenco dos direitos e garantias fundamentais, uma das razões da existência das Constituições, além de outros títulos da mesma. Afasta diferenças entre homens e mulheres em direitos e obrigações, no plano abstrato da norma, pois na vida concreta, muitas discriminações negativas ainda permanecem, seja pelo afastamento do exercício de alguns cargos da estrutura de poder como pelas práticas que ainda temos notícias de constantes violências contra a mulher, a tal ponto de haver necessidade de legislações penais protetivas e reativas para tentar minimizar essas diferenças repugnantes[12].

Ainda hoje, mulheres são caladas por agressões ou microagressões de todas as ordens, até mesmo com a máscara de humor que não podem mais assim ser entendidas,

[11] Cf. Lei do Divórcio BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 dezembro 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/l6515.htm. Acesso em: 26 abr. 2022.

[12] Há publicação de inúmeras leis com a marca da tentativa de correção dessa violência, infelizmente, constante e escancarada no pós Constituição de 1988, que afirma a igualdade em direitos e obrigações de homens e mulheres, começando forçosamente pela Lei Maria da Penha em 2006 e outras personagens reais que representam e simbolizam um basta a esses comportamentos desumanos e indesejáveis.

conforme o pensamento e pesquisa de Adilson Moreira e afirmação de racismo recreativo[13]. Com a Constituição de 1988 e o reconhecimento de inúmeras desigualdades, entre elas a de gênero e a missão do Estado na redução das mesmas. Para afastar as discriminações negativas que as sustentam o primeiro passo é identificar a existência de opressão sofrida e sentida por mulheres e que não é o entendimento dos homens sobre o tema, sem descuidar da interseccionalidade que aparece muitas vezes pelo possível cumular com mais outras formas de discriminação além do gênero. Enquanto houver a negativa de existência das mesmas, o descaso ou ainda a sua normalização, a igualdade pretendida ficará adstrita ao plano abstrato da norma jurídica, ainda que prevista em norma constitucional e com regime jurídico de direitos fundamentais que deve privilegiar a efetividade das mesmas[14].

Clamamos para as universidades continuarem, ao lado do Estado, no desenvolvimento de pesquisa e ações extensionistas voltadas para a multiplicação do conhecimento e das políticas de inclusão, fundamentadas na Constituição, seja nos princípios fundamentais como nos direitos e garantias fundamentais com a entrega de conteúdos produtos à comunidade acadêmica e entorno, da afirmação e informação da igualdade de gênero entre outras para dar voz às mulheres e buscar a construção da solidariedade e do atingimento da plena cidadania, o que se perfaz com o conhecimento e o assumir vivências representativas de transformação da "*ordem dos direitos*" para a "*ordem dos deveres e responsabilidades*"[15], conforme tese elaborada por Alfredo Attié, da qual conclui-se todos deverem atuação responsável para afastamento das desigualdades e discriminações que excluem.

[13] Cf. MOREIRA, Adilson José. **O Que é Racismo Recreativo.** Organizado por Djamila Ribeiro. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018.
[14] Cf. previsão expressa do Art. 5º, parágrafo 1º, no qual se afirma: "*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata".*
[15] ATTIÉ, Alfredo. "*Regime di Stato e Regime di Mercato: Diritti e Doveri nella Costruzione della Democrazia*" *in* DE CICCO, M. C. **I Doveri nell'Era di Diritti**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 74-93; ATTIÉ, Alfredo. **Towards International Law of Democracy**. Valencia: Tirant, 2021.

4. O METAVERSO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO DIGITAL DA CIDADANIA: UMA PROPOSTA PARA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO

O farto aparato Constitucional e infraconstitucional, sem dúvidas deve ser amplamente divulgado, seu conhecimento e sua efetividade ou meios para alcançá-la, vez que não basta a existência de leis que muitos desconhecem ou são incapazes de identificar seu sentido e alcance. A proposta é a utilização da era digital para seus efeitos benéficos e não os seus transtornos derivados em especial das *Fake News*, do discurso de ódio, da intolerância e do afastamento da Constituição e das leis, entre outros. O atingimento de um número indeterminado de pessoas é um fato consumado pela era digital, mas a propagação das mentiras ou da "pós-verdade"[16] e rupturas com o Estado Democrático de Direito, como se estabeleceu a partir de 2016, precisa de uma resposta assertiva para no mínimo corrigir esses transtornos, já que, para alguns, se tornou integrante do cotidiano.

A experiência da cidadania digital não deve repetir os mesmos efeitos deletérios da vida real que diminuem, afastam e excluem as pessoas pela sua condição pessoal, no presente estudo, o gênero[17], mas podemos falar de todos os grupos de pessoas que a própria Constituição reconhece a sua vulnerabilidade[18] e assume o compromisso de reduzir desigualdades e discriminações, sendo que em determinadas condições, o que se afirma é a necessária proteção integral na busca de implementação de direitos.

Todas essas discussões obrigatoriamente remetem ao processo educacional que permite o desenvolvimento integral da personalidade humana, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, mas, conforme já descrito, nossa história marca de forma negativa algumas pessoas e essas missões precípuas da educação não se realizam para muitos, com o afastamento da universalidade, mesmo na atualidade. Ainda temos a mesma

[16] O neologismo "pós-verdade" foi o mais consultado no dicionário de Oxford em 2016, o qual, fatos objetivos cedem vez aos apelos emocionais na construção da opinião pública, com afastamento da verdade.

[17] Cf. Revista Exame, Luísa Granato, em 25.04.2022, traz dados de recente pesquisa feita pelo BNE-Banco Nacional de Empregos, especialmente cargos de liderança, onde os salários dos homens chegam a ultrapassar os 60% dos valores pagos às mulheres, o que tem levado muitas empresas a investir em programas de diversidade.

[18] Cf. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.(grifo nosso)

referência oitocentista, na qual os cidadãos são determinadas pessoas com certas características, ou seja, a apresentação restrita de uma igualdade formal.

O que se propõe é a universidade mantida como referência e centro catalisador do conhecimento científico, capaz de oferecer e entregar produtos educacionais por meio das tecnologias assistidas não só à comunidade acadêmica, mas também, e com atenção ao entorno. A utilização dos recursos digitais foi implementada culturalmente com a pandemia do Covid 19, que, em definitivo, reconhece a existência de sujeitos digitais, que recebem tratamento igualitário com base nos algoritmos, em codificação de dados. Fazer com que o conhecimento saia dos muros protetivos e reservados das universidades não encontra dificuldades especialmente na era digital. Com o uso do metaverso[19] e a intencionalidade da redução das desigualdades de gênero, tanto no que diz respeito ao exercício de direitos e deveres como na participação política de forma ativa e passiva, torna-se possível o conhecimento na prática, com utilização de aspectos lúdicos que trazem a leveza para as discussões e as transformam acessíveis também aos leigos.

Com a experiência pandêmica recente, as resistências existentes à utilização dos meios eletrônicos foi em muito superada, sendo a regra seu uso e as dificuldades são determinadas em muito pela falta de acesso aos meios, que as universidades podem minimizar ou mesmo suprir. Houve uma mudança cultural radical de adesão aos meios eletrônicos, com utilização por um número indeterminado de pessoas, sendo que, todos podem, em tese, receber e entregar conteúdos o que implica em uma segunda referência da igualdade em meios digitais, mas de forma a respeitar o Estado Democrático de Direito e compromissos por ele assumidos. Em contrapartida, a possibilidade de ampliar as desigualdades e exclusão vem sendo evidenciada e ancorada por conteúdos falsos e com apelos emocionais, muitos deles apoiados em discurso de ódio e ruptura da democracia constitucional.

Sabemos que uma das formas de afastamento das discriminações negativas, com destaque às pessoas com deficiências, tem sido a utilização das tecnologias assistidas, conforme preconiza a Lei Brasileira da Inclusão[20]. O que propomos, com base na teoria do diálogo das fontes, Erick Jayme[21], é a utilização das tecnologias assistidas para todos os

[19] A palavra Metaverso foi criada em 1992 por Stevenson em um romance de ficção e é a junção de do prefixo meta, significa além, e universo, além do universo, uma somatória do mundo real com o virtual no ambiente digital.

[20] Cf. BETTINI, Lúcia Helena Polleti. **Rádio, tv e internet na promoção da inclusão e acessibilidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida**. *In*: Direito à inclusão e acessibilidade [livro eletrônico] / 1.ed. organizadora Flávia Piva Almeida Leite. – 1.ed. – Bauru, SP : Psiu Editora, 2021. PDF.

[21] Cf. MARQUES, Cláudia Lima(coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. O pensamento do autor foi trazido para o

grupos que são marcados pelas desigualdades, pois as mesmas viabilizam, ainda que no mundo virtual, experiências entre sujeitos digitais, todos em patamar de igualdade e, se bem informados acerca das políticas e compromissos nacionais e internacionais, ainda que de forma reservada, passam a atuar para redução da desigualdade de gênero[22].

A mescla da vida real e do mundo virtual dos sujeitos digitais deve estar justificada e fundamentada em limites constitucionais que apontam em última análise para o respeito à vida com dignidade e para a cidadania em sua plenitude e não só na abstração.

O que se pretende é fazer uso dos recursos digitais não só para informar direitos e deveres e afastamento das violências em suas múltiplas facetas contra as mulheres, mas, especialmente, quanto à cidadania política, informar sobre o que está sendo realizado nos municípios e promover a participação em audiências públicas e também promover a cidadania passiva de mulheres, pois somente uma mulher percebe e sente todas essas formas de discriminações em suas vivências e pode dar voz às demais, e não homens por meio de suas percepções que não são do mesmo universo vivido e o que é pior, ainda com marcas negativas do patriarcado, do sexismo e misoginia[23].

O uso de ferramentas da era digital existe e sua utilização deve ser marcada pelas referências constitucionais e consequente respeito ao Estado Democrático de Direito. Sua aplicação para diversos caminhos democráticos como a igualdade de gênero, é urgente. O desenvolvimento do uso do metaverso para fins educativos, é missão constitucional que se impõe de forma obrigatória[24], conforme as necessidades de cada local o afastamento das desigualdades pela realidade dos sujeitos digitais e uso algoritmos é o primeiro passo para esse aprendizado de vivências inclusivas como imperativo ético-constitucional.

Brasil pela Professora Cláudia Lima Marques, que apresenta o tema, "Teoria do Diálogo das Fontes" em obra de sua coordenação, ensina que a utilização do método tem a missão de reconstrução da coerência do sistema de normas, sendo papel dos juízes buscar tal coerência evitando contradições, por meio da coordenação das fontes.

[22] O que chamou muito a atenção durante o período pandêmico, em especial nos momentos de intenso distanciamento social, foi o aumento da violência de gênero cometida por pessoas do mesmo núcleo familiar ou que passaram a conviver. Um dos mecanismos utilizados para tentar afastar essas violências foi o uso do celular e tecnologias digitais a emissão de sinais representativos de socorro, de risco ou perigo iminente. A solidariedade foi presente em vários casos e vidas foram protegidas. Com certeza, podemos ampliar essas atitudes e atingir número elevado de pessoas pois estamos na era digital.

[23] Recentemente, tivemos uma decisão inédita na Assembleia Legislativa de São Paulo em suspender em 180 dias deputado Fernando Cury por assédio sexual à deputada Isa Penna, em 11.04.2021.

[24] Cf. BETTINI, Lúcia Helena Polleti. **Rádio e Televisão como Agentes Educacionais: o imperativo do Art. 221 da Constituição e a ética da responsabilidade social.** Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. Adotamos em tese de doutoramento defendida na PUC-SP a obrigatoriedade dos princípios da radiodifusão, também aos meios eletrônicos, o que os coloca ao lado do Estado em atuação obrigatória quanto à missão educativa e informativa.

Fazer uso dos recursos digitais, no presente estudo, com utilização do metaverso, em especial, para ao lado do Estado, as universidades colaborarem com a busca do bem comum, nos moldes do proposto pelo Papa João XXIII, e não no desvio da finalidade social do Estado. Por meio dos avanços científicos e tecnológicos vamos criar a cultura de práticas extensionistas de inclusão e redução das desigualdades, pois todos devem colaborar e atuar para o cumprimento desses compromissos fundamentais, entre eles, reduzir as desigualdades de gênero. A conquista do voto feminino precisa evoluir para a representatividade feminina e respeito às mulheres também nos locais de poder e tal evolução tem nas universidades o local de sua promoção.

5. CONCLUSÕES

A pesquisa aponta que:

1- A nossa história é marcada pela desigualdade, pelas decisões de poder que consagraram a sociedade patriarcal e machista desde a colonização e por uma cultura de exclusão e desigualdades, em especial a de gênero;
2- Somente nos anos 1930 começamos a nos afastar de modelo histórico-jurídico político que se traduziu por absoluta desigualdade entre homens e mulheres, especificamente, após a finalização da República Velha;
3- O modelo de democracia social brasileira começa a ser construído, ganhando *status* constitucional em 1934, mas não iria durar muito, pois em 1937 houve o seu esvaziamento que retornaria em 1946, sendo novamente suprimida com a ditadura militar e voltando com a redemocratização a partir de 1985, com implementação em 1988;
4- Tal democracia desenhada no início do século passado só ganhou força em 1988, mas ainda encontra muitos entraves para o seu exercício, especialmente quando identificamos a ausência da cidadania plena para muitos que estão só no plano formal marcados pela igualdade;
5- Entendemos que a manutenção das democracias e acesso à cidadania se dá pelo processo educativo, do qual, as condições para desenvolvimento no plano individual e coletivo dos cidadãos deve ser cuidado;

6- As universidades como centros de referência do conhecimento científico devem multiplicar esse saber, ir além das comunidades acadêmicas e chegar ao leigo para que ele possa também participar da implementação de um Estado menos desigual e inclusivo;

7- Para tanto, as práticas extensionistas devem atingir a comunidade do entorno, de leigos e propiciar, de maneira acessível, esses conteúdos que permitem a realização das missões constitucionais que têm congruência com o disposto na Agenda 2030, com especial atenção à redução das desigualdades de gênero;

8- Com o cenário pandêmico houve aceitação e transição para o mundo virtual e utilização dos recursos da era digital, o que vamos utilizar par multiplicar esse conhecimento e reduzir desigualdades, especificamente com a utilização do metaverso, para que vivências de uma cidadania digital não repitam os transtornos da vida real, com olhar atento à participação política das mulheres.

Assim, para o pleno desenvolvimento da cidadania devemos compreender que todos somos iguais no que tange a dignidade como pessoa e em deveres e direitos– e que se trata de direito fundamental social, o direito à igualdade, o qual deve alcançar efetividade pela atuação de todos com responsabilidade, o que se alcança pela educação e acesso ao conhecimento.

6. BIBLIOGRAFIA

ATTIÉ, Alfredo. "*Regime di Stato e Regime di Mercato: Diritti e Doveri nella Costruzione della Democrazia*" *in* DE CICCO, M. C. **I Doveri nell'Era di Diritti**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 74-93;

_____. **Towards International Law of Democracy**. Valencia: Tirant, 2021.

BETTINI, Lúcia Helena Polleti. **Rádio e Televisão como Agentes Educacionais: o imperativo do Art. 221 da Constituição e a ética da responsabilidade social.** Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

_____. **Rádio, tv e internet na promoção da inclusão e acessibilidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida**. *In*: Direito à inclusão e acessibilidade [livro eletrônico] / 1.ed. organizadora Flávia Piva Almeida Leite. – 1.ed. – Bauru, SP : Psiu Editora, 2021. PDF.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima(coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, Adilson José. **O Que é Racismo Recreativo.** Organizado por Djamila Ribeiro. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica,** Rio de Janeiro, Graal, 1991

SCHWARTZ. **Rosana M.P.B. Beijing, muito mais que palavras. A IV Conferência da Organização das Nações Unidas sobre a Mulher**. Curitiba, Appris, 2017.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License