



Revista Interdisciplinar de Direito
Curso de Direito do Centro Universitário de Valença
(UniFAA)

v. 18, n. 1, 2020

Autores

Antônio Augusto Cançado Trindade
Antônio Pereira Gaio Júnior
André Brandão Nery Costa
Arno Wehling
Bárbara Gomes Lupetti Baptista
Edna Raquel Hogemann
Guilherme Sandoval Góes
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Paulo Sérgio Vasconcelos
Priscila Elise Alves Vasconcelos
Raul Murad Ribeiro de Castro
Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva
Vânia Siciliano Aieta

Editar
Juiz de Fora-MG
2020

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. Antonio Carlos Dahbar Arbex

Reitor do Centro Universitário de Valença (UniFAA)

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Vice-Reitor do Centro Universitário de Valença (UniFAA)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo – UFRRJ – Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Augusto Zimmermann (Membro Externo – Murdoch University – Murdoch – Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PA)

Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

Prof. Dr. Jorge O. Bercholc (Membro Externo – UBA – Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (UniFAA – Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo – UFG – Goiânia/GO)

Profa. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo – UFF – Niterói/RJ)

Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo – UEL – Londrina/PR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo – USP – São Paulo/SP)

Profa. Dra. Núria Beloso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo – UNESA – Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo – UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos – Buenos Aires – Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo – UFPB – Campus I – João Pessoa/PB)

Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – ano 1, n. 1. (maio /1998). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 1998.

Publicação semestral

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.
ISSN: 1518-8167

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – Brasil.

CDU: 34(81)(05)

A editora e os coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito, contribuindo para o engrandecimento da cultura jurídica nacional e internacional.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudência nacional e internacional
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro Universitário de Valença (UniFAA)
Endereço	Rua Sargento Vitor Hugo, 161 – Bairro Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	revistas.faa.edu.br/index.php/FDV
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 (<i>on line</i>)
Classificação	Qualis B5 Direito; B4 Ciência Política e B4 Artigos interdisciplinares
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários, LiVre/Revista de livre acesso, .periodicos. CAPES
Base de dados internacionais:	Latindex, LatinREV, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Sherpa/Romeo, Directory of Research Journals Indexing (DRJI), OCLC WorldCat, Academic Resource Index Research Bib, MIAR – Universitat de Barcelona, BASE, CiteFactor – Academic Scientific Journals, JURN, Google Scholar
Editor chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	revista.direito@faa.edu.br
E-mail alternativo	direito@faa.edu.br
Telefone	24-2453-0700

Autores

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juge de la Cour Internationale de Justice; ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasília, Brésil; Docteur *Honoris Causa* de plusieurs Universités en Amérique Latine, Europe, et Asie / Judge of the International Court of Justice; Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília, Brazil; Doctor *Honoris Causa* of several Universities in Latin America, Europe, and Asia. E-mail: aacancadotrindade@yahoo.com.br

Antônio Pereira Gaió Júnior

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigael* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. *Visiting Professor* do *Ius Gentium Conimbrigael* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT. Professor Associado de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro da *International Association Procedural of Law-IAPL*. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro da Associação de Direito e Economia Europeia – ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro das Comissões de Processo Civil e de Educação Jurídica da OAB-MG. Advogado. E-mail: www.gaiojr.com

André Brandão Nery Costa

Doutor em Direito Civil e Comercial pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza” (2019). Mestre em Direito Civil pela Universidade de Paris Panthéon-Sorbonne (2019). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2013). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2010). E-mail: andrebncoستا@gmail.com

Arno Wehling

Possui graduação em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1968), graduação em Direito pela Universidade Santa Úrsula (1991), doutorado em História pela Universidade de São Paulo (1972), livre docência em História Ibérica (USP, 1980) e pós doutorado em História nas Universidades do Porto e Portucalense. Professor titular aposentado da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Foi professor visitante das Universidades de Lisboa e Portucalense e atualmente é professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida, Presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e conselheiro do IPHAN/ Ministério da Cultura e presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. É membro da Academia Brasileira de Letras, Academia das Ciências de Lisboa, Academia Brasileira de Educação e de institutos históricos brasileiros e academias ibero-americanas de História. Desenvolve estudos e pesquisas nas áreas de História do Direito/História das Instituições e Teoria da História/ Historiografia, com livros e artigos focando principalmente História do Brasil colonial e as primeiras décadas da independência sob os ângulos do estado, da justiça colonial, da administração e da memória/construção da identidade. E-mail: wehling@globo.com

Bárbara Gomes Lupetti Baptista

Professora Permanente do PPGD/UVA, professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFF, pesquisadora do InEAC/UFF . E-mail: blupetti@globo.com

Edna Raquel Hogemann

Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Pós-Graduação *Lato Sensu* em Bioética, pela Red Bioética UNESCO, Graduada em Jornalismo, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decana Pro Tempore, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio. Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability (Bioethics, Biolaw, Biotechnology) e do Grupo Direito Humanos e Transformação Social-UNIRIO. E-mail: ershogemann@gmail.com

Guilherme Sandoval Góes

Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA. E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Promotor de Justiça e Assessor Internacional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, IBMEC e Estácio e Professor Emérito e Diretor Acadêmico da FEMPERJ. E-mail: humbertodalla@gmail.com

Paulo Sérgio Vasconcelos

Doutor em Planejamento Energético – COPPE, UFRJ, Mestre em Administração - UESA, MBA Executivo – COPPEAD, UFRJ, e Economista - UESA. Professor da Faculdade de Administração, Ciências Contábeis e Economia - FACE, da Universidade Federal da Grande Dourados, MS – UFGD. E-mail: paulosvasconcelos@ufgd.edu.br

Priscila Elise Alves Vasconcelos

Estágio pós-doutoral em Direito das Cidades – UERJ, Doutora em Direito - UVA, Mestre em Agronegócio – UFGD, MBA em Direito, EMERJ, UESA e UCM, e Advogada - UCM. Professora Substituta da Faculdade de Direito e Relações Internacionais – FADIR, da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Bolsista PROSUP/CAPES/UVA. E-mail: prisvascon@gmail.com

Raul Murad Ribeiro de Castro

Doutorado e Mestre em Direito Civil pela UERJ, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Campos - FDC / UNIFLU. Professor de Direito Civil e Propriedade Intelectual dos cursos de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados. E-mail: raul.murad@gmail.com

Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva

Defensora Pública de 2º Grau de Jurisdição do Estado do Rio de Janeiro; Doutora pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ na área Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade, linha de pesquisa Direito Civil; Doutora pelo Programa de Pós-Graduação da Universidad del Museo Social Argentino; Professora Adjunta da Graduação e da Pós-Graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente da Faculdade de Direito da UERJ; e ex-Professora da Graduação/EAD da UNESA, em Direito da Criança e do Adolescente, por 17 anos e experiência de mais de 10 anos em EAD. E-mail: zagaglia_uerj@yahoo.com.br

Vânia Siciliano Aieta

Vânia Siciliano Aieta es Profesora del Programa de Posgrado en Derecho de la *Facultade de Direito* de la UERJ, Post-Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Santiago de Compostela, España, y por la PUC-Rio, Brasil. Doctora en Derecho Constitucional por la PUC-SP, Máster en Teoría General del Estado y Derecho Constitucional por la PUC-Rio. *Visiting Researcher* en la Universidad de Santiago de Compostela, España, y *Visiting Scholar* en la Universitá Unitelma Sapienza, Roma, Italia. E-mail: vaniaaieta@yahoo.it

Sumário

Apresentação	11
L'universalité Nécessaire et Ineluctable des Droits Inhérents à la Personne Humaine / the Necessary and Ineluctable Universality of the Rights Inherent to the Human Person	13
Antônio Augusto Cançado Trindade	
Os Perfis do Incidente de Assunção de Competência no CPC/2015	35
Antônio Pereira Gaio Júnior	
Cairu e o “Comércio Franco e Legítimo”	59
Arno Wehling	
“A Minha Verdade é a Minha Justiça”: atualizando os significados atribuídos ao princípio da imparcialidade judicial	75
Bárbara Gomes Lupetti Baptista	
Repensando o Direito à Saúde no Brasil: Aspectos Críticos e Desafios postos diante de um Cenário de Pandemia	97
Edna Raquel Hogemann	
A Convenção do Direito da Criança no Ordenamento Jurídico Brasileiro	121
Guilherme Sandoval Góes e Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva	
O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei N° 8.429/1992 pela Lei N° 13.964/2019	145
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	

Desafios da Estratégia Empresarial: antes, durante e após a
pandemia de 2020 163

Paulo Sérgio Vasconcelos e Priscila Elise Alves Vasconcelos

A Responsabilidade do Franqueador Perante Consumidores:
uma Investigação Indutiva dos Fundamentos Empregados pela
Jurisprudência Brasileira 183

Raul Murad Ribeiro de Castro e André Brandão Nery Costa

O Impacto Eleitoral Resultante da Manipulação das *Fake News*
no Universo das Redes Sociais: a Construção da Desinformação 213

Vânia Siciliano Aieta

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira a nova edição da Revista Interdisciplinar de Direito. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes do corpo docente.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 02 de junho de 2020.

Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente da Fundação Educacional Dom André Arcoverde

L'universalité Nécessaire et Ineluctable des Droits Inhérents à la Personne Humaine / the Necessary and Ineluctable Universality of the Rights Inherent to the Human Person

Antônio Augusto Cançado Trindade¹

Introduction

C'est un honneur et une satisfaction pour moi de prononcer cette conférence inaugurale de la session annuelle de 2019 en commémoration du cinquantième anniversaire de l'Institut International des Droits de l'Homme - Fondation René Cassin, aujourd'hui, le 01 juillet 2019, ici au siège de la Cour Européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg. J'accompagne en effet la trajectoire de l'Institut International des Droits de l'Homme depuis que je suis venu à la session d'étude de 1971. J'ai connu tous ses Présidents et Directeurs, dès le Président René Cassin et le Secrétaire-Général Karel Vasak au début (en 1971), jusqu'au Président Jean-Paul Costa et le Directeur Sébastien Touzé à l'actualité.

En 1974, j'ai reçu le diplôme de l'Institut des mains de René Cassin lui-même, qui avait été succédé à la présidence de la

¹ Juge de la Cour Internationale de Justice; ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasília, Brésil; Docteur *Honoris Causa* de plusieurs Universités en Amérique Latine, Europe, et Asie / Judge of the International Court of Justice; Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília, Brazil; Doctor *Honoris Causa* of several Universities in Latin America, Europe, and Asia. E-mail: aacancadotrindade@yahoo.com.br

Cour Européenne des Droits de l'Homme (en tant que deuxième président) par Henri Rolin. J'ai ensuite assisté en 1974 à la dernière conférence de René Cassin à l'Académie de Droit International de La Haye, peu de temps avant son décès. L'Institut International des Droits de l'Homme fait partie de ma vie, et il est ancré dans mon coeur. Dès cette époque, j'accompagne, au fil des années, le travail de l'Institut.

L'universalité des droits inhérents de la personne humaine dans le cadre du processus d'humanisation progressive du droit international public.

Le droit international traditionnel, en vigueur au début du XX^{ème} siècle, était placé sous le signe d'un volontarisme sans limites des États, marqué notamment par une tolérance de la guerre, la diplomatie secrète, la conclusion de traités inégaux, ou encore l'existence de colonies, de protectorats et de zones d'influence. C'est contre ce système oligarchique et injuste qu'allaient s'affirmer les grands principes que sont par exemple l'interdiction de la guerre d'agression, de l'emploi et de la menace de la force (et la non-reconnaissance des situations qui en résultent), l'égalité juridique des États, et le règlement pacifique des différends internationaux.

Allait débiter en parallèle la lutte contre les inégalités, avec l'abolition des capitulations, la mise en place du système de protection des minorités et des populations dans des territoires sous mandats, sous les auspices de la Société des Nations, ainsi que les premières conventions internationales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Au milieu du XX^{ème} siècle, il devint manifeste qu'il était nécessaire de reconstruire le droit international en mettant l'accent sur les droits de la personne humaine. Le droit international allait connaître une évolution remarquable, entamant ce qui deviendrait son processus historique d'*humanisation*.

C'est ce dont témoigne, au début, l'adoption en 1948 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, puis, dans le demi-siècle qui suivit, de plus de 70 traités relatifs à la protection des droits de l'homme, aujourd'hui en vigueur aux niveaux international et national². Depuis la création de l'Organisation des Nations Unies, et sous l'influence de celle-ci et de ses institutions spécialisées, ainsi que des organisations régionales, le droit international a connu un développement tout à fait remarquable. Au cours des années cinquante et soixante, l'apparition de nouveaux États, issus du processus historique de décolonisation, est marquée profondément, au sein des Nations Unies, par le droit naissant des peuples à disposer d'eux-mêmes³.

Il faut rester attentif, dès le début de ce processus historique remarquable, à la consécration de l'universalité des droits inhérents à la personne humaine⁴. En effet, trois ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, lors d'un cours donné à l'Académie de Droit International de La Haye en 1951, René Cassin a fait état de la conception originale et du processus évolutif d'élaboration de la Déclaration Universelle, en soulignant un aspect important. Selon ses propres mots, la Déclaration de 1948 a été originairement conçue comme une Déclaration internationale, mais, comme l'être humain devait être "le centre de la Déclaration", elle a été proclamée par l'Assemblée Générale comme Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, exprimant

² Ces nombreux traités, et autres instruments internationaux, ont créé des mécanismes de protection qui coexistent, en besoin de coordination; cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435.

³ A.A. Cançado Trindade, "Le Droit international contemporain et la personne humaine", 120 *Revue générale de Droit international public* (2016) n. 3, pp. 497-514.

⁴ A.A. Cançado Trindade, "Reaffirmation de l'universalité nécessaire et ineluctable des droits inhérents à la personne humaine", in *Les droits humains comparés - À la recherche de l'universalité des droits humains* (Actes du Colloque à la Cour européenne des droits de l'homme - mars 2018), Paris, Pédone, 2019, pp. 49-67.

“l’idéal commun à atteindre par tous les peuples, par toutes les nations, afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l’esprit, s’efforcent, par l’enseignement et l’éducation, de développer le respect de ces droits et libertés, d’en assurer, par les mesures progressives d’ordre national et international, la reconnaissance et l’application universelles et effectives (...).

La Déclaration est universelle comme s’appliquant à tous les êtres humains. Partant de l’idée qu’ils sont `tous membres de la famille humaine`, l’article 1^{er} déclare qu’ils naissent libres et égaux en droit. L’article 2(1) (...) déclare, que `chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune` (...). Ainsi, tout être humain participe à ces droits fondamentaux, qu’elle que soit sa condition originaire ou acquise. Il bénéficie en outre de la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (article 6) et de l’égale protection de la loi (article 7).

La Déclaration Universelle s’applique à tous les États, à tous les territoires habités. (...)”⁵.

Pour ma part, au fil des années, j’ai moi aussi toujours soutenu la position des individus comme sujets du droit des gens, dans la ligne de la pensée jusnaturaliste et universaliste⁶. Lors d’un cours délivré à la même

⁵ R. Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, 79 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 279-281. Sur la progression de la Déclaration de 1948 vers l’universalité, et l’importance des “principes généraux touchant l’unité du genre humain”, cf. aussi R. Cassin, *La pensée et l’action*, Boulogne-sur-Seine, Éd. F. Lalou, 1972, pp. 108-109 et 114-117; R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10. En 1950, il a écrit que, en conformité avec la Déclaration Universelle, tous les êtres humains sont sujets de droit comme membres de la “société universelle”, et aucun État ne pourrait pas du tout les dénier telle condition; R. Cassin, “L’homme, sujet de droit international et la protection des droits de l’homme dans la société universelle”, in *La technique et les principes de Droit public - Études en l’honneur de G. Scelle*, tome I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade, “A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado”, 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434; A.A. Cançado Trindade, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law:

Académie de Droit International de La Haye en 1987, dans cette même ligne de pensée, j'ai attiré l'attention sur l'expansion de la notion de victimes *directes* (pour violation du droit à l'intégrité personnelle et du droit à l'accès *lato sensu* à la justice), y compris les victimes "potentielles", dans la construction jurisprudentielle, en renforçant ainsi la position centrale de la personne humaine dans le droit des gens contemporain⁷.

Ensuite, j'ai soutenu, cette fois dans mon Cours Général de Droit International Public délivré aussi à l'Académie de Droit International de La Haye en 2005, que la communauté internationale dans son ensemble, mue par la conscience juridique universelle, - source matérielle ultime du droit international⁸, - a conféré à la Déclaration Universelle la dimension qu'elle a toujours eue, reconnue dans de nombreux traités des droits de l'homme, dans la jurisprudence internationale, et incorporée dans le domaine du droit international coutumier, et a donné corps à certains principes généraux du droit universellement reconnus. La Déclaration Universelle a ainsi beaucoup contribué à faire des droits de l'homme universels le langage commun de l'humanité.

Recent Developments", in *K. Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OEA* (2000) pp. 243-283; A.A. Cançado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídica do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* - Madrid (2003) pp. 237-288; A.A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State - The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alii), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; A.A. Cançado Trindade, "The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", 1 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2012) pp. 8-59.

⁷ A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", *op. cit. supra* n. (1), pp. 262-283 et 410-412.

⁸ Cf. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005), ch. VI, pp. 177-202.

Les deux Conférences Mondiales des Droits de l'Homme.

L'Institut International des Droits de l'Homme a été créé en 1969, un an après la réalisation, à Téhéran, de la I Conférence Mondiale des Nations Unies des Droits de l'Homme (1968), deux décennies après l'adoption de la Déclaration Universelle; cette Conférence a procédé à la réaffirmation ferme de l'universalité et du caractère holistique et indivisible de tous les droits humains. Cette réaffirmation a été suivie et réitérée par des résolutions successives de l'Assemblée Générale des Nations Unies dans le même sens. La Proclamation de Téhéran a alors procédé à la rescousse de la philosophie de base qui sous-tend la Déclaration Universelle de 1948.

Ensuite, 25 ans plus tard, la II Conférence Mondiale des Nations Unies des Droits de l'Homme (Vienne, 1993), - à laquelle j'ai participé, - a de nouveau soutenu fermement l'universalité des droits de l'homme, dans la Déclaration et le Programme d'action adoptés. La Proclamation de Téhéran correspondait à la phase législative, et la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, à la phase de mise en oeuvre, de ces multiples instruments de protection existants (plus de 70 traités des droits de l'homme aux niveaux mondial et régional, contenant des références à la Déclaration Universelle dans leurs préambules); chacune est un produit et un testament de son temps.

La II Conférence Mondiale a reconnu la légitimité de la préoccupation de la communauté internationale avec les droits de l'homme et les conditions de vie de tous (surtout les vulnérables) et partout. Elle a centré son attention sur les moyens de garantir en pratique l'efficacité des droits de l'homme, avec une attention spéciale aux personnes discriminées et défavorisées, aux groupes vulnérables, aux pauvres et à tous ceux qui sont socialement marginalisés ou exclus, bref, à tous ceux qui ont plus besoin de protection.

Je garde les plus gratifiants souvenirs de la II Conférence Mondiale de Vienne de 1993, y ayant participé activement, y inclus notamment dans les travaux de son Comité de Rédaction. Depuis sa réalisation, plus d'autres 25 années se sont déjà écoulées, sans que jusqu'à présent on n'ait contemplé la possibilité de convocation d'une III Conférence Mondiale des Droits de l'Homme; pour ma part, je considère regrettable cette omission ou indifférence, car une III Conférence Mondiale serait hautement nécessaire, pour prendre en compte les réponses aux nouveaux et graves défis à la sauvegarde des droits de l'homme.

Dans la projection historique de l'héritage de la Déclaration Universelle, les deux Conférences Mondiales des Droits de l'Homme déjà réalisées, - à Téhéran (1968) et à Vienne (1993), - font part, en effet, d'un processus prolongé de construction d'une culture universelle de respect des droits de la personne humaine, qui requiert continuité de nos jours, surtout pour faire face aux nouveaux défis de l'actualité.

Ce cycle (incomplet) de Conférences Mondiales a eu, comme dénominateur commun, l'attention toute spéciale portée aux *conditions de vie* des populations (notamment des groupes vulnérables, qui nécessitent une protection particulière), aboutissant à la reconnaissance universelle de la nécessité de placer une fois pour toutes l'être humain au centre de tout processus de développement⁹. Le processus historique courant de l'*humanisation* du Droit International s'oriente plus directement dans la poursuite d'objectifs supérieurs communs à l'humanité

⁹ A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; A.A. Cançado Trindade, "The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights", in *Les hommes et l'environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? - Études en hommage à Alexandre Kiss* (eds. M. Prieur et C. Lambrechts), Paris, Éd. Frison-Roche, 1998, pp. 119-146.

entière. La reconnaissance de l'importance centrale des droits de la personne humaine correspond à un nouveau système de valeurs, propre à notre époque¹⁰.

Jamais, avant le XX^{ème} siècle, le progrès scientifique et technique ne s'était accompagné de tant de destruction, de cruauté et de souffrance humaine. C'est là un paradoxe terrible et bien connu, qui a conduit à un éveil de la conscience juridique universelle, impulsant l'*humanisation* du Droit International. Des considérations fondamentales d'humanité imprègnent aujourd'hui de fait l'intégralité du *corpus juris* du droit des gens, ainsi qu'en témoignent les instruments internationaux contemporains, la jurisprudence internationale, et la doctrine juridique la plus éclairée.

À mon avis, et comme je le professe depuis de nombreuses années, ce processus d'*humanisation* se retrouve dans tous les aspects de notre discipline¹¹: ses fondements, ses sujets, ses nouvelles constructions conceptuelles, les considérations fondamentales d'humanité présentes dans tous les chapitres du droit international, ainsi que la tentative d'asseoir la primauté de celui-ci en vue de faire prévaloir la justice et la paix. Et ce processus témoigne du nouveau *jus gentium* de notre époque, un droit international pour l'humanité entière.

La considération de toute cette matière exige une approche centrée sur la personne humaine, à la lumière des fins humaines de l'État. Le *principe d'humanité*, en tant qu'expression de la *raison d'humanité*, impose des limites à la *raison d'État*. Le principe d'humanité, comme expression de l'universalité des droits de la personne humaine, dans

¹⁰ Cf. S. Glaser, "La protection internationale des valeurs humaines", 60 *Revue générale de Droit international public* (1957) pp. 211-241.

¹¹ Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2e. éd. rev., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa, 2014, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.

ma perception, a une vaste dimension, englobant l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de la personne humaine (Droit International des Droits de l'Homme, Droit International Humanitaire, Droit International des Réfugiés)¹², en toutes circonstances et particulièrement celles de grande adversité. Le *principe d'humanité*, conformément à la philosophie traditionnelle du droit naturel, émane de la conscience humaine, et se répercute sur le droit international conventionnel et coutumier¹³.

La protection internationale des droits de l'homme: défis contemporains.

La protection internationale des droits de l'homme a déjà une longue histoire; néanmoins, malgré ses réalisations et avancées, les violations flagrantes et massives des droits de l'homme persistent dans différentes régions du monde, avec une diversification des sources et formes de telles violations. Il y a eu des nouveaux cas graves de discrimination (à l'encontre des membres des minorités et autres groupes vulnérables, suivant des critères ethniques, nationaux, religieux ou linguistiques), ainsi que des violations des droits de l'homme dans les relations inter-individuelles.

Le paradigme des relations entre les individus et la puissance publique de l'État risque de devenir insuffisant et anachronique, dans la mesure où il n'a pas été conçu pour des violations d'un genre nouveau. Il faut alors concevoir des réponses inédites aux nouvelles nécessités

¹² Cf. part VII, *infra*.

¹³ Cf. A.A. Cançado Trindade, "Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension", in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (eds. R. Kolb et G. Gaggioli), Cheltenham, E. Elgar, 2013, pp. 188-197; A.A. Cançado Trindade, "Il Principio di Umanità e la Salvaguardia delle Vittime: Considerazioni sull'Esperienza della Corte Interamericana dei Diritti Umani in Materia di Adempimento di Sentenze e Decisioni", in *Il Principio di Umanità e la Salvaguardia della Persona Umana* (eds. A.A. Cançado Trindade et C. Barros Leal), Fortaleza, IBDH/ IIDH, 2016, pp. 61-74.

de protection, en partant du principe que l'État demeure responsable des violations qu'il n'a pas prévenues. Il devient encore plus nécessaire aujourd'hui d'élaborer des mesures tant de *prévention* que de *suivi*, formant un système de surveillance continue du respect des droits de la personne humaine partout¹⁴.

À présent, les organes internationaux de protection, confrontés à la poursuite des violations des droits de l'homme, ont déjà exprimé leur préoccupation et ont reconnu la nécessité et la raison d'être de telles mesures à la fois de prévention et de suivi. Ces mesures tendraient à établir un système permanent de surveillance de la sauvegarde des droits de la personne humaine en tout lieu et selon des critères identiques. En plus, en ce qui concerne la solution judiciaire, tant la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CourIADH) et la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH) que la Cour Internationale de Justice (CIJ) se sont prononcées ces dernières années sur des affaires de *situations continues* en violation des droits de l'homme.

Caractéristiques propres du droit de protection de la personne humaine.

Pour faire face aux nouveaux défis de l'actualité en matière de protection des droits de l'homme, il faut rester attentif aux caractéristiques propres du droit de protection de la personne humaine. Et, pour éviter des régressions, il faut résister aux erreurs du passé, qui malheureusement continuent à se manifester, comme, par exemple, par l'utilisation d'expressions sans fondement, comme la soi-disante "subsidiarité", et la soi-disante "marge d'appréciation". Je me permets d'adresser brièvement ces deux points.

¹⁴ Cf. A.A. Cançado Trindade, "La réaffirmation contemporaine de l'universalité des droits de l'homme: quelques réflexions", in *L'Afrique et le droit international: Variations sur l'organisation internationale - Liber Amicorum R. Ranjeva*, Paris, Pédone, 2013, pp. 445-459.

Juridictions internationale et nationale: interaction au lieu de “subsidiarité”.

Nous sommes ici devant un *droit de protection*, avec sa spécificité propre, fondamentalement *orienté vers les victimes*, et concerné par les droits des individus plutôt que ceux des États. Les règles généralement reconnues du droit international subissent nécessairement, lorsqu’elles sont insérées dans les traités des droits de l’homme, un certain degré d’ajustement ou d’adaptation, dicté par le caractère spécial de l’objet et du but de ces traités et par la spécificité largement reconnue de la protection internationale des droits de l’homme.

En résumé, la juridiction internationale, plutôt que “subsidaire” à, ou indépendante de, la juridiction nationale, est *complémentaire* à celle-ci, les deux étant en constante *interaction* dans la protection des droits de la personne humaine. Il n’y a pas de “subsidiarité”: ces dernières années, dans les cas de rupture de l’*état de droit* dans une société démocratique et d’imposition d’un régime despotique ou répressif, la juridiction internationale a montré son importance, et a même *précédé* la juridiction nationale en ce qui concerne la protection des droits des victimes et des réparations qui leur sont dues.

Comme signalé dans les réflexions développées dans mes longues Opinions Individuelles que j’ai joint aux jugements de deux tribunaux internationaux (la CourIADH et la CIJ), en effet, contrairement à ce que l’on suppose encore dans les cercles juridiques, les juridictions internationale et nationale, dans le domaine de la protection des droits de la personne humaine, ne sont pas concurrentes ou conflictuelles, mais plutôt *complémentaires*, en *interaction* constante dans la protection des droits de la personne humaine et dans la lutte contre l’impunité des ceux qui violent ces droits (États et individus)¹⁵.

¹⁵ A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5^e éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2018, pp. 214-215.

Corpus juris de protection: applicabilité directe sans “marge d’appréciation”.

Normalement, en relation avec les arrêts internationaux, les États supposent qu’ils ont une “marge d’appréciation”, car ils prétendent avoir autant de pouvoir discrétionnaire que possible pour en faire ce qu’ils veulent et de la façon qu’ils choisissent. Si les tribunaux internationaux des droits de l’homme se réfèrent à la “marge d’appréciation”, ils alors réduisent la possibilité d’une pleine conformité à leurs propres jugements, au niveau national. Au cours des années où j’ai été Juge et Président de la CourIADH, la Cour heureusement n’a jamais utilisé l’expression “marge d’appréciation”, qui ne rend pas du tout service à l’efficacité de la protection internationale des droits de l’homme.

En ce qui concerne le présent domaine de protection de la personne humaine, la vieille dichotomie entre les ordres juridiques international et national a été surmontée. Cela est confirmé, par exemple, par l’application *directe*, dans l’ordre juridique interne, du *corpus juris* international de protection de la personne humaine. Pourtant, tout cela continue à rester imperceptible dans les milieux juridiques, introvertis et dogmatiques. Dans le présent domaine de protection, le droit international contemporain - comme en témoignent les conventions des droits de l’homme - attribue des fonctions internationales aussi aux tribunaux nationaux¹⁶.

The Foundations and Reaction of Human Rights Protection in Face of Current Endeavours of Deconstruction.

Je me permets de continuer mon allocution en anglais. Our International Institute of Human Rights, as soon as it was created

¹⁶ Cf., dans ce sens, *ibid.*, p. 215; et cf. A.A. Cançado Trindade, “Reaffirmation de l’universalité nécessaire et ineluctable des droits inhérents à la personne humaine”, in *Les droits humains comparés - À la recherche de l’universalité des droits humains (Actes du Colloque à la Cour européenne des droits de l’homme - mars 2018)*, Paris, Pédone, 2019, pp. 49-67, esp. pp. 61-62.

(one year after the I World Conference of Human Rights of 1968), and along the first years of its labour, was and remained attentive to, and has ever since been cultivating, the indivisibility and universality of all human rights. It became used to covering all aspects of our discipline, counting - in its annual study sessions - on participants from all continents. Along the last five decades, the Institute has been considering grave and successive problems affecting human rights in distinct continents, and has been forming new generations of scholars and practitioners, faithful to the basic postulates of the International Law of Human Rights.

In each of the last five decades the Institute has been examining the advances achieved on human rights protection and the new challenges emerged, in a world in constant transformation. In undertaking its work, particularly in the education of new generations of scholars, the International Institute of Human Rights has been accomplishing its mission as from the faithful outlook of the necessary and ineluctable universality of human rights, safeguarded and exercised at global (United Nations) and regional levels (all regional systems of protection). The collection of its annual study sessions, known as *Dossier Documentaire/ /Documentary File* of successive sessions, contains its most impressive and precious legacy.

The Institute has organized events not only in Europe, here in Strasbourg, but also in other continents (e.g., Africa, Latin America, and Asia). It is endowed with uniqueness, being today the only one of its kind all over the world: it remains, in effect, the only institution of the kind to have survived, with its universal outlook and scope, the onslaught of time. The firm determination of its faithfulness to human rights is responsible for that. It continues to have a key role to play, in the dangerous and unpredictable world in which we live, or survive, nowadays, amidst a serious crisis of values.

In recent years and up to the present, there have been regrettable initiatives to deconstruct this domain of protection of the human person. One can clearly and sadly witness the regression experienced currently, disclosing a misunderstanding of the whole matter, succumbing to the attraction of power politics, and revealing an ignorance of the lessons of the past. This is harmful to the rights inherent to the human person; it should never be forgotten or overlooked that the international protection of human rights is oriented to those who stand in need of it, in the light of the principle *pro persona humana*.

Human rights Conventions set forth (positive) obligations of an objective character, collectively guaranteed¹⁷. In their implementation, considerations of *ordre public* prevail over the “will” of individual States. A true *law of protection* has been formed, on the basis of general principles of law and common superior values. It will certainly resist the current initiatives of de-constructivism, to the benefit of all those who stand in need of protection, of succeeding generations, surrounded by vulnerability, if not defenselessness.

Contemporary international human rights tribunals (the ECtHR, the IACtHR, and the African Court of Human and Peoples’ Rights - AfCtHPR), had for the first time a joint meeting of all three here at this *Palais des Droits de l’Homme* in Strasbourg, in December 2008, co-ordinated by President Jean-Paul Costa. I keep a very good memory of this memorable joint meeting. It proceeded to a review of the endeavours of international human rights tribunals to keep on safeguarding the integrity of their respective mechanisms of protection.

¹⁷ Cf. reflections thereon of two former Presidents of the ECtHR in their respective books of memories, namely: J.-P. Costa, *La Cour européenne des droits de l’homme - Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 75-80, 108-109 and 121-127; L. Wildhaber, *The European Court of Human Rights (1998-2006) - History, Achievements, Reform*, Kehl/Straasbourg, N.P. Engel Publ., 2006, pp. 86-90 and 136-149.

Keeping in mind the object and purpose of the respective Conventions, they have pursued a teleological, dynamic and evolutive interpretation, whereby they have for years been contributing to the progressive development of conventional as well as general international law, oriented towards the protection of the human person¹⁸. They have, furthermore, identified points likely to attract their close attention in the forthcoming years (namely, e.g., provisional measures of protection, reparations, execution or compliance with their decisions).

Seven years later, in another Seminar held again here at this *Palais des Droits de l'Homme* in Strasbourg, in June 2015, I had the occasion to underline that such progressive development of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights has helped to clarify many other points which international legal doctrine used to regard as problematic¹⁹; the age of dualism and monism, e.g., is long past and overcome. In the present domain of protection, there are *interactions* between the international and national legal orders, and the norm most favourable to the victims is the one that applies.

Human Rights Protection in Cases of Grave Violations of Rights of Vulnerable Persons.

May I also recall and stress that there have occurred instances when, in the domain of human rights protection, international

¹⁸ Cf. A.A. Cançado Trindade, “Vers un droit international universel: la première réunion des trois Cours régionales des droits de l’homme”, in XXXVI *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2009*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2010, pp. 103-125; Ph. Weckel, “La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme”, 113 *Revue générale de droit international public* (2009) pp. 5-17.

¹⁹ Cf. A.A. Cançado Trindade, “Conclusion: Reflections on the 2015 Strasbourg Conference”, in *The European Convention on Human Rights and General International Law* (eds. A. van Aaken and I. Motoc), Oxford, Oxford University Press (European Society of International Law Series), 2018, pp. 285-304.

jurisdiction has indeed preceded, or even rescued, the national one, in times of extreme violence and social disruption (illustrated, e.g., in my own experience, in two historical cycles of cases decided by the IACtHR). International jurisdiction has thus exerted a fundamental role in contributing to the overcoming of oppression of dictatorial regimes, and in bringing justice to the victims and their relatives and safeguarding their dignity²⁰.

In effect, ever since the beginning of the XXIst. century, a notable jurisprudential construction has taken place²¹ for the international adjudication of cases of grave violations of human rights of members of vulnerable human collectivities²², as illustrated by the case-law as to cycles of *cases of massacres*²³. States have here incurred, in my understanding, into grave violations of human rights that conformed, in some instances, true *crimes of State*²⁴.

The international protection of human rights has, in this context, exercised a role of utmost importance. International human rights tribunals have indeed reacted to the monopoly of force misused by States (or paramilitaries) in a pattern of chronic violence - in a most

²⁰ For examples, cf. A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3rd. rev. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2019, pp. 311-313.

²¹ Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5th. rev. ed., *op. cit. supra* n. (14), pp. 3-394; A.A. Cançado Trindade, “Une ère d’avancées jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, in *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme* (eds. L. Hennebel and H. Tigroudja), Paris, Pédone, 2009, pp. 7-73.

²² Cf. A.A. Cançado Trindade, “Reflections on the International Adjudication of Cases of Grave Violations of Rights of the Human Person”, 9 *Journal of International Humanitarian Legal Studies* (2018) pp. 98-136.

²³ Cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *La Responsabilidad del Estado en Casos de Masacres - Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, Mexico, Edit. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, pp. 1-104.

²⁴ Cf., on this point, A.A. Cançado Trindade, “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, in *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

regrettable distortion of the ends of the State - victimizing groups of persons under their respective jurisdictions, who often happened to be the most vulnerable persons, in situations of defencelessness. This shows that current initiatives of de-constructivists disclose their blindness and irresponsibility.

Besides contemporary international human rights tribunals, the International Institute of Human Rights, for its part, has kept on educating new generations, nowadays, to resist to, and to discard, the harmful distortions of current de-constructivists, who will not be able to undermine the foundations of the International Law of Human Rights. After all, the *corpus juris gentium* of protection was formed and consolidated in order to face and to alleviate, to the extent possible, the intense human suffering of victims of grave violations of human rights.

The Institute has remained attentive to the *corpus juris* of protection as a whole. This is of great importance, given the growing number of persons nowadays in situations of utter vulnerability (such as uprooted persons, undocumented migrants) in urgent need of protection. Hence the relevance of the convergences between the International Law of Human Rights, International Humanitarian Law and the International Law of Refugees²⁵. The acknowledgement of such convergences has overcome the compartmentalization of the past, paving the way for the enlargement of the material content of *jus cogens* and the ensuing obligations *erga omnes* of protection, in face of problems with new dimensions.

I have so sustained in the ICJ in my Dissenting Opinion in the case of the *Application of the Convention against Genocide* (Croatia versus Serbia, Judgment of 03.02.2015), as well as in my recent Separate Opinion in the ICJ's Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Separation*

²⁵ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Genève, CICR, [2000], pp. 1-66.

of the *Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (of 25.02.2019). The International Law of Human Rights stands firmly in defense of all those in need of protection, and discards the superficial and irresponsible criticisms of de-constructivists, who, moved by power politics, close their eyes to the incidence of evil and extreme violence in human history. The International Law of Human Rights will keep on extending protection and enlarging its domain of application, so as to safeguard human rights of those victimized, all in new situations disclosing cruelty.

The Expansion of International Jurisdiction, Responsibility, Personality and Capacity, Centred on the Victims.

The current jurisdictionalization of international law, brought about by the reassuring coexistence of international human rights tribunals and international criminal tribunals²⁶, brings to the fore other related issues deserving close attention in our days, such as, e.g., the expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity. In effect, one witnesses in our times the consolidation of the subjectivity (active as well as passive, respectively) of individuals in contemporary international law.

In my understanding, this issue is related to the right of direct access to justice as the right to the *realization* itself of justice, as an imperative of *jus cogens*, encompassing the absolute prohibition of torture as well as cruel, inhuman or degrading treatment, the principle of equality and non-discrimination, and the right of access to justice *lato sensu* (comprising the formal access, the guarantees of due process of law, and the faithful compliance with its judgments)²⁷.

²⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade and Dean Spielmann, *A Century of International Justice / Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir*, Oisterwijk, Wolf Pubs., 2013, pp. 1-44.

²⁷ Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights", in *La Convention Européenne*

There is growing awareness that the aforementioned expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity is *victim-oriented*, the central position being that of the *justiciables*, those seeking justice. Although large-scale violations of human rights continue to subsist, the reactions to them are nowadays immediate and far more effective, so as to secure the prevalence of justice. And justice has been achieved in our days even in cases wherein the victims or their close relatives found themselves in the most complete vulnerability or adversity, if not defenselessness. Justice has been achieved even in cases of massacres²⁸, of mass crimes.

The advent and labour of international human rights tribunals and international criminal tribunals have enhanced the recognition of human beings as subjects of international law, ultimate addressees of the norms of the law of nations (*droit des gens*)²⁹. The multiplicity of contemporary international tribunals has, moreover, come to enlarge the access to justice (*lato sensu*, formal and material) in our days, and to contribute to put an end to impunity, with the attainment of rule of law (*État de Droit, Estado de Derecho*) in a democratic society.

International human rights tribunals as well as international criminal tribunals have operated decisively to this effect, and their jurisprudential advances in recent years would be unthinkable some

des Droits de l'Homme, un instrument vivant - Mélanges en l'honneur de Chr.L. Rozakis (eds. D. Spielmann *et alii*), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 27-46; A.A. Cançado Trindade, "Some Reflections on the Reassuring Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*", in *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale - Liber F. Pocar*, Milano, Giuffrè Ed., 2009, pp. 65-79; A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law", in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2009, pp. 3-29; A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", in *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2007*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2008, pp. 1-15.

²⁸ Cf. n. (22), *supra*.

²⁹ Cf. *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade - Reflexiones sobre la Justicia Internacional* (book-interview with Emilia Bea), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 90, 96 and 111.

decades ago. They have effectively brought justice often to the victimized ones, - may I stress this point, - including in situations of systematic and generalized violence, and in mass atrocities. They have been much contributing to the struggle against impunity, in the present age of accountability, of individuals as well as States.

Contemporary international tribunals have thus demonstrated that nobody is above the law, - neither the governors, nor the governed, nor the States themselves. International law applies directly to States, international organizations and individuals. This would hardly have been anticipated a few decades or years ago, e.g., in the legislative phase of human rights treaties and instruments. The fact that this is nowadays a reality, is revealing of the advances of international justice, despite so many obstacles and difficulties, gradually overcome.

International human rights tribunals - and, to a lesser degree, international criminal tribunals, - have contributed to secure the *centrality* of victims (the most vulnerable ones) in international legal procedure. In thus fulfilling a real need of the international community (of securing such protection to those in need of it), such international tribunals have been fostering the reassuring historic process which bears witness of, and contributes to, what I have deemed it fit to name, along the years, as the *humanization* of contemporary international law³⁰.

³⁰ A.A. Cançado Trindade, “A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado”, 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434; A.A. Cançado Trindade, “La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado”, in 40 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2001) pp. 11-23; A.A. Cançado Trindade, “La Emancipación de la Persona Humana en la Reconstrucción del *Jus Gentium*”, 47 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2005) pp. 55-74; A.A. Cançado Trindade, “As Manifestações da Humanização do Direito Internacional”, 23 *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas - Rio de Janeiro* (2007) n. 31, pp. 159-170; A.A. Cançado Trindade, “Hacia el Nuevo Derecho Internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización del Derecho Internacional”, 4 *Ius Inter Gentes - Revista de Derecho Internacional - Catholic University (PUC) of Peru* (2007) pp. 12-21; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd. rev. ed., *op. cit. supra* n. (10), pp. 3-789.

The jurisprudential cross-fertilization of international human rights tribunals has been harmoniously reinforcing the *corpus juris* of protection as a whole. Human rights Conventions (at regional and global levels) and general international law have set up the common ground for the undertaking of such jurisprudential construction. *Ex pluribus unum*. The *corpus juris* of the International Law of Human Rights has thus enriched and legitimized Public International Law, in developing its aptitude to govern relations not only at inter-State, but also at intra-State levels, with due respect for human beings.

And we are all fortunate to witness and to contribute to the ongoing historical process of *humanization* of international law, the new *jus gentium* of our times. This cinquentenary session of the International Institute of Human Rights, now opened, is a historical occasion to sustain our legacy, and to reassert our determination to face the new challenges of our times, to the benefit of all those who stand in need of protection. There could hardly be a more inspiring place to do so, than this *Palais des Droits de l'Homme*. The safeguard of the universality of the rights inherent to the human person is a noble mission that we all need to keep on pursuing.

Os Perfis do Incidente de Assunção de Competência no CPC/2015

Antônio Pereira Gaio Júnior¹

Resumo

O presente artigo procura enfrentar importantes questões dogma e pragmáticas ao regramento do denominado Incidente de Assunção de Competência, este com previsão no Código de Processo Civil de 2015, procurando reconhecer em sua análise, desde os requisitos para sua admissibilidade e as controvérsias entre os mesmos até as características procedimentais particulares, de modo a possibilitar, efetivamente, reflexões quanto aos desideratos justificadores de sua regulação, quais sejam: a previsibilidade das decisões judiciais e o estabelecimento da segurança jurídica por meio dos julgamentos realizado pelos Tribunais Brasileiros.

Palavras-chave: Incidente de Assunção de Competência. Código de Processo Civil/ 2015. Previsibilidade. Segurança Jurídica. Regulação.

Resumen

El presente artículo busca afrontar importantes cuestiones dogma y pragmáticas a la regla del denominado Incidente de Asunción de Competencia, este con previsión en el Código de Proceso Civil de 2015, buscando reconocer en su análisis, desde los requisitos para su admisibilidad y las controversias entre los mismos incluso a las características procedimentales particulares, de modo a posibilitar, efectivamente, reflexiones en cuanto a

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. *Visiting Professor* do *Ius Gentium Conimbrigae*/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT. Professor Associado de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro da *International Association Procedural of Law-IAPL*. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro da Associação de Direito e Economia Europeia – ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro das Comissões de Processo Civil e de Educação Jurídica da OAB-MG. Advogado. E-mail: www.gaiojr.com

los desideratos justificadores de su regulación, cuales sean: la previsibilidad de las decisiones judiciales y el establecimiento de la seguridad jurídica por medio de los juicios realizado por los Tribunales Brasileños.

Palabras clave: Incidente de Asunción de Competencia. Código de Proceso Civil /2015. Previsibilidad. Seguridad jurídica. Reglamento.

Introdução

A lógica de um cotidiano estável é anseio vislumbrado em qualquer sociedade que reconhece no direito o pontencializador de desejosa realidade amparada pela segurança jurídica.²

Bem assinala Dennis Lloyd que a “utilidade da sistematização racionalizada parece indiscutível, no que se refere ao direito, já que uma de suas finalidades vitais é proporcionar à vida social e econômica do homem uma medida tolerável de segurança e previsibilidade.”³

A ideologia da isonomia e verticalização das decisões, aqui ponto característico no Código de Processo Civil de 2015 vetoriza, dentre outras questões, aquela que para nós parece ser a mais relevante e revitalizadora do direito dos nossos tempos, que é a da previsibilidade das decisões judiciais, de modo a possibilitar em um transcurso natural, a segurança jurídica à sociedade, esta consumidora do serviço público da justiça.

Ao cabo de uma cultura do conflito pela qual padece a população brasileira já de muito, cediço é que o volume de demandas que transbordam nas secretarias das numerosas comarcas que compõem a estrutura do Poder Judiciário pátrio é por demais insuportável.⁴

² Entendemos em Bobbio ser a segurança jurídica não apenas uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, como também um elemento intrínseco do Direito, destinado a afastar o arbítrio e a garantir a isonomia, não cabendo sequer imaginar um ordenamento jurídico sem que subsista uma mínima garantia de segurança (BOBBIO, Norberto. *La certezza del Diritto é un mito? In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n.28. Milano: Giuffrè, 1951, p-150-151.

³ LLOYD, Dennis. *A Ideia de Lei*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 258.

⁴ Cf. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.35 e ss.

Notadamente, boa parte de ditas demandas relacionam-se com conflitos que possuem, em seu particular âmago, similitude na causa de pedir, gerando, inegavelmente, lides envoltas em questões ora denominadas repetitivas.⁵

Tal panorama se mostra indissociável do próprio Estado Constitucional de Direito com o equilíbrio das relações sociais, ainda que, a partir da concepção abstrata da lei, mas que razoavelmente pondera o seu exercício prático à razoabilidade através de soluções comuns à mesma medida do conflito a ser dissolvido pelo Poder Judiciante estatal.

Ilógico e, por isso, inaceitável que, diante da analogia em casos concretos, repousem decisões gravemente discrepantes. Neste mesmo diapasão bem norteiam Marinoni e Mitidiero:

“Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação.”⁶

Soma-se ao problema da isonomia sublinhado acima, a tormentosa questão que envolve a excessiva e discrepante variação interpretativa dos textos legais, o que ao contrário de qualquer aspecto democrático que valha rotineira prática, por sua razão, demonstra indubitavelmente a incoerência geradora da ausência de estabilidade das decisões judiciais, gerando, de certo, efeitos em várias searas, sobressaindo a econômica,

⁵ Como bem pontua Ada Pellegrini, “a grande massa de processos que aflige aos tribunais, elevando sobremaneira o número de demandas e travancando a administração da justiça, é constituída em grande parte por causas em que se discutem e se reavivam questões de direito repetitivas”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Tratamento dos processo repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Coords.). *Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.1.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 16.

não permitindo, como cediço, a um mínimo planejamento de vida sequer a longo prazo.⁷

O presente Incidente de Assunção de Competência se presta à virtude de tentar minorar as discrepâncias decisórias quando diante de questão de direito dotada de repercussão social, esta objeto de recurso interposto, cabendo ainda o seu manejo de forma conveniente e preventiva, para fins de evitar possíveis decisões antagônicas sobre uma mesma questão de direito com repercussão social e ainda, como já de muito conhecida no revogado CPC/1973, a interposição do incidente no intuito de compor divergência entre câmaras e turmas de um respectivo tribunal.

De fato, todas estas hipotéticas situações legais, como veremos mais adiante, nos conduz, se responsabilmente levadas a cabo, a uma desejada segurança das decisões, potencializando o objetivo da previsibilidade quer material e/ou processual, favorecedora de um cotidiano verdadeiramente estável.⁸

O Incidente e seus requisitos

Ainda que não seja novidade entre nós,⁹ procurou o CPC/2015 atestar em capítulo próprio o “Incidente de Assunção de Competência” (IAC).

Compreende o presente incidente como um dos mecanismos do Direito Processual Civil pátrio com o fito de estabelecer padrões

⁷ Nestes termos, bem ratifica Barral: “A consequência disso é o aumento do risco, sobretudo para o investimento de longo prazo, como são os investimentos em infraestrutura.” BARRAL, Welber. *Direito e Desenvolvimento: um modelo de análise. In: Direito e Desenvolvimento. Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento.* São Paulo: Singular, 2005, p.55.

⁸ “Se analisarmos os direitos fundamentais e, mais concretamente, os direitos, liberdades e garantias inscritos genericamente nas diferentes Constituições políticas dos Estados ocidentais podemos verificar que muitos, sobretudo os políticos e econômicos, os sociais e os culturais, visam a estabilidade da vida das pessoas como salvaguarda última da condição humana, nas suas múltiplas dimensões.” FONTES, José. *O direito ao quotidiano estável.* Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 20.

⁹ Sobre a historicidade do instituto, cf. o nosso *Instituições de Direito Processual Civil.* 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 618-619.

decisórios, os quais são necessários para fins de se evitar uma discrepância de entendimentos dos tribunais que se revela, notadamente, prática inaceitável não obstante ainda em ocorrência, contribuindo, assim, o seu manejo, para levar a cabo a necessária isonomia nas decisões judiciais, fator indissociável para o estabelecimento da segurança jurídica entre nós.

Vale dizer que no sistema do CPC/1973 revogado, quando ocorresse no julgamento de apelação ou agravo, relevante questão de direito que fosse conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderia o relator propor que fosse o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicasse; daí, uma vez reconhecido o interesse público na assunção de competência, dito órgão colegiado julgaria o recurso, *ex vi* do que expressava o art. 555, §1º do CPC/1973.¹⁰

Pois bem. Já no CPC/2015, o presente incidente de Assunção de Competência se encontra disposto na Parte Especial, Livro III (*Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais*), Título I (*Da Ordem dos Processos e dos Processo de Competência Originária dos Tribunais*), Capítulo III, art. 947.¹¹

Dispõe o digitado artigo em seu *caput*:

“Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

¹⁰ “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.”

¹¹ O dispositivo em tela possui origem inocultável na previsão contida no art. 14, II do Regimento Interno do STJ. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p.602.

Nota-se que, diferentemente do modelo no CPC/1973, não há qualquer limitação quanto a recurso específico para a incidência hipotética de manejo do presente incidente.

Como dito, no *Codex* revogado os recursos da Apelação e de Agravo eram aqueles aptos à possível assunção de competência quando em relevante questão de direito se fizesse conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

No CPC/2015, entende-se que seja decorrente do julgamento de qualquer recurso, remessa necessária ou mesmo causa de competência originária do tribunal, ensejando o envolvimento de questão de direito, esta com notável repercussão social^{12/13} e, como expresso pelo legislador, sem repetição em uma multiplicidade de

¹² Enunciado n. 469 do FPPC: “A ‘grande repercussão social’, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política.”

¹³ Diferentemente do conceito abstrato e vazio que o CPC impôs à Repercussão Geral (*ex vi* do art. 1.035, §1º), a CLT ao contrário, esclarece, ainda que de forma sintética, o que seria uma transcendência em nível social, econômica, jurídica ou política, necessária para que possa interpor eventual Recurso de Revista.

Nos parece que a aplicação paradigmática do art. 869-A, §1º da CLT (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) se faz de bom sentido para o possível esclarecimento acerca do que o legislador do CPC/2015 poderia “querer dizer” quanto ao termo repercussão social.

Veja-se *in verbis*:

“Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001)

§1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I - econômica, o elevado valor da causa;

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.”

processos,^{14/15} demonstrando aí a ideia de seu caráter preventivo, ou seja, manejado o incidente antes de configurado o indesejado dissídio jurisprudencial.

Assim, teríamos como requisitos para a admissibilidade e instauração do IAC em um primeiro momento: i) a questão ser decorrente de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária; ii) conter relevante questão de direito com grande repercussão social e iii) não ocorrência da questão repetida em múltiplos processos.

É preciso compreender que o *caput* do art.947 não esgota os ditos requisitos, já que encontramos na disposição conferida pelo §2º do próprio art. 947, o reconhecimento do interesse público na questão envolta à assunção de competência, justificadora do próprio deslocamento do julgamento do recurso, da remessa necessária ou da causa de competência originária para um órgão coletivo especial para tanto. Nisso:

“Art.947

(...)

§2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.”

No entanto, nos parece tautológica a questão já que o próprio requisito da “*grande repercussão social*” já nos demonstra, no mínimo ínsita a necessária relevância da matéria posta para fins de

¹⁴ Enunciado n. 334 do FPPC: “Por força da expressão “sem repetição em múltiplos processos”, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos.”

¹⁵ Enunciado n.141 da II Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF): “É possível a conversão de Incidente de Assunção de Competência em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, se demonstrada a efetiva repetição de processos em que se discute a mesma questão de direito.”

admissibilidade do exame em sede do IAC, de modo que o interesse público aí se converge.

Avançando um pouco mais, é possível encontrar na disposição expressa no §4º do art. 947, uma possível sobreposição de requisitos, nos seguintes termos:

“Art.947.

(...)

§4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”

Veja-se que a prevenção é ponto nodal do incidente de assunção de competência, aliás, uma de suas virtudes, evitando-se que prospere qualquer tipo de dissídio jurisprudencial e com isso macule a desejada previsibilidade e segurança jurídica do ordenamento.

Fora a prevenção, será possível também o manejo do IAC quanto diante de divergência entre câmaras ou turmas de um mesmo tribunal, e aí há de se registrar que para fins de uniformização de entendimento em matéria de relevância e repercussão social, objetivando com a instauração do presente incidente e de seu resultado a sintonia para pôr fim a decisões díspares, sempre em consonância com o princípio da isonomia no resultado dos julgados frente a uma mesma questão de direito, entende-se como não unívoca para os propósitos do presente Incidente, a disposição contida no art. 947, *caput, in fine*, onde se limita o manejo do incidente quando da inexistência de multiplicidade de processos.¹⁶

Ora, como o próprio §4º do art. 947 expressa, a assunção de competência é aplicável, igualmente, quando ocorrer relevante

¹⁶ No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 50 eds. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.926.

questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.¹⁷

Neste caso, é perfeitamente possível a incidência de questões de direito em divergência entre câmaras ou turmas de um mesmo tribunal sobre assuntos que se projetam em uma variedade de recursos, portanto, processos, *ex vi*, em exemplo, das apelações TJ-RS - Apelação Cível AC 70057657892 RS (TJ-RS); TJ-RS - Apelação Cível AC 70057457012 RS (TJ-RS); TJ-RS - Apelação e Reexame Necessário REEX 70057601510 RS (TJ-RS); TJ-RS - Apelação Cível AC 70058319880 RS (TJ-RS); TJ-RS - Apelação Cível AC 70058319666 RS (TJ-RS), onde se discutia o direito do servidor público ao reajuste do vale-refeição no Estado do Rio Grande do Sul no período de 2000 a

¹⁷ Insta ressaltar que no caso de divergência entre câmaras ou turma, o TJRJ entendeu pela não necessidade da matéria objeto do IAC possuir grande relevância social, interpretando o §4º do art. 947 de forma isolada do art. 947, *caput*. Eis a ementa:

“Incidente de Assunção de Competência e Conflito de Competência. Admissibilidade. Requisitos. 1- Em sua nova fisionomia, substitutiva daquela consagrada pelo artigo 555, §1º, do CPC de 1973, visa o Incidente de Assunção de Competência a atribuir a órgão colegiado de maior hierarquia o julgamento do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, sempre que presente questão de direito de significativa repercussão social, vinculando-se os órgãos fracionários do Tribunal à tese adotada, até a sua eventual revisão (artigo 947, §3º, CPC 2015). 2- Ao lado da hipótese do *caput* do artigo 947, previu o legislador a *modalidade autônoma* do seu §4º, em que dispensado o requisito da grande repercussão social, e conferiu-se ao incidente a função de compor a divergência entre as Câmaras, em tudo assemelhando-se ao antigo Incidente de Uniformização de Competência. 3- Fixação da tese ou solução do conflito entre as câmaras que se faz, de qualquer modo, no julgamento do recurso, remessa necessária ou ação de competência originária, por acórdão contra o qual cabíveis os recursos constitucionais pertinentes, sempre que, respectivamente, presente a interpretação de lei federal ou da Constituição. 4- Despropósito de se instaurar incidente para julgamento de recurso, remessa ou ação originária manifestamente inadmissíveis, se é ao apreciá-los, em seu mérito, ainda que de natureza processual, que fixará a Corte seu entendimento sobre a matéria controversa. 5- Incidente de Assunção de Competência suscitado em conflito de competência inadmissível, vez que voltado contra acórdão já transitado em julgado da Turma Recursal dos Julgados Especiais. 6- Incidente não instaurado. (TJ-RJ. Seção Cível Comum. Incidente de Assunção de Competência: 00495402220178190000. Rel. Sergio Ricardo de Arruda Fernandes, Julg. 23.11.2017, *DJe* 09.01.2018). (Grifo nosso).

2010 e ainda em exemplo, conforme se observa do reconhecimento em acórdão recente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“PROCESSUAL CIVIL - INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - PRESSUPOSTOS NÃO PREENCHIDOS - RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO INEXISTENTE - DIVERGÊNCIA NAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL AUSENTE - CPC, ART. 947, §4º - NÃO CONHECIMENTO *A questão de direito debatida em múltiplos processos pode ser conhecida em incidente de assunção de competência com fundamento na exceção prevista no §4º do art. 947 do Código de Processo Civil.* Os pressupostos do procedimento, porém, não restaram preenchidos, pois, além de inexistir divergência entre as Câmaras de Direito Civil, o tema em debate - parâmetros dos consectários legais incidentes sobre indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade por ato ilícito perpetrado por delegatários ou concessionários de serviço público (*in casu*, companhia aérea) - não versa sobre relevante questão de direito, que reclame cognição ampliada, com contraditório mais qualificado e fundamentação reforçada. (TJSC. Grupo de Câmaras de Direito Civil. Incidente de Assunção de Competência: 03001148520148240047 Papanduva 0300114-85.2014.8.24.0047, Rel. Luiz César Medeiros. Julg. 13.02.2019). (Grifo nosso).

Reforça-se mais uma vez que o incidente em tela visa compor divergência interpretativa dentro de um tribunal (divergência interna) e não entre tribunais (divergência externa), esta que tem a unidade confiada ao recurso especial (art. 102. III, c da CF/88).¹⁸

Legitimidade

Regra o §1º do art. 947 do CPC que, ocorrendo a hipótese de assunção de competência, caberá ao relator, de ofício ou a requerimento

¹⁸ Nos mesmos termos, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p.603.

da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, propor o incidente para que seja o recurso, a remessa necessária ou a causa originária julgada pelo órgão colegiado ao qual o regimento interno do tribunal reportar.¹⁹

Como nota, insta destacar que CPC/2015 ampliou o rol dos legitimados para o que se objetiva no IAC, já que o art. 555, §1º do CPC/1973 conforme alhures já referido, apenas ofertava legitimidade ao relator.

Apontamentos procedimentais

Uma vez provocado e reconhecendo os requisitos para a incidência da assunção de competência, logicamente, estes devidamente comprovados pelo ofício do relator ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, o órgão colegiado regimentalmente competente julgará o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária do tribunal em questão (§2º do art. 947) e mesmo, em sendo conveniente, a prevenção quanto à questão de direito reconhecida como relevante em sede de divergência entre câmaras ou turmas do próprio tribunal, como já alhures observado no §4º do 947 do CPC/2015.

Poderá ainda o aludido órgão julgador do incidente negar a ocorrência dos requisitos para a ocorrência da necessidade de instauração do incidente de assunção de competência – envolvimento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, ou ainda não ocorrência de divergência entre câmaras ou turmas de um mesmo tribunal. Neste caso, o processo retornará ao órgão fracionário primitivo.²⁰

¹⁹ Enunciado n. 468 do FPPC: “O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal.”

²⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.816.

Em todos os casos, pensamos, necessário será o direito à sustentação oral por parte dos legitimados constantes dos arts. 984 e 947, §1º quando da sessão de julgamento designada da análise do juízo de admissibilidade do IAC, respeitando-se a própria integração do microsistema dos precedentes.²¹

Vale pontuar que, da instauração do incidente, prudente se fará a suspensão das demandas que versarem sobre a mesma matéria, até que se resolva a controvérsia presente.

Proferido o acórdão no âmbito do presente incidente, este vinculará, indistintamente, todos os juízes e órgãos fracionários a ele submetidos, salvo, evidentemente, a revisão da tese ali reconhecida (§3º do art. 947).

Ainda em sede procedimental, é forçoso reconhecer que uma vez o incidente de assunção de competência integrando o microsistema dos precedentes normativos (efeito vinculante das decisões judiciais) estabelecido pelo CPC/2015, possível será a aplicação por analogia ao IAC dos regramentos contidos nos arts.976, §1º e 998, parágrafo único, onde previsto está que a desistência de eventual recurso não impedirá o exame da questão que o motivou, justamente pela própria e relevante matéria e grande repercussão social que dela pode se projetar.²²

Casuísmos da Assunção de Competência

A respeito da prática da assunção de competência pelos tribunais brasileiros, muitas foram as decisões no sentido de utilizá-la, possibilitando assim, o direcionamento ao colegiado destinado pelo relator, a fim de que a matéria fosse por aquele julgada, eliminando, desta forma, possíveis divergências sobre o tema, afastando o desconforto de decisões contrapostas em situações idênticas.

²¹ No mesmo sentido segue o Enunciado nº 651 do FPPC.

²² Enunciado nº 65 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF): “A desistência do recurso pela parte não impede a análise da questão objeto do incidente de assunção de competência.”

Ainda sob a égide do CPC/1973,²³ mas dentro dos mesmos propósitos a que se destina o IAC hoje, tem-se como exemplo a situação oriunda do vale-refeição, instituído pela lei estadual (RS) n. 10.002/93, em favor dos servidores estaduais, mas que, em razão do valor pecuniário do mesmo ter sido fixado pela última vez pelo decreto n. 35.139/1994, os pedidos judiciais de pagamento acabaram resultando em entendimentos judiciais distintos, ou seja, alguns magistrados entenderam não ser devido pelo Estado o vale-refeição, já que não se tinha novos valores fixados, enquanto outros juízes decidiam em sentido contrário.

Tal circunstância resultou num dissídio entre a 3ª Câmara Cível do TJRS, que reconheceu o direito dos servidores ao referido benefício e a 4ª Câmara Cível do TJRS, com entendimento contrário.

E na sessão de julgamento da 4ª Câmara, de 19.5.2010, foi reconhecida a assunção de competência, na forma do art. 555, §1º, do CPC/1973, determinando a suspensão de todos os recursos pertinentes ao tema no TJRS. Ao final, o incidente foi julgado pela 2ª Turma do TJRS (processo nº 70036863231 e acolhido por unanimidade (8 votos).

Na mesma oportunidade, a referida Turma julgou as apelações, reconhecendo o direito de os servidores públicos estaduais receberem o vale-refeição mensal, por maioria (5x3), resolvendo a divergência existente e promovendo o alcance da segurança jurídica.

Então, a assunção de competência se mostrou instrumento útil na promoção da economia processual, bem como no alcance à segurança jurídica.²⁴

²³ Enunciado nº 655 do FPPC: “Desde que presentes os requisitos de cabimento, os incidentes de uniformização de jurisprudência pendentes de julgamento na vigência do CPC/2015 deverão ser processados conforme as regras do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência, especialmente as atinentes ao contraditório.”

²⁴ Disponível em: <<https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2263924/o-fim-do-desconforto-de-decisoes-judiciais-opostas-em-situacoes-identicas>>. Acesso em: 03.03.2019.

Na dicção do Ministro Sidnei Benetti, do STJ, “talvez mais nociva que a morosidade e a perda da qualidade jurisdicional, contudo, seja a dispersão jurisprudencial decorrente do julgamento individualístico (...). Essa dispersão gera perplexidades nos participantes dos negócios e incompreensão pública das coisas da Justiça(...) (RP 171/12).”²⁵

Outro exemplo diz respeito ao direito de uma gratificação por assiduidade, paga aos professores do Estado de São Paulo. A Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na ocasião presidida pelo desembargador Antônio Carlos Viana Santos, fez uso do instituto da assunção de competência previsto no §1º do artigo 555 do Código de Processo Civil de 1973.

No caso em tela, o que se discutia era o direito ou não ao pagamento da referida gratificação que o Governo do Estado de São Paulo oferecia no final do ano aos professores que foram assíduos durante o ano letivo. Beneficiários de ex-docentes, que recebiam pensão estadual, pediam a incorporação da gratificação em seus benefícios. Em defesa, o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – Ipesp, rebatia o pedido com base no argumento de que a gratificação chamada ‘bônus mérito’ é uma vantagem em prol do trabalho que está sendo realizado. Desta forma, ao cessar o trabalho, desaparece o fato que dá causa à gratificação e o seu pagamento deve ser suspenso.

A juíza de Primeira Instância julgou a favor do Ipesp e, diante da apelação dos pensionistas, a Décima Câmara de Direito Público – em julgamento que teve a participação dos desembargadores Antônio Celso Aguillar Cortez, Reinaldo Miliuzzi, Antônio Carlos Villen e Teresa Ramos Marques – decidiu evocar a assunção de competência e encaminhar a questão à Seção de Direito Público. Por conta do elevado número de processos que tratava do mesmo tema e da divergência que vinha ocorrendo entre as câmaras, a Décima Câmara considerou

²⁵ Idem.

importante “dar a todos aqueles que estão em idêntica situação jurídica idêntico tratamento.”²⁶

De acordo com Teresa Ramos Marques, relatora da apelação, em seu voto, “o deslocamento do julgamento permitiria o conhecimento da jurisprudência dominante sobre o tema, ensejando não só maior celeridade no julgamento dos demais processos em andamento, como também a influência do entendimento majoritário”. E ainda afirmou que, embora a decisão dali gerada não fosse vinculante, “o entendimento jurisprudencial dominante convence a minoria, que também prefere evitar a injustiça do tratamento desigual”. E concluiu que a tomada de posição uniforme “reflete até mesmo na conduta processual das partes, pois tendem a cessar a interposição de recursos quando constatam que serão ineficazes”

Ao final, a tese vencedora, votada pelos membros da Seção de Direito Público, foi no sentido de que não cabe aos pensionistas e aposentados o direito de receber o bônus.²⁷

Já na constância do CPC/2015, o Superior Tribunal de Justiça admitiu e julgou o primeiro incidente de assunção de competência desde que esse instituto foi revitalizado e fortalecido pelo aludido *Codex*.

Com a aprovação do incidente, a 2ª Seção do STJ julgou o recurso especial EREsp nº 1604412 / SC (2016/0125154-1, inicialmente distribuído à Terceira Turma – que discutiu os seguintes temas: cabimento da prescrição intercorrente e a eventual imprescindibilidade de intimação prévia do credor; necessidade de oportunidade para o autor dar andamento ao processo paralisado por prazo superior àquele previsto para a prescrição da pretensão veiculada na demanda, restando na ementa do julgado os seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO

²⁶ Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/170044/secao-de-direito-publico-se-reune-para-firmar-jurisprudencia?ref=topic_feed>. Acesso em: 21.12.2018.

²⁷ Idem.

EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. CABIMENTO. TERMO INICIAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO CREDOR-EXEQUENTE. OITIVA DO CREDOR. INEXISTÊNCIA. CONTRADITÓRIO DESRESPEITADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes: 1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. 1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980). 1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual). 1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. 2. No caso concreto, a despeito de transcorrido mais de uma década após o arquivamento administrativo do processo, não houve a intimação da recorrente a assegurar o exercício oportuno do contraditório. 3. Recurso especial provido. (STJ. Segunda Seção. REsp: 1604412 SC 2016/0125154-1, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Julg. 27.06.2018, *DJe* 22.08.2018).

Importa ainda destacar do trâmite procedimental do IAC supra, que o relator do recurso, Ministro Felix Fischer, propôs a assunção de

competência para que o caso fosse julgado na Segunda Seção, tendo em vista a relevância das questões jurídicas e a divergência de entendimentos entre a Terceira e a Quarta Turmas do tribunal, especializadas em direito privado.

A decisão do relator seguiu as regras do **artigo 271-B** do Regimento Interno do STJ e do **art. 947** do novo CPC.

Nisso, conforme já referido, o IAC pode ser proposto pelo relator, quando o processo envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem repetição em múltiplos processos (quando o caso pode ser submetido ao rito dos recursos repetitivos).

A partir do regramento do próprio CPC, o STJ operou regulamentação em seu Regimento Interno a partir da publicação da **Emenda Regimental 24**, de 28 de setembro de 2016. Por meio do incidente, o processo pode ser julgado por um órgão fracionário diferente daquele que teria, originalmente, competência para a matéria.

Assim como os recursos especiais repetitivos e os enunciados de súmula do STJ, os acórdãos proferidos em julgamento de IAC são identificados como “precedentes qualificados” (art. 121-A do Regimento Interno). Na prática, isso significa que as teses adotadas em assunção de competência devem ser observadas de forma estrita por juízes e tribunais.

Vale acrescentar que, para garantir a observância dos acórdãos proferidos em julgamento de IAC, caberá Reclamação da parte interessada ou do Ministério Público, conforme o inciso IV do artigo 988 do CPC.²⁸

²⁸ Cf. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Ação de Reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no novo CPC. In: DIDIER JR. *et al.* (Coords.). *Precedentes*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.631-632.

Sobre a Reclamação, vale ainda pontuar o importante Enunciado nº 558 do FPPC: “Caberá reclamação contra decisão que contrarie acórdão proferido no julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência para o tribunal cujo precedente foi desrespeitado, ainda que este não possua competência para julgar o recurso contra a decisão impugnada.”

A título de apontamentos para fins de observância do incidente em tela e sua maior abrangência em demais áreas, importante se faz destacar que a assunção de competência alcança, igualmente, o Direito Processual do Trabalho,²⁹ sendo, até antes do advento do CPC/2015, utilizada pelos tribunais trabalhistas por meio de aplicação subsidiária do art. 555 do §1º do CPC/1973. No entanto, passou a ser utilizada pelos respectivos tribunais laborais, mais especificamente no Recurso de Revista, por força da Lei n.13.015, de 21 de julho de 2014, que promoveu profundas alterações na CLT, sobretudo no capítulo atinente aos recursos trabalhistas, em especial sobre os Recursos de Revista, tratando ainda de temas de relevância, como uniformização da jurisprudência, recursos repetitivos e assunção de competência.

No que se refere à aplicação da assunção de competência pela Justiça do Trabalho, ainda por meio de utilização subsidiária do Código de Processo Civil revogado, quando não se tinha lei específica afeta à matéria, pôde-se ilustrar através da situação específica apresentada no Agravo de Petição, interposto no processo de Execução Fiscal originário da 4ª Vara do Trabalho de Vitória-Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, (Processo n. 0104100-25.2005.5.17.0004),³⁰ cujo Relator foi o Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, ocasião em que se discutia a aplicação ou não da remissão prevista na Lei n.11.941/09, no tocante à interpretação do §1º, do artigo 14, ocasião em que o Relator, considerando tratar-se de matéria envolvendo interesse público, manifestou-se no sentido de submeter a questão ao Tribunal Pleno, aplicando, assim, a assunção de competência para o julgamento do recurso nos termos do artigo 555, §1º do CPC/1973.

²⁹ Enunciado nº 167 do FPPC: “Os tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos enunciados de suas próprias súmulas e aos seus precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas.”

Enunciado nº 335 do FPPC: “O incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho.”

³⁰ Disponível em: < <http://www.trt17.gov.br>>. Acesso em 18.12.2018.

Em consonância com o posicionamento do relator, os demais julgadores, por unanimidade, se posicionaram favoráveis à submissão da questão ao Tribunal Pleno do referido TRT, o qual foi submetido à sessão ordinária do Pleno do dia 23/06/10, ante o pedido de vista do Desembargador José Luiz Serafini, após, por maioria, admitir a assunção de competência no tocante à interpretação do §1º, do artigo 14, da Lei 11.941/09 e, quanto ao ônus da União demonstrar a dívida separada ou globalmente sobre cada débito, isto porque o mencionado dispositivo legal determina, justamente, que a remissão se dará dentro dos limites de prazo e valores estabelecidos no *caput* do art. 14 e que tal limite deve ser considerado por sujeito passivo, separadamente, de acordo com a natureza do débito com a união.

Em decorrência de a matéria ter sido debatida na sessão oriunda da assunção de competência pelo Pleno do referido Tribunal, foi editada a Súmula nº 12 do TRT/17, consolidando entendimento sobre o tema, evitando-se, assim, a proliferação de decisões divergentes.

Outra situação afeta ao processo do trabalho decorreu da necessidade de o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná compor divergências decorrentes de entendimentos variados sobre o prazo prescricional para o exercício do direito de ação, no qual se pleiteava o pagamento de diferenças sobre a multa do FGTS, diferenças estas advindas de expurgos inflacionários.

Os pedidos eram pautados na Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, que reconheceu as lesões praticadas e estabeleceu os índices devidos, atribuindo aos trabalhadores o direito à correção do FGTS pelos expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos denominados “Collor I” e “Verão”. E, a partir daí discussões surgiam quanto ao prazo prescricional para propositura da referida ação.

Assim, visando prevenir e/ou compor divergências, a Segunda Turma do TRT/PR, suscitou assunção de competência ao Pleno

daquele Tribunal Regional e, tendo sido reconhecido o interesse público na matéria, o mesmo admitiu a referida assunção nos termos do art. 55, I do Regimento Interno, conforme Certidão de Julgamento no processo TRT-PR 51068-2004-658-09-00-6 (ROPS 01436-2004) - de 25.10.2004.³¹

Tendo como Relatora a Desembargadora Ana Carolina Zaina, o Pleno reconheceu o precedente intramuros, firmando sobre o tema o entendimento de ser “da data da publicação da lei complementar o termo inicial da prescrição para reclamar”,³² justificando o posicionamento com a afirmativa de que somente com o advento da Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, restou reconhecido o direito dos trabalhadores à correção do FGTS pelos citados expurgos inflacionários. Logo, o direito de ação para os empregados dispensados antes da referida lei foi renovado, iniciando a fluência de prazo a partir da data de sua publicação.³³

Com base em tal posicionamento firmado pelo Pleno Regional, a Justiça do Trabalho do Paraná, por meio de seus magistrados, passou a adotar o referido posicionamento de forma a se evitar decisões discrepantes. Evidencia-se, portanto, mais uma vez, a contribuição da assunção de competência na promoção do acesso à justiça.

Conforme redação atribuída ao *caput* do artigo 896-C da CLT, resultante da Lei n. 13.015/2014, a CLT passou a prever que quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

³¹ Disponível em : <<http://www.trt9.jus.br>> Acesso em 20.12.2018.

³² Idem.

³³ Idem.

E este é justamente o incidente de assunção de competência, tratado na lei trabalhista como afetação de competência, sendo cabível apenas para o Recurso de Revista no Tribunal Superior do Trabalho, mas buscando alcançar os mesmos propósitos já idealizados pelo processo civil quando de sua construção.

No que se refere ao procedimento a ser adotado pelo tribunal, neste caso específico de assunção de competência trabalhista, conforme determina o §2º, do artigo 896-C, da CLT, o Presidente da Turma ou da Seção Especializada que afetar processo para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos deverá expedir comunicação aos demais Presidentes de Turma ou de Seção Especializada, que poderão afetar outros processos sobre a questão para julgamento conjunto, a fim de conferir ao órgão julgador visão global da questão.

E, complementando o raciocínio, tem-se o §5º do mesmo artigo, o qual deixa claro que o “*relator no Tribunal Superior do Trabalho poderá determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto controvérsia idêntica à do recurso afetado como repetitivo.*”

Desta forma, fica evidenciado que a Lei n. 13.015/14, ao inserir a assunção de competência na CLT, se apropriou da técnica posteriormente prevista no CPC, visando obter não só maior celeridade no processamento dos julgamentos dos recursos de revista, mas também possibilitando a redução das divergências nos resultados dos julgados, o que implica na obtenção de segurança jurídica, convergindo também para o cumprimento do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF e art. 6º do CPC/2015, sínteses garantistas da duração do processo em tempo razoável, com obtenção de decisão de mérito justa e efetiva.

Considerações Finais

É fato que a tônica norteadora do CPC/2015 se faz expressada pela tentativa de conceder isonomia e previsibilidade aos julgados de modo a operar a necessária segurança jurídica aos jurisdicionados, labor hercúleo e de esforços comuns a todos os que operam junto ao serviço público da justiça.

O presente Incidente de Assunção de Competência se coloca como um dos instrumentos legislativos aptos a perseguir os predicados supracitados, de modo a possibilitar racionalidade a uma relevante questão de direito entendida como de relevância social com potencial de gerar, em caso de possíveis interpretações díspares, grave ofensa a isonomia, o que, bem por isso, possui a virtude da prevenção a tal ofensa como sua característica preponderante e por tudo, louvável se bem operada.

Referências

BARRAL, Welber. Direito e Desenvolvimento: um modelo de análise. *In: Direito e Desenvolvimento. Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p.31-60.

BOBBIO, Norberto. La certezza del Diritto é un mito? *In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n.28. Milano: Giuffrè, 1951, p-146-152.

FONTES, José. **O direito ao cotidiano estável**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Ação de Reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no novo CPC. *In: DIDIER JR. et al. (Coords.). Precedentes*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.609-636.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Tratamento dos processos repetitivos. *In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Coords.). Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.1-21.

- LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. Críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010, p. 16.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Documentos eletrônicos:

<https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2263924/o-fim-do-desconforto-de-decisoes-judiciais-opostas-em-situacoes-identicas>>. Acesso em: 03.03.2019.

https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/170044/secao-de-direito-publico-se-reune-para-firmar-jurisprudencia?ref=topic_feed>. Acesso em: 01.03.2018.

www.trt9.jus.br> Acesso em 20.12.2018.

www.trt17.gov.br>. Acesso em 18.12.2018.

Cairu e o “Comércio Franco e Legítimo”

Arno Wehling¹

Resumo

Como publicista e jurista que defendia a adequação do direito comercial e da política econômica aos novos tempos do industrialismo, Cairu deu substancial contribuição para a compreensão dos desafios e obstáculos colocados à economia brasileira no início do século XIX, quando se encerra a época colonial.

Palavras-chave: Visconde de Cairu; liberalismo econômico; comércio colonial; direito comercial.

Abstract

As a publicist and jurist who defended the adequacy of commercial law and economic policy to the new times of industrialism, Cairu made a substantial contribution to the understanding of the challenges and obstacles posed to the Brazilian economy in the early nineteenth century, at the end of the colonial period.

Keywords

Visconde de Cairu; economic liberalism; colonial trade; commercial law.

José da Silva Lisboa, barão e visconde de Cairu, exerceu diferentes funções públicas ao longo da vida – professor régio de grego em Salvador, membro da Mesa de Inspeção da Agricultura e Comércio da Bahia, advogado, desembargador da Casa da Suplicação, deputado

¹ Possui graduação em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1968), graduação em Direito pela Universidade Santa Úrsula (1991), doutorado em História pela Universidade de São Paulo (1972), livre docência em História Ibérica (USP, 1980) e pós doutorado em História nas Universidades do Porto e Portucalense. Professor titular aposentado da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). E-mail: wehling@globo.com

à Assembleia Constituinte de 1823 e senador do Império. Mas notabilizou-se sobretudo como polígrafo e polemista. Escreveu muito e sobre muitos temas, predominando filosofia política e economia, quase sempre num tom polêmico, não raro provocativo.

Identificado com o governo de D. João desde a chegada da corte à Bahia, em 1808 e depois com o príncipe e Imperador D. Pedro I, era em geral respeitado por seu saber e enorme capacidade de trabalho. O conhecimento teórico e empírico da economia tornou-o uma referência brasileira no tema como precursor do liberalismo econômico no país, bem como importante doutrinador do direito comercial. Por outro lado, o que foi visto muitas vezes como seu conservadorismo político, apoiando o Reino Unido e a política de D. Pedro, tornaram-no pouco simpático a liberais do Império, republicanos após 1889 e a boa parte do pensamento da área das ciências sociais no século XX. Basta recordar que dois de seus maiores críticos foram Sergio Buarque de Holanda (HOLLANDA, 1946) e Celso Furtado (FURTADO, 1963, p. 123), cujas interpretações negativas revelaram-se mais fortes do que as tentativas de reabilitá-lo ou mesmo de simplesmente revê-lo no próprio contexto a que se vinculava.

Cairu é associado ao comércio por dois aspectos. Em primeiro lugar, pelo seu papel na carta régia que abriu os portos brasileiros a 28 de janeiro de 1808, eliminando o principal pilar do – como ele próprio denominava – “sistema colonial”. Em segundo lugar, por sua obra sobre o direito mercantil, publicada a partir de 1798 em Lisboa.

Quanto à abertura dos portos, já se questionou, como fez Max Fleiuss, sobre ser pouco razoável que apenas quatro dias após a chegada da Corte Silva Lisboa tivesse tal ascendência que pudesse determinar acontecimento dessa monta (FLEIUSS, 1925, p. 65). Outros pesquisadores, Araujo Pinho entre outros, procuraram contextualizar sua atuação, diluindo-a no conjunto maior de circunstâncias que justificavam a medida, mas jamais negando sua participação (ARAUJO PINHO, 2008, p. 30). A própria conjuntura política, com a dependência

à Inglaterra e a realidade da enorme incidência do contrabando já apontavam para a necessidade da abertura do comércio colonial. A medida seria assim o atendimento de circunstâncias imperiosas, o que não impede a participação de Silva Lisboa, credenciado que estava por sua experiência na Mesa de Inspeção e pelas obras já publicadas sobre temas econômicos.

Quanto ao livro sobre o direito comercial, tinha o título de *Princípios de direito mercantil e leis de marinha para uso da mocidade portuguesa destinada ao comércio*, contendo temas como câmbio marítimo “ou contrato de dinheiro a risco”, avarias, letras de câmbio e notas promissórias, contratos e causas mercantis, direitos e privilégios dos comerciantes, portos e alfândegas e juízes e tribunais de comércio. Tornou-se referência em sucessivas edições ao longo do século XIX até a promulgação do código comercial de 1850 e mesmo depois. A melhor edição foi organizada em 1874, pelo senador Cândido Mendes de Almeida.

Silva Lisboa foi autor prolífico e sua bibliografia ainda não está cabalmente organizada. Alguns autores a estimam em cerca de 80 trabalhos, (VILHENA DE MORAES, 1958, p. 54) embora a quantidade se eleve a algumas centenas se forem incluídos opúsculos e discursos. Seu filho, Bento da Silva Lisboa, numa das primeiras sessões do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, em 1839, listou apenas 27 trabalhos, acrescentando que “deu vários artigos para jornais e outros impressos de menor consideração” (SILVA LISBOA, 1839, I. p. 227). O historiador e economista Elyseo Belchior listou 94 obras (BELCHIOR, 2000, p. 126). Deve-se a Cândido Mendes de Almeida um primeiro esforço de organização por assuntos na edição dos *Princípios...* Contemplava os itens comércio e direito mercantil, economia, política (panfletos e jornais), religião e educação, história pátria e estrangeira (CÂNDIDO MENDES, 1874, I, p. XIX). Antonio Paim, em 1968, elaborou outra classificação, considerando os itens direito mercantil, economia, política, moral e religião, história e diversos (PAIM, 1968, p. 95).

As obras específicas sobre o comércio e o direito comercial, além dos *Princípios...*, são *Reflexões sobre o comércio dos seguros* (1810), *Observações sobre o comércio franco do Brasil* (1808-1809), *Plano do Código de Comércio* (1809), *Razões dos lavradores do vice reinado de Buenos Aires para a franqueza do comércio com os ingleses contra a representação de alguns comerciantes e resolução do governo* (1810), *Refutação das reclamações contra o comércio inglês* (s/d), *Memória econômica sobre a franqueza do comércio dos vinhos do Porto* (1812), *Projeto do Código Comercial* (1826) e *Regras da praça ou bases de regulamento comercial* (1832). Recorde-se que há também importantes reflexões doutrinárias sobre o tema nos dois livros que dedicou à economia, *Princípios de economia política* (1804) e *Estudos do Bem Comum* (1819).

Silva Lisboa viveu numa época de gigantesca transição entre o Antigo Regime e os novos tempos liberais, a sociedade agrária e a industrial (WEHLING, 1986, p. 20). Como se isso não bastasse, encontrava-se numa colônia que começava a sentir os desafios da independência (ARRUDA, 2014, p. 319). O velho e o novo se digladiavam e o futuro visconde de Cairu tinha sobre tudo ideias firmes, oriundas de convicções fortes. O comércio, para ele, foi um dos principais aspectos desse embate.

Prosperidade e comércio franco

Dois dos trabalhos de Silva Lisboa sobre o comércio estão diretamente relacionados aos acontecimentos posteriores ao deslocamento da Corte para o Brasil.

As *Observações sobre o comércio franco do Brasil* foram uma argumentada defesa da política de abertura dos portos brasileiros (SILVA LISBOA, 1808-1809, p. 3). O texto foi motivado pelas críticas despertadas à medida no Brasil e em Portugal, por setores ligados ao comércio exportador português. Os argumentos levantados foram de natureza teórica, reforçados com referências precisas à conjuntura política e econômica internacional e à situação particular do Brasil e

de Portugal. Comentário de seu amigo, o dicionarista pernambucano Morais e Silva incentivando-o a prosseguir na cruzada pelo comércio livre deixa entrever que o autor tinha inimigos tanto nos setores economicamente prejudicados quanto no próprio governo do príncipe regente (BELCHIOR, 2000, p. 58).

A tese central defendida no opúsculo era a de que

“a franqueza de comércio regulada pela moral, retidão e bem comum é o princípio vivificante da ordem social e o mais natural e seguro meio de prosperidade nas nações” (SILVA LISBOA, 1808-1809, p. 10).

No mesmo diapasão e por motivação semelhante publicou em 1810 as *Observações sobre a prosperidade do Estado pelos liberais princípios da nova legislação do Brasil*, em que defendeu a posição do governo ao assinar os tratados de Amizade e Comércio e Navegação com a Inglaterra (SILVA LISBOA, 1810). Muito criticado ao longo da história brasileira pelas concessões que davam àquele país a condição de nação mais favorecida nas relações comerciais com o Brasil, os tratados de 1810 evidenciavam a situação de dependência que se encontrava a monarquia portuguesa em relação à Inglaterra. Além disso, para os ingleses compensavam o fato de a abertura dos portos ter-se dado, inclusive com o parecer de Silva Lisboa, a *todas* as nações amigas e não apenas à Inglaterra, como desejava sua diplomacia.

Na espinhosa tarefa de defender os tratados o autor focou na livre concorrência, que estava para ele na raiz tanto da abertura dos portos quanto nos diplomas contestados:

“Consta que várias pessoas estranharam muito aos ingleses o mandarem seus agentes pelas fazendas aos lavradores comprar tabaco, café e outros gêneros da terra, pagando bem com dinheiro na mão e por isso alguns apelidavam atravessadores, que faziam encarecer os gêneros e não deixavam aos comerciantes nacionais a facilidade de compra-los para os remeterem por

sua conta, ou para encherem de comissões os comerciantes do Reino. Tanto podem erros e prejuízos inveterados. Inveja-se aos lavradores o benefício da extração e boa venda do fruto dos seus suores? Não se quer concorrência que force aos inertes à indústria, atividade e moderação?” (Idem, p. 9-10).

O argumento destacava apenas um aspecto da questão, deixando de lado o fato de que a cláusula de nação mais favorecida para a Inglaterra estipulava tarifas mais baixas para os produtos ingleses do que as pagas pelas demais nações, inclusive Portugal. Posição de advogado do governo, que justificava as ações do ministro D. Rodrigo de Sousa Coutinho, conde de Linhares, aliás seu amigo e como ele decididamente anglófilo. E certamente a anglofilia de Silva Lisboa deve ter tornado menos pesada a tarefa de defender os tratados, já que, tradutor de Adam Smith e Edmund Burke, era também um admirador entusiasmado da economia britânica – então em plena Revolução Industrial – e das instituições do país.

O economista defendia o livre comércio contra o sistema colonial, a partir de uma plataforma liberal. Como o jurista que ele essencialmente era considerava por sua vez o direito comercial?

O jurista do direito comercial

Silva Lisboa tinha forte interesse especulativo, mas os estudos teóricos precisavam ceder a vez às necessidades de sobrevivência. Por isso advogava em Salvador nas décadas de 1780 e 1790, uma praça comercial importante na qual as causas dessa área tinham importante papel no foro. Não as interrompeu mesmo quando nomeado para professor régio de grego, mas deixar os temas teóricos dava-lhe certa angústia, como dizia ao cientista Domingos Vandelli:

“Obrigado a ganhar a minha subsistência de mendiga advocacia, vida pouco análoga ao feitiço de meu gênio, era preciso que desamparasse inteiramente os estudos filosóficos, para me ir perder nos profundos abismos das minúcias e formalidades das intrigas forenses...” (SILVA LISBOA, 1914, p. 494).

Na verdade conseguiu conciliar as duas situações, pois ao publicar em 1798 os *Princípios...* já havia lido e bem meditado Adam Smith e adquirira com a prática forense extenso conhecimento prático do direito comercial como se praticava nos foros de Salvador e Lisboa.

O livro não era um sofisticado tratado sobre o tema nem tinha esta pretensão. Como já notaram Cândido Mendes, Elysio Belchior e Antonio Paim, destinava-se aos iniciantes nas práticas comerciais e fundamentava-se na larga experiência do autor, que informa a seus leitores sobre o trabalho: não é “destinado a sábios, que consultam as fontes originais; é só dirigido à generosa mocidade portuguesa que cultiva o comércio” (SILVA LISBOA, 1874, p. 21).

Não obstante, sua larga utilização por décadas atesta a qualidade da obra, para Cândido Mendes “cimentada em mérito real e portanto duradouro” (MENDES DE ALMEIDA, 1874, p. VII).

É significativo observar que o oitavo livro previsto dos *Princípios...*, encerrando-o, seria sobre a economia política. O autor não chegou a incluí-lo na obra, pois o texto cresceu tanto – a partir do próprio objeto, pela admiração a Adam Smith e pelo espírito proselitista de Silva Lisboa – que se transformou em outro livro, *Princípios de Economia Política*, publicado em 1804.

As outras obras sobre o tema do direito comercial apareceram a partir de necessidades concretas ao longo do tempo. Em 1809 apresentou ao príncipe regente um plano para a elaboração do código comercial, que não foi adiante. Em 1826, reiniciando-se a atividade legislativa no Império, esboçou outro plano, que não teve igualmente seguimento. Em 1832 injunções políticas fizeram com que não participasse da comissão encarregada do projeto do código comercial, mas protestos na imprensa fizeram com que o ministro José Lino Coutinho pedisse sua colaboração (BELCHIOR, 2000, p. 44). Deste mesmo ano foi sua última publicação sobre o tema, *Regras da Praça ou bases do regulamento comercial*, em que comentava os novos códigos comerciais da França e Espanha e a legislação brasileira.

Silva Lisboa e a teoria do comércio

As obras de Silva Lisboa – em particular os *Princípios de Direito Mercantil*, os *Princípios de Economia Política* e os *Estudos do Bem Comum* – partiam de uma base intelectual consolidada. O que não era trivial, pois vivendo em país sem universidades e instituições acadêmicas, ainda assim conseguiu elaborar trabalhos que, como ele mesmo dizia, tinham fundamento científico e não eram mero fruto de opiniões. Em 1804, no livro sobre economia política já a localizava no organograma do conhecimento, apoiando-se na classificação corrente do enciclopedismo iluminista, como pertencente à jurisprudência, o que também fizera Adam Smith. Em 1819, no livro sobre o Bem Comum, explicava que a “ciência econômica”, “a que modernamente tem dado o título de Economia Política ou Economia Pública”, tinha por objeto a economia do Estado, “ou administração civil relativamente à sua indústria e riqueza”, distinguindo-a da Ciência Política e da Economia “doméstica, rural, fabril e mercantil”, isto é, do estudo das relações econômicas propriamente ditas. Continuava fundando-a na jurisprudência, por sua vez correspondendo, como dizia a Enciclopédia, ao ramo do Direito que estabelecia “os fundamentos do sistema social, ou boa ordem civil” (SILVA LISBOA, 1975, p. 55).

A partir dessa fundamentação distribuía a matéria em ambos os livros, constituindo sólida massa argumentativa.

Quanto ao comércio, Silva Lisboa não o via isoladamente, mas no conjunto das atividades produtivas, em cooperação com a agricultura e a indústria. Esse conjunto, raciocinava à Newton, funciona como um sistema, submetido a leis. Tal concepção, derivada do mecanicismo racionalista da Ilustração perpassa as obras econômicas e é explicitada no primeiro capítulo dos *Estudos do Bem Comum*. Em suas palavras:

“é manifesto o interesse dos Estudos do Bem Comum e do melhor sistema de Economia Política, que se propõe inquirir as originais causas, e eficazes meios, conforme às Leis Fundamentais da Ordem Civil, ou Sistema Social estabelecido pelo Regedor do Universo, de animar a indústria produtiva de todas as classes da sociedade, com o destino de enriquecer o povo e o soberano, como diz Smith.” (Idem, p. 67).

Onde se situa o comércio, nesse conjunto? Ele é

“...o Princípio Vivificante da Máquina Social – o comércio” (SILVA LISBOA, 1808-1809, p. 28).

O comércio permanecia contudo, para ele, entrevado em vários locais, sendo rara a transação mercantil em que não se visse contraposto algum princípio da economia política.

“Todos pretendem segurança, franqueza e imunidade no seu; porém grande parte do vulgo quer restrição, violência e taxa no alheio.” (SILVA LISBOA, 1975, p. 69).

Essa referência aos resquícios mercantilistas, que existiam por toda a Europa – mesmo na Inglaterra – e na América constituía seu particular ponto de embate. Por esse motivo opunha-se aos monopólios comerciais. Simultaneamente tinha sob os olhos a experiência colonial brasileira, da qual o país saía às duras penas e com notáveis resistências. O “sistema colonial”, como o chamava, fortalecera-se nos anos de sua juventude com a rígida política pombalina de instituir monopólios (WEHLING, 1977, p. 170). No primeiro capítulo dos *Estudos do Bem Comum* lastima que providências destinadas a valorizar o comércio, como a criação de uma Aula de Comércio para formar quadros profissionais de negociantes e uma Junta de Comércio para dirigir os negócios mercantis, fossem de tal modo deturpadas pelos interesses monopolísticos e pela ignorância

dos fundamentos da Economia Política – os quais “verdadeiramente só começaram a aparecer depois da imortal obra de Adam Smith” - que tais providências se revelaram não só inócuas como contraproducentes (SILVA LISBOA, 1975, p. 55).

Ao contrário, era a liberdade de comércio o verdadeiro estímulo para as atividades produtivas, valorizando o trabalho útil e fomentando a produção industrial e agrícola, tese que afirmava nos *Princípios...* de 1804 e que reiterou de modo contundente nas *Observações sobre a prosperidade do Estado pelos liberais princípios da nova legislação do Brasil*, de 1810, publicado no rescaldo da abertura dos portos e no clima polêmico das discussões sobre os tratados com a Inglaterra.

Em 1804 partira da concepção smithiana da divisão de trabalho interna e internacional, que seria harmonizada pelas trocas comerciais livremente estabelecidas:

“... mostra-se, assim a teoria, como em prática, que a divisão de trabalho é igualmente benéfica aos particulares e às nações; e que a liberdade do comércio amplifica tanto a sólida grandeza e opulência dos Estados (promovendo a perfectibilidade da espécie humana; e o universal suprimento das necessidades e comodidades sociais) como a contrária política arruína os impérios, e obsta o progresso da civilização e filantropia.” (SILVA LISBOA, 1804, p. 37).

Pouco antes, nas *Observações sobre o comércio franco do Brasil*, de 1808, já dizia categoricamente que

“O verdadeiro espírito do comércio é social: ele quer ajudar e ser ajudado; ele aspira a dar socorro e recebê-lo; ele carece de um benefício recíproco e não é fecundo e constantemente útil senão quando repartido.” (SILVA LISBOA, 1808-1809, p. 17).

Mais tarde, nos *Estudos do Bem Comum*, consolidaria esta visão, reafirmando que o comércio levava ao “aumento da soma da geral felicidade” e identificando nada menos que sete resultados ou “objetivos

específicos”: promover a cultura da terra; extrair os seus tesouros ocultos; aguçar a capacidade inventiva do homem; unir fraternalmente a espécie humana; aliviar suas necessidades e aumentar o conforto pela troca de excedentes; abrir caminho ao progresso da civilização e ao desenvolvimento da literatura e da ciência; facilitar a recepção do cristianismo (ALMEIDA, 1975, p. 21).

O conceito de felicidade pública, nacional ou geral, que fizera sua entrada triunfal no vocabulário político do século XVIII a ponto de constar da Declaração de Independência dos Estados Unidos, não era em Silva Lisboa mero artifício retórico ou distante utopia, mas objetivo palpável de políticas públicas esclarecidas através da liberdade de comércio (POCCOCK, 2002, p. 73).

E porque o comércio possibilitaria a felicidade? A apologia do comércio estava tão no ar no século XVIII que o futuro Visconde de Cairu, apologista do liberalismo econômico, pode buscar numa lei pombalina, a que criou o Diretório dos Índios, de 1758 – exemplo de clara intervenção estatal pelo aldeamento obrigatório e padronizado que impôs – a resposta a esta pergunta. Nos itens 36 e 37 daquela lei, dizia o autor, aponta-se que

“Entre os meios que podem conduzir qualquer república a uma completa felicidade, nenhum é mais eficaz, que a introdução do comércio; porque ele enriquece os povos, civiliza as nações e conseqüentemente constitui poderosas as monarquias.” (SILVA LISBOA, 1975, p. 57).

Embora a valorização do comércio já constituísse um consenso na segunda metade do século XVIII – não o era antes – certamente havia uma distância entre as trocas garantidas pelo monopólio do modelo pombalino e o livre comércio advogado por Silva Lisboa no início do século seguinte. Mas ele próprio reconhecia como em sua época ainda existiam por toda a parte resistências de natureza protecionista à tese da liberdade comercial (Idem, p. 58-59).

Envolveu-se assim desde pelo menos 1804, quando publicou o livro sobre Economia Política, numa verdadeira cruzada “para se animar o verdadeiro espírito comercial”, como diz (Idem, p. 57). E essa pregação consistia em difundir os escritores ingleses e discutir suas teses sobre as atividades econômicas. Destacou em especial Smith, Malthus e Ricardo, pois os considerava “originais, profundos e didáticos... por terem elevado à dignidade de Ciência esta Literatura” (Idem, p. 60).

A teoria do comércio em Silva Lisboa não estaria completa se ignorássemos o conceito de *comércio franco e legítimo*.

De um ponto de vista estritamente econômico, quando o autor se refere a comércio franco e legítimo está defendendo a plena liberdade das trocas e a derrubada das barreiras protecionistas, monopólios etc tudo de acordo com as leis econômicas segundo as quais o livre exercício dos interesses, quer individuais, quer nacionais, conduz à prosperidade e à “felicidade dos povos”.

Há entretanto algo mais por trás desse argumento. Há um fundamento moral, religioso mesmo, que embasa sua tese econômica. Se Adam Smith parte de alguns pressupostos relativos às características morais da pessoa humana e da sociedade, isso fica ainda mais explícito no futuro visconde, intelectual católico inserido numa cultura profundamente católica e parte de um mundo oficial em que o rei tinha o título de “fidelíssimo” outorgado pelo Papa e cuja primeira constituição liberal – aliás tanto a portuguesa quanto a brasileira – deu ao catolicismo o *status* de religião oficial (MARTINS, 1978, p. 83-86).

Silva Lisboa ancora o caráter “legítimo” do comércio em fundamentos teológicos. Baseado tanto em Montesquieu, quando este afirma a universalidade da proposta cristã, quanto no Antigo e Novo Testamento, onde se valoriza o trabalho e se prega a paz e a evangelização dos povos, o autor atribui ao comércio este papel pacificador, ademais de criador de riqueza. O comércio torna-se assim meio de aplicação das leis divinas, pois sendo livre e equânime,

“...o comércio franco e legítimo... tende a animar, bem dirigir e generalizar os trabalhos úteis da cooperação social, e dar o maior recíproco valor aos frutos da terra e indústria de todos os países; mostrando em toda a parte, qualquer que seja a forma de governo, ou diferença de seitas, que em todos os países se reconhece a necessidade de trabalho honesto, direito da propriedade, boa fé nos ajustes, ódio à violência, hospitalidade a estrangeiros... *artigos de comum símbolo...*” (SILVA LISBOA, 1975, p. 71-72).

O católico José da Silva Lisboa chega por esse caminho pragmático à afirmação do direito natural pelo comércio, com o potencial de unificar os povos em torno a valores comuns, não obstante as apontadas diferenças de formas de governo e religiões.

*

O *comércio franco e legítimo* aparece assim como uma atividade econômica livre de amarras, que estimulará a partir desta condição a agricultura e a indústria. Neste ponto deve ser sublinhado que o futuro Cairu não era um agrarista fisiocrático, como pareceu a alguns autores. Para ele, como lembrou Jobson Arruda, entre os três setores econômicos deveria haver um equilíbrio, não propondo o primado de nenhum deles, o que deixa claro em suas várias críticas à fisiocracia (ARRUDA, 2014, p. 319).

No caso da indústria, entendia que dos diferentes requisitos que via como necessários para sua efetivação, vários não se encontravam presentes no Brasil, o que não significava que de antemão o país estivesse condenado à exportação de produtos agrícolas. Tais requisitos eram a manufatura pré-existente, matéria prima, alimentos, capitais, mão de obra, ação governamental (prêmios, honrarias, isenções, ensino científico e restrição a produtos exóticos) (Idem, p. 329). Combatia entretanto muito categoricamente o mero protecionismo industrial como vinha da tradição mercantilista e de sua tardia recidiva portuguesa com a política do Marquês de Pombal (WEHLING, 1977, p. 220).

Claramente definia os requisitos para a moderna indústria a partir da então recente experiência industrial britânica, mas não estabelecia nenhum *obstat* como se o Brasil jamais pudesse industrializar-se.

Por outro lado, embora tenha sido visto às vezes como um liberal simplório ou até contrário aos interesses nacionais, manifestou-se claramente a favor da complementariedade interna dos três setores econômicos. Era o mercado interno e não a excessiva dependência às exportações que gerava a riqueza das nações. As oportunidades deveriam ser todas aproveitadas, dizia, porém a solidez de seu comércio interno era condição primordial de enriquecimento.

A leitura ideológica de Silva Lisboa a partir de diferentes correntes doutrinárias acabou por dar um retrato excessivamente restrito e pobre de suas concepções, como se fosse mero defensor do caráter agroexportador da economia brasileira, quando ao contrário buscava superá-lo a partir do que considerava a pedra de toque do processo econômico – a liberdade de comércio.

Essa perspectiva nos conduz a outra chave interpretativa para melhor compreender a obra de Silva Lisboa, seu pragmatismo e a preocupação em aplicar os fundamentos teóricos que expunha à realidade concreta do Brasil.

Sublinhava de modo categórico o livre comércio, num contexto em que a realidade era a do mais pesado monopólio. Contexto que se alterou com a abertura de 1808, mas no qual continuaram a existir resistências protecionistas, o que justificou a continuidade de seu discurso liberal na matéria. No mesmo diapasão defendia a liberdade de iniciativa para a produção industrial e agrícola, reduzindo ao mínimo os mecanismos de intervenção estatal no processo econômico. Após séculos de protecionismo mercantilista, compreende-se a ojeriza demonstrada pelas diferentes formas de intervenção, que encontramos em tantos autores contemporâneos, fossem ou não economistas. Basta lembrar neste aspecto as pesadas críticas de Tocqueville na década de 1830 à persistência das “poor laws” inglesas (WEHLING, 2003, p. 186).

Entendia claramente, por outro lado, que era preciso consolidar e ampliar o ainda débil mas não inexistente mercado interno brasileiro, o que o fazia um intérprete correto da realidade pós colonial.

Era, em suma, um pragmático que procurava aproveitar todas as oportunidades de crescimento econômico, não um liberal dogmático *à outrance* que via a realidade brasileira a partir dos livros dos economistas ingleses. Seu entusiasmo pela *Riqueza das Nações*, aliás sempre reiterado, bem como a admiração pela Inglaterra, não o fazia afastar-se da *Realpolitik* brasileira do período joanino e da independência.

As propostas econômicas de Silva Lisboa, a partir da mola propulsora do livre comércio, isto é, do “comércio franco e legítimo”, levavam em conta a realidade em que vivia e não eram nem quiméricas nem utópicas. Representavam apenas uma das opções político-econômicas que se abriam ao país naquele momento, como havia outras: a de José Bonifácio, a de Gonçalves Ledo, a de Cipriano Barata e tantos mais. Se não foi plenamente vitorioso, é preciso investigar as razões para isso. Fazendo-o, compreenderemos melhor o “horizonte de expectativas” que, nas décadas de 1810 e 1820, se abria ante os homens que fizeram a independência do Brasil.

Referências

- ALMEIDA, José de. Atualidade das ideias econômicas do Visconde de Cairu, *in* José da Silva Lisboa, **Estudos do bem comum e economia política**, Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1975.
- ARRUDA, José Jobson de Andrade. José da Silva Lisboa: texto e contexto, *in* **Historiografia, teoria e prática**, São Paulo, Alameda, 2014.
- BELCHIOR, Elyseo de Oliveira. **Visconde de Cairu. Vida e obra**, Rio de Janeiro, CNC, 2000.
- FLEIUSS, Max. **História administrativa do Brasil**, São Paulo, Melhoramentos, 1925.
- FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1963.
- HOLLANDA, Sergio Buarque de. Inatualidade de Cairu, Rio de Janeiro, **Correio da Manhã**, 17 de março de 1946.

LISBOA, Bento da Silva. Biografia de José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu, *in* **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, n. 1, 1839.

LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil de leis de marinha* [1798], Rio de Janeiro, Tipografia Americana, 1874.

_____ *Princípios de economia política*, Lisboa, Impressão Régia, 1804.

_____ **Observações sobre o comércio franco do Brasil**, Rio de Janeiro, Impressão Régia, 1808-1809.

_____ **Observações sobre a prosperidade do Estado pelos liberais princípios da nova legislação do Brasil**, Rio de Janeiro, Impressão Régia, 1810.

_____ **Carta a Vandelli, Anais da Biblioteca Nacional**, v. XXXII (1914).

MARTINS, Wilson. **História da inteligência brasileira**, vol. II, São Paulo, Cultrix, 1978.

MENDES DE ALMEIDA, Cândido. Introdução, *in* José da Silva Lisboa, **Princípios de direito...**, Rio de Janeiro, Tipografia Americana, 1874.

PAIM, Antonio. **Cairu e o liberalismo econômico**, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1968.

POCCOCK, J. G. A. *Virtue, commerce and history*, Cambridge, CUP, 2002.

VILHENA DE MORAES, Eugênio. **Perfil de Cairu**, Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1958.

WEHLING, Arno. **Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808**, Brasília, Funcep, 1986.

_____ O fomentismo português no final do século XVIII: doutrinas, mecanismos, exemplificações, *in* **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, n. 316, 1977.

_____ Tocqueville e o mundo da Revolução Industrial, *in* J. O. de Meira Penna, **Ensaio sobre a pobreza. Alexis de Tocqueville**, Rio de Janeiro, Univercidade, 2003.

“A Minha Verdade é a Minha Justiça”: atualizando os significados atribuídos ao princípio da imparcialidade judicial¹

Bárbara Gomes Lupetti Baptista²

Resumo

Este trabalho é resultado de pesquisa realizada no TJRJ. A metodologia incorpora uma profícua interlocução que me permite fazer entre o direito, minha área de formação, e a antropologia, disciplina que conheci por ocasião da orientação recebida durante a minha pós-graduação. A pesquisa permite perceber que o princípio da imparcialidade, hoje bastante em voga, é uma crença construída discursivamente pelo campo do direito e que funciona como uma categoria estruturante do sistema judiciário. No entanto, a crença discursiva se choca com a realidade empírica, uma vez que os dados de campo demonstram que aspectos subjetivos do Juiz interferem diretamente no exercício da jurisdição, sugerindo que a moralidade e o senso de justiça do magistrado interferem no curso e nos resultados do processo. Entre o paradoxo de “parecerem imparciais” e o fato de “serem humanos”, os Juízes narram seus dilemas e os desafios que vivenciam na tentativa de “não contaminarem” a sua imprescindível imparcialidade.

Palavras-chave: Direito; antropologia; princípio da imparcialidade; verdade; justiça.

Abstract:

This paper is the outcome of a research inside Rio de Janeiro's State Court. The methodology consists in a dialogue I intended to do between law, which I studied under graduation, and anthropology, that I was introduced to, when I was under my post graduation studies. The research allows understanding that the principle of judicial

¹ As discussões trazidas neste texto estão, em grande parte, publicadas em: LUPETTI BAPTISTA, B. “A MINHA VERDADE É A MINHA JUSTIÇA”: dilemas e paradoxos sobre o princípio da imparcialidade judicial. *Cadernos de Campo* (USP, 1991), v. 22, p. 301-314, 2013.

² Professora Permanente do PPGD/UVA, professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFF, pesquisadora do InEAC/UFF. E-mail: blupetti@globocom

impartiality consists in a belief, discursively constructed inside the judicial field, and it works as a structuring category inside the judiciary. However, the discursive belief strikes against the empirical reality, as the fieldwork data shows. Judge's subjective aspects directly interfere during the decision making. It suggests that judge's morality and sense of justice interfere during the process and often in its result. Between the paradox of "seeming impartial" and the fact of "being humans" the judges describe their dilemmas and the challenges they experience when they try "not to contaminate" their essential impartiality.

Keywords: Law; anthropology; principle of judicial impartiality; truth; justice.

Introdução

“A MINHA VERDADE É A MINHA JUSTIÇA”.

Esta frase foi pronunciada por uma juíza que eu entrevistei durante a etnografia realizada para a elaboração da minha tese de doutorado, que discutiu o Princípio da Imparcialidade Judicial (LUPETTI BAPTISTA, 2013).

Em um primeiro momento, o que me chamou a atenção no conteúdo da frase foi o uso do pronome possessivo, indicando que a interlocutora se colocava em uma posição absolutamente central e autorreferente.

Em seguida, percebi que a frase indica o quanto a sensibilidade pessoal do Juiz interfere - ou pode interferir - no resultado da prestação jurisdicional do Estado.

E hoje, atualizar este texto e repensá-lo, me parece muito oportuno, tendo em vista o quanto esse tema, da imparcialidade judicial, vem sendo objeto de debates no mundo jurídico, especialmente em função das opiniões controvertidas sobre a postura do ex-Juiz e ex-Ministro da Justiça, Sergio Moro, na condução dos processos da operação Lava Jato, especialmente após as repercussões do vazamento de suas conversas com o coordenador da força-tarefa, Deltan Dallagnol, divulgadas pelo periódico *The Intercept*, a partir de junho de 2019, no âmbito da “Vaza-Jato”. E ainda, em função do julgamento, em suspenso, por pedido de

vista do Ministro Gilmar Mendes, do HC 164493, por meio do qual a defesa de Luiz Inácio Lula da Silva alega justamente a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro e pede a nulidade de todos os atos processuais por ele praticados.

Na frase que intitula o artigo, verifica-se a identificação da magistrada com uma determinada “justiça”, representada por aquilo que ela acredita ser uma determinada “verdade”, que é “dela” e que ela é a responsável por “descobrir” e “desvendar”.

A frase é sugestiva, portanto, - ao contrário do que sustentam os manuais da dogmática - que o Juiz eventualmente conduz e julga os processos judiciais a partir de critérios que estão além (e fora) dos autos processuais; e que ele, Juiz, pode eventualmente tomar em consideração fatores subjetivos, como a sua noção particular de verdade, para além das folhas em preto e branco dos autos processuais [já que a SUA verdade é a SUA justiça].

Este texto problematiza, portanto, o ideal da imparcialidade judicial, e foi resgatado aqui, após passado algum tempo da publicação da tese, porque, afinal, a imparcialidade nunca esteve tão em voga na mídia e nos debates da sociedade [embora seja debate antigo e bastante conhecido de quem tem intimidade com as práticas judiciárias brasileiras].

Trata-se, então, de tentar entender (e descrever) não apenas o significado da frase que inspirou o título do artigo, como também de explicitar dados etnográficos que refletem os desafios desse ônus (de ser imparcial) – inspirando-se, para tanto, nas discussões e no debate atual sobre o caso da “Operação Lava-jato”, envolvendo o ex-Presidente Lula e o ex-Juiz, Sergio Moro.

A pretensão não é debater ou tratar do caso do HC 164493/STF, mas, a partir dele e do contraste com os meus dados etnográficos, pensar o desafio da imparcialidade judicial no sistema de justiça brasileiro.

Inclusive, convém mencionar, como se verá, que esta frase: “a minha

verdade é a minha justiça”, não reflete apenas o pensamento singular da magistrada entrevistada, mas reverbera uma regularidade encontrada nas falas de distintos interlocutores com quem eu tive a oportunidade de estar durante o trabalho de campo realizado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Considerando o fato de que para a pesquisa antropológica o que interessa são, justamente, as chamadas “regularidades existentes”, conforme já dissera Malinowski (1984, p. 28), considere importante recortar o tema da Imparcialidade Judicial a partir desta perspectiva.

Sendo assim, me interessa explicitar aqui apenas um, dentre tantos outros aspectos, que marcam o Princípio da Imparcialidade Judicial.

A imparcialidade judicial como categoria estruturante do sistema de justiça

A imparcialidade judicial é um princípio da jurisdição definido a partir de distintos critérios³. Mas, basicamente, é incorporada pela doutrina processual, tanto civil, quanto penal, como condição do legítimo exercício da função jurisdicional, constituindo-se como “essência da jurisdição”.

No Código de Processo Civil, a garantia de imparcialidade está prevista nos artigos 144 ao 148; e no Código de Processo Penal, nos artigos 252 ao 256, que tratam das causas de impedimento e de suspeição que autorizam o afastamento do magistrado da condução do processo, quando se suspeita de que a sua interferência no processo possa ocasionar privilégio para alguma das partes.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH (1948), o princípio da imparcialidade está previsto no artigo X: “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para

decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.”.

E na Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (1969), a previsão de um juiz imparcial encontra-se no artigo 8.º, que trata das garantias judiciais, n.º 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial [...]”.

No Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, a imparcialidade está prevista no artigo 8º, que preconiza que “o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.”.

Ou seja, os dispositivos que tratam do impedimento e da suspeição dos magistrados conformam a lógica do sistema processual, porque mantêm vivas, ao mesmo tempo, duas crenças dogmáticas: a crença na “imparcialidade” e a crença na busca da “verdade”, sendo aquela (imparcialidade) premissa desta (busca da verdade) e ambas necessárias para se alcançar a tão propalada “justiça”.

Ou seja, o sistema jurídico difunde a crença na imparcialidade judicial como sendo condição para se atingir a “verdade” e a “justiça” e, para tanto, sustenta discursivamente a sua existência.

E este mesmo sistema internaliza que “ser imparcial” é julgar de acordo com aquilo que consta nos autos processuais e não segundo fatores externos, “extra-autos”.

Como me disse uma advogada, “a imparcialidade é a certeza que tem o cidadão de que a causa submetida ao juiz não vai ser decidida em razão de sua classe social, cor da sua pele, da sua ideologia política. O juiz que vai julgar não tem interesse nisso. Ele é imparcial.”

Nesse sentido, o trabalho de campo me permitiu perceber os paradoxos e as ambiguidades desse sistema discursivo, sendo certo que praticamente em todas as falas, de algum modo, aparecia uma representação utópica acerca da imparcialidade, sendo reveladoras as expressões de dois magistrados que eu entrevistei:

Eu não acredito na imparcialidade, mas não posso dizer isso. Só consigo ver imparcialidade como dogma. Ou como crença. Como algo real, eu não consigo. Mas acreditar que ela existe conforta...dá segurança. É uma falsa segurança, mas é necessária. Todo mundo tem que acreditar que o processo vai ser julgado por alguém que é imparcial, que vai cumprir a lei. Senão, é o fim do Judiciário. Se as pessoas pararem de acreditar que serão julgadas conforme a lei, o processo e por um juiz imparcial, isso tudo acaba.

A imparcialidade é um caminho a ser seguido, um norte, um ideal a ser alcançado... a imparcialidade é um valor a ser alcançado, mas é como se fosse aquela cenoura que se coloca na frente do jumento, e não se consegue alcançar. E eu nem lamento isso. Entendo que é assim. Faz parte da realidade humana. É estranho dizer isso: eu almejo e sei que nunca vou alcançá-la. Eu ando no caminho dela, mas sei que nunca vou chegar até ela. Pode parecer estranho, mas é assim. A gente tenta buscar, mas sabe que nunca vai conseguir chegar lá. Carrega uma história de vida, coloca na decisão a sua vivência. Tem você ali naquele processo, não estamos fora do planeta e decidimos. Isso não existe.

Portanto, sem esmiuçar a questão, mas, com o intuito de contextualizar o assunto, devo dizer que os dados etnográficos da pesquisa mais ampla, voltada para a tese (LUPETTI BAPTISTA, 2013), revelaram que o princípio da imparcialidade é uma crença construída discursivamente pelo campo do direito e que funciona como uma categoria estruturante do sistema judiciário.

E esta propagação do mito da imparcialidade do Juiz está a serviço de outras crenças do campo, tais como, a crença na busca da verdade.

E foi exatamente por causa disso que eu me interessei particularmente por desnudar os aspectos externos do processo judicial

que influenciam a subjetividade do juiz e orientam as decisões judiciais. Porque a crença discursiva do mito da imparcialidade, que pressupõe um terceiro desinteressado, alheio, neutro de valores e de preconceitos, se choca com a realidade empírica, que demonstra o quanto aspectos particulares do Juiz interferem diretamente no exercício dessa suposta jurisdição imparcial, tal qual revela a fala da magistrada - “a minha verdade é a minha justiça”.

Os dados empíricos e a revelação do paradoxo: “temos de parecer imparciais, mas somos seres humanos”

Os dados do trabalho de campo demonstraram que, para manter firme a lógica do sistema, entre o discurso e a prática, os magistrados vivenciam importantes dilemas no exercício da jurisdição, vivendo o paradoxo de terem de “parecer imparciais”, embora sejam “humanos”.

A necessidade de sustentar discursivamente a crença na imparcialidade judicial redundava no esforço de torná-la visível, aparente.

Para além de sustentar o seu discurso, ainda que se saiba ser impossível atingi-la, é preciso tornar a “imparcialidade” uma categoria explícita e indubitável.

Por isso mesmo, escutei muitas vezes durante o trabalho de campo que, “assim como ocorre com a mulher de César, ao juiz não basta ser imparcial, é preciso parecer imparcial.”

Khalil narra em seu livro sobre a personalidade dos juízes, que um deles lhe disse: “Você é treinado a não perder a sua placidez. Você é um profissional propenso a ouvir os maiores absurdos, sem demonstrar emoção.” (KHALIL, 2011, p. 308).

Para parecerem imparciais, por mais paradoxal que seja, os juízes, seres humanos, constituídos dos mais distintos sentimentos, precisam “se policiar”, como muitos me disseram, a fim de exercitar aquilo que eu chamo de uma necessária “contenção obrigatória dos sentimentos”, em uma alusão *maussiana* (MAUSS, 2009, p. 325-335).

Para evitar dúvidas, é preciso se conter.

Portanto, identifiquei que os sentimentos, preconceitos e valores estão presentes no mundo interno dos juízes, e constituem as suas noções particularizadas e orientam os seus conceitos sobre “verdade” e “justiça”, mas não podem ser explicitados aos atores processuais, nem escritos nos autos judiciais, porque a sua expressão contaminaria a aparência da imparcialidade que precisa existir para sustentar o mito da jurisdição desinteressada.

Diziam, os meus interlocutores: “assim como a mulher de César, não basta ser, temos de parecer [imparciais]”.

Durante toda a pesquisa ficou bastante evidente o fato de os magistrados precisarem explicitar a sua imparcialidade, ao mesmo tempo em que isso não anulava o fato de serem “humanos” e, portanto, terem sentimentos, emoções, e um “coração” que nem sempre permitia a isenção deles esperada.

Por isso, ouvi diversas vezes a frase, que soava quase como uma justificativa: “mas...nós somos seres humanos!”

Evocar a sua condição “humana”, segundo observei, servia para tirar dos meus interlocutores o peso que sentiam e que era imposto por um sistema judiciário que lhes exige a tal aparência de imparcialidade e, ao fazê-lo, os afasta de sua própria condição “de seres humanos como qualquer um”, como me disse uma magistrada.

Um juiz substituto, bastante jovem, me contou:

Quando eu entrei para a magistratura, fiquei muito assustado [...] isso da imparcialidade me oprimia, porque eu tinha que ser quase de outro planeta. Mas nós não somos heróis, nem somos de outro planeta. Erramos, temos medo, temos insegurança, temos pena, temos tudo que todo mundo tem. Mas isso ficava na minha cabeça, pressionando.

O dever de imparcialidade é representado como sendo um ônus que oprime os magistrados e, ao mesmo tempo, lhes tenta retirar a condição de humanos, exigindo-lhes que escondam seus sentimentos

mais genuínos, sob pena de sofrerem a pecha de “parciais” ou “interessados” em um determinado resultado da jurisdição. Por isso, “brinco” com a categoria psicanalítica do “superego” para indicar que o ônus de ser imparcial impõe aos magistrados uma censura moral que lhes provoca o dilema de transitar entre aquilo que “devem ser” e aquilo que, de fato, “são”.

Um juiz cível federal que entrevistei me disse: “Você tem de se brutalizar um pouco... senão, se for chorar, não dá...você não fica aqui. As pessoas têm dramas sérios, que trazem pra cá...o processo é e tem de ser uma racionalização disso, né? O processo é um arremedo desse drama.”.

HERKENHOFF⁶, que é juiz de carreira, ao publicar um ensaio na internet sobre a ética da magistratura assim se expressa:

A magistratura é mais que uma profissão. A Ética do Magistrado é mais que uma Ética profissional. A função de magistrado é uma função sagrada. Daí a advertência do Profeta Isaías: ‘Estabelecerás juízes e magistrados de todas as tuas portas, para que julguem o povo com retidão de Justiça’. Somente com o suplemento da Graça Divina pode um ser humano julgar. A sociedade exige dos magistrados uma conduta exemplarmente ética. Atitudes que podem ser compreendidas, perdoadas ou minimizadas, quando são assumidas pelo cidadão comum, essas mesmas atitudes são absolutamente inaceitáveis quando partem de um magistrado.

Um juiz estadual que entrevistei, disse-me: “toda decisão absorve o emocional de quem a profere. Somos humanos. Há causas que a carga emocional é enorme, só que essa carga não pode se conflitar com a lei e nem pode ser escancarada.”

A etnografia revela que muitas são as questões que tangenciam as escolhas dos juízes e o seu modo de interpretar a lei e de decidir no caso concreto. Mas, para o que interessa neste trabalho, considero importante perceber todo esse mundo que “não está nos autos, mas está no juiz”, e que interfere na prestação jurisdicional e no resultado do processo.

“O que não está nos autos, não está no mundo”: uma ideia “fora do lugar”?³

Começo este tópico descrevendo as falas de duas juízas que explicitam essa ambiguidade do sistema, revelada na frase que inspira o título deste trabalho, e que permite aos magistrados julgar os casos concretos conforme a sua percepção de justiça e de verdade, tendendo para o lado que considerarem como sendo o mais “correto”, a partir de critérios subjetivos.

Uma das falas é de uma juíza cível, mas que ficou muitos anos em vara criminal e, por isso, exemplifica com um caso da área penal.

Eu não queria prender esse cara. Eu não queria que ele voltasse a cumprir uma pena. Ele já tinha cumprido a pena do primeiro processo dele. Ele até tinha respondido ao processo e tinha ficado um bom tempo preso. E eu não queria que ele voltasse a cumprir uma pena. Eu não queria, não queria que ele voltasse. Aí, entra toda a questão dos valores do juiz, de como você pensa, do que que você acha, daquilo que você acredita. Porque tem juiz que acha que quanto mais rigor na aplicação da pena, melhor [...] ou você pode ter um juiz como eu, que não acredita muito em pena de prisão e aí no que pode, no que consegue, tenta manter as pessoas fora da cadeia [...] eu fiz um exercício enorme para conseguir substituir a pena desse infeliz. Eu fiz todo um exercício de argumentação. Eu não queria prender o cara. Acabei de extinguir este processo sem análise de mérito. Por quê? Porque é um banco que ajuizou uma ação monitória para cobrar um empréstimo feito por uma pessoa que não pagou. O banco deixou a ação parada. Ou seja, não teve interesse em dar andamento ao processo. Por isso, pelo prazo do código, a cobrança prescreveu. Eu extingui o processo. O

³ Trata-se, o subtítulo, de referência em homenagem ao famoso texto de Roberto Schwarz, intitulado “Ao vencedor as batatas”, que, em breve síntese, chama a atenção para a importação de valores europeus no Brasil do Século XIX, explicitando a tensão e a difícil relação entre referências intelectuais originalmente estrangeiras e a realidade social na qual atuam, especialmente ao tratar dos romances europeus traduzidos no Brasil. O autor formula o contexto do que chamou de: “ideias fora do lugar”. Ver: SCHWARZ, R. (org.). *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1992.

processo ficou parado e o código me permite isso. E por que fiz isso? Porque o banco tem uma equipe jurídica altamente qualificada, excelente, tem infra-estrutura, tem dinheiro para contratar pessoal...então, eu acho que se deixou o processo parado é porque não tem interesse. Agora, tem juiz que não, que vai achar que o cara que pegou o empréstimo e não pagou é caloteiro, vai se aproveitar dessa situação e então, para evitar, em vez de extinguir, intima o banco para dar andamento. **Isso é ser parcial? Não é. Isso é questão de que o juiz não é uma máquina. Se fosse máquina, colocava a petição na máquina e saía um ticket com a decisão. O juiz é um ser humano.**

As falas refletem o quanto a sensibilidade do Juiz pode interferir nos julgamentos dos processos, mas ficam escondidas em uma suposta racionalidade que invisibiliza as razões de decidir.

Na motivação da última decisão judicial não foi necessário que a magistrada explicitasse o motivo que a levou a extinguir o processo de ofício, ou seja, que ela o fez porque o banco tem ampla estrutura jurídica e isso seria pressuposto de que a sua omissão significaria desinteresse processual.

O fato de a magistrada traduzir a sua motivação, subjetiva e pessoal, para uma linguagem técnica, é legítimo e racional. Aliás, segundo ela própria, isso não é ser parcial, é ser humano.

Eis o paradoxo: a decisão esconde, justamente, o que contém de humano. A juíza, por ser humana, como ela própria disse, decidiu segundo a sua moralidade: se o banco tem estrutura jurídica, deveria ter dado andamento ao processo; se não deu, é porque não tem interesse processual. Pois bem, mas este lado “humano” (ou pessoal) que motivou a decisão e que diferencia a juíza de uma máquina, como ela mesma disse, está escondido na decisão judicial. O lado humano não foi explicitado. Ela precisou obscurecê-lo para, ao racionalizar a

decisão, torná-la tecnicamente aceitável. Ou seja, o valorativo foi, propositalmente, invisibilizado, embora tenha orientado a decisão.

Do mesmo modo, como a própria juíza ressaltou, se a decisão tivesse sido proferida por um magistrado com outra moralidade, ou seja, que entendesse que as pessoas que fazem empréstimo e não pagam “são caloteiras” e, portanto, não devem ter o benefício do acolhimento da prescrição de ofício, a decisão seria legítima e racional, embora em sentido contrário.

O juiz provavelmente preferiria decisão tão técnica e formal como a da juíza, mas o resultado do processo seria outro. Ele prosseguiria o andamento e sentenciaria ao final.

O que diferencia as decisões? As moralidades dos magistrados. E o que as iguala? A forma técnica, que esconde o “humano”, isto é, que obscurece a sua motivação subjetiva e valorativa.

Vivenciei outra situação parecida com esta durante a pesquisa, que sugere a mesma reflexão.

Um juiz me contou um caso interessante e elucidativo que havia julgado:

Era um casal casado, mas eles se separaram. Então, na verdade, eram separados. Ela morava no subúrbio, acho que Realengo. O Senhor morava em Maricá. Aí, ele teve câncer e ela se aproximou dele. E ela se dividia. Ela passou os últimos anos da vida dele assim. Anos...Ela passava 02 ou 03 dias com filhos e noras aqui, fazia comida, e depois pegava um ônibus, 02 ou 03, sei lá, e ia para Maricá cuidar do ex companheiro. E fez isso todas as semanas até ele morrer. Pela lei, ela não era mais mulher, nem companheira do falecido. Estava separada! Teoricamente, ela estava separada e ela não faria jus à pensão. **Pela Lei, ela não podia. Mas eu achei que ela fazia jus à pensão.** E eu fundamentei dizendo: olha, o que a CF fala, o que ela valoriza, tudo bem, a relação sexual está meio que implícita numa relação afetiva estável, duradoura, mas ela não se resume a isso. O que tinha ali era uma relação de companheirismo, de camaradagem, de solidariedade, de cumplicidade, eles estavam compartilhando um momento difícil. Isso

é o que a CF valoriza. Eles se separaram, mas na hora que o marido ia morrer, a mulher acompanhou todos os últimos anos dele, e enterrou o ex-companheiro...ela estava ali, do lado dele. Pra mim, isso era uma união estável e, portanto, ela tinha direito à pensão. Eles compartilharam aquilo. E eu sentenciei favoravelmente a ela.

Um juiz de índole mais positivista, analisando o mesmo caso, muito provavelmente proferiria outra decisão. Um dos meus entrevistados mencionou expressamente esta postura:

O Juiz tem que ser imparcial para não permitir também que a gente julgue só com as nossas convicções pessoais, nossos preconceitos... algumas coisas a gente pode até não concordar com a diretriz que a lei dá, pessoalmente a gente pode não concordar, mas isso é uma convicção nossa, que a gente às vezes traz desde a época em que era leigo no assunto. Então, se a gente sabe que a Lei veda aquilo, mesmo que a gente gostasse que fosse de outra forma, a gente não pode decidir aquilo que a gente acha ou que gostaria que fosse, entendeu? Temos que cumprir a Lei. Estamos aqui para isso, para fazer a Lei ser cumprida, independentemente dos nossos ideais.

Ou seja, o que diferencia ou interfere no resultado de um processo pode estar muito mais vinculado à pessoa do Juiz do que propriamente aos princípios, normas ou leis.

Enfim, “o mundo que não está nos autos, mas está no juiz” referencia uma busca da subjetividade e da moralidade do julgador, categorias que estão em outro lugar, que não os autos do processo, mas, apesar disso, passam a constituí-lo, no sentido de que influenciam a decisão judicial e, portanto, o resultado da jurisdição.

Em termos pragmáticos, o que os dados sugerem é que a diferença dos resultados dos processos é determinada, em muitas situações, pelo juiz a quem ele é distribuído, circunstância que eu costumo de denominar de “loteria judiciária” (ou roleta russa).

Uma advogada também me contou um caso interessante, ilustrativo da interferência da subjetividade do julgador no resultado do processo:

Ontem mesmo, eu estava no Tribunal, esperando para sustentar num processo meu e vi uma situação que, para mim, significou parcialidade, mas que eu compreendo e confesso que não sei responder se teria como ser diferente...uma desembargadora, muito boa, honesta, eu a conheço há muito tempo, deixou que ideias dela, pré-concebidas, interferissem naquele julgamento. Ela deu uma indenização maior do que daria porque, segundo ela mesma disse, está passando por uma situação idêntica em sua vida pessoal. Era uma ação de uma pessoa contra uma construtora e eles discutiam algumas irregularidades da obra. Isso é ser parcial? Acho que é. Mas, por outro lado, a desembargadora é só um ser humano, né? Ela não vem de marte para julgar. A experiência dela afetou a visão de mundo dela. Claro, que é elementar a preservação da imparcialidade, mas, por outro lado, eu sempre penso isso: essas pessoas são humanas. Como advogada, a parcialidade deles me afeta, mas o que faz parte da vida deles, lógico que vai afetar a maneira deles de agir e reagir. Ela julgou com a experiência de vida dela. Ela julgaria completamente diferente se não tivesse vivendo isso? Teria. Eu acho que ela teria sido objetiva e julgado só com o que estava nos autos. **Ela deixou entrar no julgamento uma coisa pessoal dela, subjetiva...**isso é parcialidade? Não sei. O que eu sei é que já vi e vivi situações idênticas. Ela não é a primeira nem será a última. Isso é uma situação corriqueira. Eles deixam essas coisas interferirem. Mas, eles não são máquinas. Eu também acho que o juiz que não tem experiência nenhuma também não consegue julgar...ou vai julgar mal. Não consegue se colocar no lugar do outro...então, é difícil mesmo. O problema é quando extrapola isso. Se o envolvimento é pessoal, aí acho que impede o julgamento. Mas essas coisas, de empatia, acho que interferem, mas não tem como ser diferente.

Para mim, o mais interessante no trabalho de campo foi perceber, após a análise sistemática de todo o material empírico, hoje publicados (LUPETTI BAPTISTA, 2013), que as entrevistas sempre começavam com os magistrados dizendo que são “racionais”, “imparciais”,

“objetivos”, julgam apenas “com o que está nos autos”, não podem “se condoer com as causas”, tem de se “afastar das emoções”. E sempre terminavam com eles dizendo que nem sempre é possível “racionalizar”, que julgam “com o coração”, que “imparcialidade não existe”, que eles sentem “raiva”, “pena”, “amor e ódio”.

Eles começavam falando sobre como deveriam ser, no mundo idealizado, e terminavam as entrevistas me dizendo como são, no mundo da vida real.

GARAPON, ao tratar do “drama da justiça”, menciona este mesmo paradoxo: o juiz, ao mesmo tempo em que endurece, partilha da condição daquele que está sendo julgado. (GARAPON, 1997, p. 315-316).

Ora, a crença na imparcialidade, nessa medida, tão idealizada, se comporta como mais uma “ideia fora do lugar”. Ou uma prescrição empiricamente complicada.

Conclusão e “mais perguntas do que respostas”: a lógica do contraditório

O trabalho de pesquisa normalmente termina com mais perguntas do que respostas.

No meu caso, não poderia ser diferente.

Entre o dever de “parecerem imparciais” e o fato de “serem humanos”, o trabalho revela que os magistrados transitam em um sistema de crença na sua própria imparcialidade, construída discursivamente pelo campo do direito e que funciona como uma categoria estruturante do sistema judiciário.

Porém, os dados explicitados são reveladores de que os resultados dos processos judiciais estão comprometidos e imbricados com os sentidos de justiça particulares dos profissionais do direito que os conduzem. “A minha verdade é a minha justiça”.

Os dados coletados demonstram, ainda, e finalmente, que os juízes eventualmente têm espaço para conduzir e decidir os processos judiciais a partir de moralidades que servem mais para justificar a parcialidade que exercem do que propriamente para reforçar o seu papel de julgador imparcial.

Nesse diapasão, o comportamento do ex-Juiz Sergio Moro na condução dos processos da operação Lava Jato não se apresenta como extraordinário ou incomum [e aqui não estou em posição de proferir juízos de valor, mas de tentar compreender a complexidade do sistema de justiça - e suas disfunções], mas sim como revelador de uma lógica e de uma cultura jurídica que centraliza no Juiz as escolhas sobre fatos, evidências, verdades, leis, interpretações e sentidos particularizados de justiça. O ex-Juiz Sergio Moro e a operação Lava Jato são, portanto, a mais pura explicitação do sistema de justiça brasileiro.

De todo modo, tentando pensar em reflexões possíveis extraídas dos dados etnográficos, considero que um dos principais fatores que permite que a moralidade do julgador avance no processo é a falta de consenso do Judiciário sobre os significados e as interpretações que devem ser conferidas às leis, permitindo-se que se transfira para o Juiz o papel de decifrar esses significados e eleger o que lhe parece mais adequado ao caso concreto.

A falta de uniformização dos julgados permite que distintos magistrados interpretem leis iguais de forma diferenciada, o que implica em resultado desigual em processos iguais.

Uma desembargadora me explicou o mecanismo me fazendo uma pergunta um tanto retórica: “E quando é que não julgamos com o coração? Isso não é ser parcial. Isso é ser humano. A lei não é uma receita de bolo. Que se você botar menos uma xícara vai desandar a receita. Não é isso.”

Durante a pesquisa de campo, muitos interlocutores me disseram que ser imparcial é “julgar com o que consta nos autos, sem ter preconceitos e pré-concepções extra-autos.”

Por outro lado, assisti a audiências, julgamentos, ouvi casos e li decisões que indicavam que os autos refletiam menos o resultado do processo do que os sentimentos do julgador.

E o que permite o casuísmo processual?

ARAÚJO (2002, p. 95-97) trata da imparcialidade e da interpretação do direito de forma peculiar, sustentando que “a parcialidade poderá estar presente na maneira de interpretar equivocadamente a norma aplicável ao caso concreto, por exemplo, já que cada operador do direito tem sua maneira peculiar de interpretar o Direito”.

Segundo ARAÚJO (2002, p. 95-97), cada juiz imprime o seu “traço pessoal”, o seu colorido “de vários matizes” à lei. O juiz “aperfeiçoa a letra morta do texto”. E é nesse “jogo interpretativo” que o juiz pode ser parcial. “É na interpretação do texto que muitas vezes o juiz esconde a sua parcialidade”.

Se não há consenso sobre os sentidos atribuídos aos fatos, às leis e às teses doutrinárias, o processo sempre representará essas ambiguidades e contradições e, por conseguinte, a decisão será, necessariamente, uma dentre as distintas interpretações possíveis⁴.

⁴ Um dos fatores que alimenta esses dissensos do campo reside, justamente, nessa lógica do contraditório, presente na prestação jurisdicional e em todo o campo do direito brasileiro, tanto em suas manifestações práticas, como nas doutrinárias. KANT DE LIMA (2010) e AMORIM (2006) vêm destacando esta questão e expressando que a origem desta lógica, tanto quanto registra a história do saber jurídico, já era encontrada nos exercícios de *contradicta* realizados nas primeiras universidades que ministraram o ensino jurídico durante a Idade Média, particularmente na Itália, berço europeu deste ensino (BERMAN, 2006). Por ser constituída de argumentação infinita, a lógica do contraditório necessita da manifestação de uma autoridade que a interrompa para que seja dada continuidade aos procedimentos judiciais nos tribunais brasileiros. No caso, o juiz. E na ausência da autoridade formalmente constituída, o contraditório prossegue, sempre descartando a possibilidade de a comunicação tornar-se consensual. A característica essencial dessa lógica, a despeito de sua estrutura aberta, encontra-se na supressão da possibilidade de os participantes alcançarem concordância, sejam eles partes do conflito, operadores jurídicos ou doutrinadores, o que sugere ausência de consenso interno ao saber produzido no próprio campo e, no limite, falta de consenso externo, manifesto na distribuição desigual da justiça entre os jurisdicionados pelas mesmas leis que lhes são aplicadas e pelos mesmos tribunais que lhes oferecem a prestação jurisdicional.

Os dados etnográficos revelam que a ideia compartilhada pelos operadores do campo caminha no sentido de que a lei deve ser sempre interpretada “caso a caso”, seja porque a sociedade evolui de forma mais célere do que as reformas legislativas, exigindo dos Juízes adaptações; seja porque aí estaria a “beleza do direito” e o que o diferenciaria de uma “ciência exata”, a matemática, uma vez que os juízes são “seres humanos, e não máquinas”, logo, estão necessariamente sujeitos a distintas formas de olhar o mesmo objeto.

Diferentemente da construção do saber antropológico, que demanda consenso sobre fatos e regularidades, no direito, a sua falta é o que permite que as subjetividades adentrem nos espaços vazios de significado das leis. Como me disse um juiz:

Em Direito, em 99% (noventa e nove por cento) dos casos você tem fundamento pra todos os lados. Então você sempre acha uma resposta para a sua pergunta. E se você vai atrás do fundamento, normalmente, você vai encontrar. Então, você decide o que é justo e vai atrás do fundamento. Você vai achar. Tem muita gente inteligente que acha fundamento pras coisas mais absurdas e até te convence.

Uma promotora de justiça com atuação cível me disse: “ter essa elasticidade toda, que a lei permite e agora com os princípios mais ainda, é muito bom, porque você puxa daqui, puxa dali, esgarça a lei e enfia tudo o que você quiser ali dentro. Cabe tudo.”⁵

O nosso sistema está, pois, enraizado no contraditório de opiniões e de teses e está fundamentado em uma lógica que permite que sempre haja uma opinião diferente sobre o mesmo tema e que sempre haja uma forma diferente de se interpretar determinado dispositivo legal, a tal ponto que eu me lembro de que, desde os bancos das faculdades, em

⁵ DUARTE (2010, p. 100-101) menciona o “valor simbólico” do contraditório como sendo positivamente associado ao direito de defesa da parte. Por isso, não existiria processo válido sem a consagração do contraditório e, conseqüentemente, sem a autoridade do juiz, que elege, dentre os posicionamentos das partes, qual é o vencedor. Uma juíza me disse uma vez: “Quanto mais se observar o contraditório, mais democrático é o processo.”

tom de brincadeira, mas com fundo de verdade, aprendemos que “em direito, a melhor resposta para qualquer pergunta é sempre *depende*”. Esta forma é estruturante do sistema e acaba por fomentar a crença, que tem correspondência empírica, de que sempre há uma possibilidade diferente de o processo judicial acabar: contra ou a favor.

Além disso, está totalmente naturalizado por quem opera o campo o fato de ser assim mesmo: haver sempre diferentes opiniões sobre os mesmos fatos e distintos modos de interpretar os mesmos casos de forma particular. É o que ilustra a fala de uma magistrada que entrevistei: “Na verdade, isso é a Justiça. Se tem um acidente com 50 pessoas e as 50 entram com ações judiciais e cada ação, aqui na capital, cai com Juiz diferente, você vai ver que cada um vai dar uma decisão diferente. E é assim que é.”

Rui Portanova destaca em seu livro sobre as motivações ideológicas da sentença que “no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis.” (PORTANOVA, 2003, p. 15).

O Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, explicitou certa ocasião o movimento natural da prolação de uma decisão judicial, expressando que ela necessariamente estará condicionada à formação do juiz:

O juiz não deve partir da lei para os dados do caso concreto. Há de ter presente o caso concreto e idealizar a solução que entenda mais justa, fazendo-o de acordo com a própria formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática, isso para consagrar a solução idealizada. Tudo ocorre a partir da sensibilidade do julgador. **(Entrevista concedida à Revista *In Verbis*, do Instituto dos Magistrados do Brasil. Edição nº 3)**

Ou seja, desde distintos vieses é possível identificar que a moralidade e o senso de justiça do Juiz têm espaço no curso do processo e em seus resultados e que não necessariamente existe apenas o “mundo dos autos”.

E que, entre o paradoxo de “parecerem imparciais” e o fato de “serem humanos”, os Juízes narraram para mim os seus dilemas e, com isso, explicitaram os desafios que vivenciam na tentativa de “não contaminarem” a sua imprescindível imparcialidade com a sua subjetividade.

Nessa linha, a postura do ex-Juiz Sergio Moro, comprometida por suas convicções pessoais e sentidos particularizados de justiça [e não estou nem absolvendo-o, nem condenando-o], no tratamento e na condução da operação Lava Jato, apontando, inclusive, sua relação pessoal com o ministério público, não é inédita, nem extraordinária; é de certo modo recorrente no sistema de justiça.

Referências

- AMORIM, Maria Stella de. Juizados Especiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, SJRJ, Rio de Janeiro, n.17, p. 107-131, agosto/2006.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A parcialidade dos juízes**. Campinas: Edicamp, 2002.
- BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo/RS: Editora UNISINOS, 2006.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **O trabalho do antropólogo**. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Editora UNESP, 1998.
- DUARTE, Fernanda. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. *In*: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). **Direito Processual em debate**. Niterói: Editora da UFF, 2010. p. 91-108.
- FOOTE-WHYTE, William. Treinando a observação participante. *In*: A. Zaluar (org.) **Desvendando Máscaras Sociais**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1975. p. 77-86.
- GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, v. 2009-2, p. 25-51, 2010.

KHALIL, Antoin Abou. **A personalidade do juiz e a condução do processo**. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2013.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Os Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia**. São Paulo: Editora Abril, 1984.

MAUSS, Marcel. **Ensaio de sociologia**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Repensando o Direito à Saúde no Brasil: Aspectos Críticos e Desafios postos diante de um Cenário de Pandemia

Edna Raquel Hogemann¹

Resumo

Tem como propósito esclarecer o que é reconhecido, na época presente brasileira, como *embaraço no acesso igualitário à saúde*, em contraste com a pujança dos dispositivos constitucionais que dispõe sobre o referido direito em sua conexão essencial com o princípio da dignidade da pessoa humana, concebido como o pilar axiológico básico do Estado Democrático de Direito, por meio da utilização de uma metodologia crítico-dialética que busca uma reflexão situada mais no âmbito das ciências sociais, como, aliás, devem ser investigados os fenômenos jurídicos/políticos/históricos, considerados em sua concretude. A autora se valeu, em sua pesquisa, de pronunciamentos importantes — em defesa do direito ao acesso igualitário à saúde e contra as posições restritivas ou omissivas sustentadas pela Administração — por parte dos tribunais superiores e, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Por contributo final, a autora considera que ainda falta uma mais pujante jurisdição constitucional no sentido preciso de promover a concretização de direitos (sobretudo os fundamentais) por seu caráter marcadamente finalístico e social.

Palavras-chave: Saúde; acesso; democracia; direitos fundamentais.

¹ Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Pós-Graduação *Lato Sensu* em Bioética, pela Red Bioética UNESCO, Graduada em Jornalismo, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decana Pro Tempore, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio. Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability (Bioethics, Biolaw, Biotechnology) e do Grupo Direito Humanos e Transformação Social-UNIRIO. E-mail: ershogemann@gmail.com

Resume

Its purpose is to clarify what is recognized, in the present Brazilian era, as an embarrassment in equal access to health, in contrast to the strength of the constitutional provisions that it provides for in that essential connection with the principle of human dignity, conceived as the basic axiological pillar of the Democratic State of Law, through the use of a critical-dialectical methodology that seeks a reflection situated more within the scope of the social sciences, as, indeed, the legal / political / historical phenomena, considered in its concreteness. In her research, the author made use of important pronouncements - in defense of the right to equal access to health and against the restrictive or omissive positions supported by the Administration - by the higher courts and, in particular, the Supreme Federal Court. As a final contribution, the author considers that there is still a lack of more powerful constitutional jurisdiction in the precise sense of promoting the realization of rights (especially fundamental ones) due to their markedly finalistic and social character.

Keywords: Health; access; democracy; fundamental rights.

Introdução

A Assembleia Nacional Constituinte aprovou o Sistema Único de Saúde (SUS), e, através do art. 6º, 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e demais disposições legais, em especial a Lei Orgânica da Saúde de nº 8.080/90, incluiu o direito universal à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o direito à saúde está situado no ementário dos direitos reconhecidos pela Carta Magna, nomeadamente a partir da Constituição de 1988.

No entanto, apesar de o Relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde - CNS apontar as diretrizes seguidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por suposto que o direito à saúde não se materializa pela sua formal positivação, pois requer uma consolidação efetiva que somente se revela possível através de um conjunto de políticas públicas hábeis. Certamente, em razão dessa lacuna entre o ideal formal e a realidade da prática dos governos e da vida dos cidadãos, hodiernamente (como sempre na história da sociedade brasileira), a concretização desse direito permanece

no plano do discurso, sem nunca alcançar a concretude da letra da norma.

Com esse fundamento, o Poder Judiciário passou a ser instado por um segmento cada vez mais numeroso de pacientes a pronunciar-se e determinar à administração pública o fornecimento de medicamentos, exames e outros procedimentos indicados pelos médicos como indispensáveis e urgentes aos cuidados de sua saúde.

Convive-se, então, com questionamentos, sem respostas: Como tratar de direito universal à saúde, quando se desconhecem os limites e abrangência do termo? Quando se pressupõe que os cuidados de saúde são protegidos constitucionalmente, a que procedimentos, tratamentos, medicamentos, nos referimos, em termos de prevenção e recuperação? Qualquer cidadão pode requerer judicialmente assistência ilimitada a tratamentos e procedimentos de recuperação de sua saúde? Em face desses dilemas, o Judiciário tem o condão de resolver – ou legislar (?), suprindo as lacunas do legislativo, ou do executivo? Até aonde vai o limite da atuação do Judiciário no tratamento de questões dessa natureza? A saúde protegida constitucionalmente é individual ou coletiva? Como proceder diante de um inimigo público nunca antes enfrentado como é o caso da pandemia por coronavírus, o COVID-19?

Diante desta problemática, que está na raiz de dificuldade reiteradamente indicada como prioritário para os diferentes segmentos da população brasileira, o presente ensaio objetiva promover uma breve análise da evolução do reconhecimento do Direito à Saúde, como trajetória em construção, em paralelo ao desenvolvimento da sociedade. Pretende igualmente discutir a efetividade da universalização do Direito à Saúde, tal como tratado na doutrina e jurisprudência, no contexto da ampliação das demandas e da judicialização da política e as questões candentes suscitadas pelo inusitado momento que a saúde pública enfrenta diante da pandemia por COVID-19.

Para alcançar esses objetivos, desenvolveu-se investigação de natureza descritiva, tomando como fontes de consulta a legislação brasileira atinente à temática; doutrina nacional e estrangeira, precipuamente para a construção do marco teórico do estudo e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e outros tribunais brasileiros, bem como as fontes jornalísticas e oficiais relativas à instalação e avanço dos casos de contaminação por COVID-19 em nosso país. Procura-se examinar fontes doutrinárias e posicionamento de responsáveis pela administração pública, nas diferentes esferas administrativas, no intuito de derivar propostas para subsidiar medidas que contribuam para resolver o aparente dilema entre a dimensão individual e coletiva na efetividade de política pública para o setor saúde.

Entre outras possibilidades, aponta-se para um enfrentamento crítico das principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, partindo do pressuposto fundamental em relação ao qual à efetividade dos direitos fundamentais sociais nas relações intersubjetivas, em face à diversidade e complexidade de situações envolvendo as relações privadas, é acertado o recurso à teoria da aplicação direta *prima facie* dos direitos fundamentais sociais, nos termos do art. 5, §1º da CRFB.

Ao final, apresentam-se algumas conclusões e sugestões, tendo em vista contribuir para subsidiar reflexões e decisões no âmbito de políticas públicas e decisões judiciais referentes à garantia do direito à saúde, em sua vertente individual e coletiva, com respaldo no princípio da universalidade, tal como consagrado no contexto constitucional brasileiro.

Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais

Como indicou Bonavides (2008), o advento dos direitos fundamentais de segunda geração propiciou também o aspecto

objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições. O autor aponta que os direitos sociais – como o direito à saúde – fizeram nascer a consciência de que, tão importante quanto salvar o indivíduo, é resguardar a instituição, em detrimento do quadro tradicional da solidão individualista. Revela-se, então, segundo Bonavides (2008), novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais, que desempenham função de tutela dos bens jurídicos, indispensáveis à efetivação de certos valores essenciais. A esse respeito, é pertinente refletir sobre as palavras textuais do autor mencionado:

“Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim o Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.” (p.151)

Desse modo, vê-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se revela como terreno fértil para incrementos, não sendo, a princípio, considerada como função nova desses direitos, mas, sobretudo, a base para outras funções, cujos contornos e importância específica dificilmente podem ser avaliados de forma precisa e apriorística.

Direito à saúde e suas prestações originárias e derivadas

O direito à saúde apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição como direito fundamental social, sendo abrangente a responsabilidade por garantir sua eficácia e efetividade. O Legislativo e o Executivo, principalmente, têm, de modo imediato

e direto, o dever de concretizar os direitos fundamentais, propiciando aos brasileiros o gozo e o exercício dos direitos derivados; ou seja, de “direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes.” Não se pode olvidar, ainda, da eficácia direta e imediata do direito fundamental à saúde, frente ao Poder Judiciário, que diante das políticas públicas definidas e implementadas, tem o dever de garantir aos cidadãos os direitos subjetivos nelas previstos.

Ao debruçar-se sobre o tema, Rios (2012, p. 02) afirma:

Esta eficácia imediata e direta do direito fundamental à saúde vai mais além para o Poder Judiciário: diante de uma política pública definida legislativamente e bem executada pela Administração, ele pode ser chamado a definir se o conteúdo jurídico do direito à saúde alcança alguma outra prestação positiva, vale dizer, aferir a existência de direito decorrente diretamente da Constituição (direito originário à prestação de saúde) a alguma prestação de saúde, observadas as condições jurídicas e fáticas pertinentes.

O direito originário à prestação da saúde, portanto, centra-se na possibilidade de exigibilidade do objeto assegurado pela norma de direito fundamental a partir da aplicação direta da norma constitucional. Em poucas palavras: trata-se de direito previsto na Constituição e apto a produzir efeitos, independentemente da interposição legislativa. Ademais, o direito à saúde - diferentemente do direito de liberdade de profissão, liberdade sindical, dentre outros, que são auto executáveis - apresenta-se como direito a prestações, portanto, dependente da atividade mediadora dos poderes públicos.

Sarlet (2009) acrescenta que o direito à saúde possui igualmente dimensão defensiva, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância

sanitária, que regulam, desde a produção e comercialização de insumos e produtos, até o controle sanitário de fronteiras.

Na reflexão de Mânica (2012), como direito fundamental originário, o direito à saúde implica o dever estatal de criar os serviços de saúde voltados a sua promoção, proteção e recuperação. O autor referido acrescenta que a existência de regulamentação infraconstitucional sobre o tema acarreta que a não prestação de determinados serviços voltados à garantia do direito à saúde deve ser entendida como restrição ao respectivo direito. Como sublinhado, no Brasil, o direito à saúde é tratado na Constituição Federal, mas também na lei 8.080/90, devendo ser compreendido em sua fundamentabilidade originária e derivada, pois, apesar de disciplinado em nível infraconstitucional, eventuais omissões, contradições, obscuridades e excessos legislativos dão margem à aplicação direta da normatização constitucional.

Em função disso, para o citado pesquisador, é bem mais difícil falar-se em típico direito subjetivo (originário) a prestações de cunho normativo, à exceção, talvez, dos deveres de organização e procedimentos necessários à operacionalização do próprio SUS, uma vez que protegido como garantia institucional fundamental, que se impõe como imperativo de tutela do Estado.

Conforme análise de Werner (2008), a existência de políticas sociais e econômicas bem definidas, estabelecidas para gerir o SUS, impede que o projeto seja desconsiderado, sob pena de abrir espaço à interpretação antagônica à lógica do sistema. Diante disso, para a autora, superou-se a fase de construção de um direito originário e passou-se à implementação de um direito derivado, de relevância pública, o qual deve ser gerido de forma descentralizada e com a participação da comunidade.

Canotilho (1998) entende como direitos derivados às prestações aqueles “direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes”. O pensador português afirma que os direitos derivados se

radicam subjetivamente, não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos. Assim, a baixa densidade normativa que o direito à saúde encontra na Constituição Federal, além da subjetividade e indeterminação do conceito de saúde, propicia dificuldade de avaliar se a distribuição de um remédio, por exemplo, ou a realização de determinado procedimento cirúrgico está (ou não) abarcado pelo referido direito. De sorte que, torna-se complexo admitir a existência de direitos originários a prestações de saúde, apesar da existência do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, disposto no art.5º, §1º da Constituição Federal.

O direito à saúde e os contratos privados

Sendo o direito à saúde um direito fundamental social, está sob a égide das mesmas prerrogativas dos demais direitos fundamentais. Assim, reclama uma aplicação direta, imediata e eficácia plena quanto a sua dimensão positiva e negativa, pois não se estabeleceu na Constituição brasileira restrições à sua aplicação em face dos particulares, ao menos expressamente, a teor do Art. 194 da CRFB, que versa sobre um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade para atingir-se a efetividade do direito à saúde.

Também a lei 8080/90, Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, estabelece expressamente este dever conjunto de promoção da saúde, conforme seu Art.1º e 2º, referente às pessoas de direito público e privado, determinando que o dever do Estado não exclui o das pessoas, família, empresa e sociedade.

Norma infraconstitucional que complementa a previsão constitucional de que o Sistema Único de saúde (SUS) abarca a promoção e proteção da saúde não apenas pelo poder público, mas envolve,

também, a iniciativa privada que igualmente se submete salvaguardadas as eventuais peculiaridades, aos mesmos princípios e diretrizes traçados pela Constituição e pela legislação para o Estado. Verifica-se, que a Constituição Federal jamais restringiu a destinação dos direitos fundamentais unicamente ao Estado, nem tampouco aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º).

A atual ordem constitucional brasileira permite, expressamente, a existência independente de uma rede de prestação de saúde dualista: pública e privada. Significa dizer que a saúde suplementar atende a uma função que, quase se pode dizer, não é “estritamente privada”, bem assim que se apresenta como atividade dotada de profundo envolvimento estatal”.

Embora o setor da saúde também seja explorado por entidades privadas, este é um campo de relevante interesse para a coletividade, sendo certo que as limitações à cobertura dos serviços de saúde contratados, merecem ser investigadas, diante da concretização da premissa fundamental da dignidade humana e em razão da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas e ao princípio da solidariedade. Ainda, segundo as considerações de Sarlet (2008), o SUS assume um papel relevante na ordem jurídico-constitucional, sendo autêntica garantia fundamental, afirma o autor, pois “sujeita-se, por conseguinte, à proteção estabelecida para as demais normas jusfundamentais, inclusive no que tange à sua inserção entre os limites materiais à reforma constitucional, além de estar resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral”.

Há fundamentalmente duas formas de prestação privada dos serviços de saúde: denominada participação complementar, relativa aos convênios ou contratos de direito público firmado com o SUS, sendo preferidas as entidades filantrópicas e aquelas sem fins lucrativos; e a denominada “saúde suplementar”, cuja assistência é prestada diretamente pelas operadoras de planos de saúde, por contratos privados (individual ou coletivo), regulada pela Lei nº 9.656/98 e em conformidade às

diretrizes e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Na Constituição brasileira, a saúde passou a integrar o Sistema de Seguridade Social. Criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema de saúde “que não consegue ser suficiente para a efetivação do direito à saúde a toda a população. Assim, milhões de brasileiros buscam os serviços de planos e seguros de saúde para poder obter o “verdadeiro” acesso a essa garantia constitucional a um custo compatível com o nível de renda de cada um”.

A saúde suplementar se caracteriza, entre outros, pela caracterização do usuário do plano de saúde como consumidor, sujeito de direitos fundamentais, e, com isso, pela “transposição da tutela protetiva, assegurada pela intervenção direta do Estado no mercado da assistência à saúde (dirigismo contratual), cuja necessidade se agrava pela natureza indisponível do bem tutelado”, a vida e a saúde dos cidadãos, que constitui a finalidade do próprio contrato de saúde firmado, qual seja, “assegurar todo o tratamento possível, com vistas à manutenção ou recuperação da saúde do indivíduo, que busca o plano de saúde na hipótese de ocorrência do evento”. Existe, portanto, além do dever genérico de tutela do Estado no cumprimento dos deveres de proteção decorrente das normas Constitucionais, na aplicação direta dos direitos fundamentais, deveres específicos, como no caso da proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXXII) e da proteção da saúde (CF, art. 196).

As operadoras de planos de saúde, na definição estabelecida pelo Art. 1º, inciso I da Lei 9656/98 são pessoas jurídicas que realizam “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente a expensas da operadora contratada,

mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor” .

Muitas das controvérsias em relação à aplicação direta dos direitos fundamentais entre as relações privadas são relativas aos contratos com os planos de saúde.

Planos de saúde: o retrocesso social e o mínimo existencial

A Constituição Federal assim estabeleceu “o Estado como figura central na realização da justiça social”, movendo o legislador a um “desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais nela previstos e para sua máxima efetividade (art. 5, §1º)”. Pode-se verificar na Carta magna uma ordem direcionada ao legislador de não retroceder na concretização das normas de direitos sociais, verificando-se, portanto, na atual Constituição um impulso no sentido da progressiva ampliação dos direitos fundamentais sociais (art. 5º, §2º, e art. 7º, *caput*) com vistas à paulatina redução das desigualdades regionais e sociais e à construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social (art. 3º, incisos I e III, e art. 170, *caput* e incisos VII e VIII). Todavia não basta a insulada previsão de direitos constitucionais, necessário se faz que eles sejam concretizados e, o sendo, não possam ser suprimidos. O dever de proteção que se consubstancia no dever de legislar favoravelmente na concretização dos direitos fundamentais sociais, “transforma-se num dever mais abrangente de não eliminar ou revogar esta lei” (p. 123). Evidentemente a proibição do retrocesso também atinge os particulares pelos mesmos fundamentos de garantia da segurança jurídica e garantia do direito fundamental à saúde, enquanto obrigação do Estado e da sociedade.

O impedimento ao retrocesso aponta no sentido de que uma vez concretizada legalmente as prestações sociais, o legislador não poderá eliminá-las sem que sejam dadas alternativas ou outras formas

de compensação. Este dever de proteção deve ser garantido tanto pela administração pública, quanto pelo judiciário. Entende-se que, em relação aos contratos privados de saúde, com base na proibição do retrocesso e na garantia do direito à saúde, as operadoras de planos de saúde não podem limitar benefícios, direta ou indiretamente, onerando o usuário sem lhe garantir o correspondente benefício. Pode-se ter como exemplo o caso da Resolução RDC n.º 67 da ANS, que determinou a inclusão nos planos de saúde da cobertura de procedimento cirúrgico oftalmológico de correção de miopia, hipermetropia e astigmatismo, para erros refrativos acima de sete dioptrias. Todavia alguns planos já asseguravam a cobertura cirúrgica de correção em geral, independente do grau de refração do beneficiário, mas após a resolução, passaram a fazê-lo somente no limite da mesma. Tal procedimento limitou benefícios aos consumidores de planos de saúde, diminuindo a garantia do seu direito à saúde, o que demonstra evidente retrocesso, atingindo também o mínimo existencial do direito fundamental à saúde.

O maior objetivo de contratação de um plano de saúde privado é a segurança de acesso aos serviços de saúde, e relativamente ao mínimo essencial são as prestadoras de plano de saúde obrigadas a dar cobertura.

A lei dos planos de saúde, buscando garantir a cobertura das necessidades básicas, do mínimo existencial, determinou um limite mínimo de oferta de cobertura, o plano-referência, cabendo ao consumidor que queira um plano diferente, superior, nunca inferior, obviamente, manifestar sua escolha por outra modalidade de plano de cobertura. Entretanto esta limitação determinada pelo legislador, este parâmetro básico de cobertura que a lei de planos de saúde determina não está livre de, por meio de uma tutela judicial, ser considerada insuficiente para garantir o direito à saúde.

Nesse sentido, algumas exclusões de coberturas previstas no Art. 10 da lei de planos de saúde, atentam contra a dignidade humana e, por isso, afrontam o direito fundamental à saúde, estando aquém do

mínimo essencial. Primeiramente, não por uma questão de prioridade, pois em relação à saúde e à vida, torna-se difícil determinar prioridades, apresentam-se os casos de exclusão da obrigatoriedade de cobertura assistencial nos contratos com planos de saúde de transplantes não previstos na RN/ANS 211/2010 (ressalvados estariam somente os transplantes de rim, córnea e autólogos listados no anexo I da RN/ANS 167/2008(ART. 15, §3º, III).

Segundo Sampaio esta exclusão representa a “mais perversa ofensa ao sistema de proteção do consumidor”. E, também, outra hipótese de exclusão de cobertura é a restrição da obrigatoriedade da cobertura assistencial a ser prestada pelos planos de segmento hospitalar, nas situações de urgência e emergência, às primeiras doze horas, sempre que ocorrer no período de carência para internação do plano contratado, ressalvado atendimento decorrente de acidente pessoal.

Estas exclusões, apesar de autorizadas pela legislação infraconstitucional, mostraram-se afrontosas ao mínimo essencial, além de apresentarem total desprezo ao direito fundamental à saúde, estabelecem uma evidente contrariedade a todo sistema de proteção ao consumidor, lei nº 8078/90, e, além disso, a negativa de atendimento viola a função social do contrato de plano de saúde e a boa-fé objetiva, atingindo de forma indireta princípios constitucionais de maior importância, entre os quais a dignidade humana (arts. 1º, III, 3º, 1,5º, XXIII, 170, *caput* e inc. III).

Casos como estes reforçam a necessidade da aplicação da eficácia direta do direito fundamental às relações privadas, pois quando a proteção do legislador, como nos casos acima, for insuficiente para proteção do mínimo essencial, caberá ao judiciário tal tarefa. Assim, mostra-se cada vez mais pertinente a “utilização do mínimo existencial como critério material para a aplicação do direito fundamental à saúde no âmbito das relações entre particulares”.

O inusitado cenário da pandemia por COVID-19

A pandemia de COVID-19 que se iniciou na comunidade de Wuham, da província chinesa de Hubei, em 01 de dezembro de 2019 e, rapidamente, tomou proporções planetárias, afetou, sob os mais variados ângulos, as relações sociais, econômicas, religiosas e jurídicas em todas as partes do globo.

Aqui no Brasil, foi editada, por iniciativa do Ministério da Saúde, em 6 de fevereiro de 2020, em processo de tramitação de urgência, a lei 13.979, denominada Lei Nacional da Quarentena, buscando regulamentar algumas das possíveis medidas a serem adotadas no enfrentamento da disseminação da doença que tanto tem impactado a população mundial. Além do que, foi editada a Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Uma das principais decorrências dessa lei está contida em seu artigo terceiro, inciso VII, a saber:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: (...)

VII - **requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas**, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e(...)” (negrito nosso)

O profissional da área biomédica, ainda que não trabalhe no serviço público (SUS), poderá ser requisitado para atender casos que envolvam o COVID 19 se necessário for. Assim também instalações hospitalares da rede privada podem ser requisitadas pelo poder público para dar conta da demanda.

Dentre os inúmeros questionamentos suscitados, um dos mais tocantes envolve o drama – vivenciado em diversos hospitais, em inúmeras nações – da escassez de vagas em Unidades de Terapia Intensiva e a consequente impossibilidade de atender à demanda daqueles que necessitam de tais cuidados.

Estimativas apontam para o iminente colapso dos sistemas de saúde causado (ou agravado²) pelo exponencial aumento de casos da doença, situação tragicamente já experimentada por países mais quais o índice de contágio tenha causado um maior “espalhamento” do vírus, dentre

² Desde que a Emenda Constitucional (EC) 95 foi aprovada, em dezembro de 2016, o orçamento para a Saúde tem diminuído cada vez mais. Somente em 2019, a perda de investimentos na área representou R\$ 20 bilhões, o que significa, na prática, a desvinculação do gasto mínimo de 15% da receita da União com a Saúde.

Em 2017, quando a emenda passou a vigorar, os investimentos em serviços públicos de Saúde representavam 15,77% da arrecadação da União. Já em 2019, os recursos destinados à área representaram 13,54%. “A receita da Saúde vem em “queda livre” desde a implementação da emenda”, afirma o economista Francisco Funcia.

Conforme a metodologia de cálculo utilizada por Funcia, se em 2019 o governo tivesse aplicado o mesmo patamar que aplicou em 2017 (15% da receita corrente líquida de cada ano), a Saúde teria um orçamento de cerca de R\$ 142,8 bilhões, e não R\$ 122,6 bilhões aplicados. Ou seja, um encolhimento de R\$ 20,19 bilhões nos recursos em saúde.

“Com o orçamento congelado por 20 anos, o prejuízo ao Sistema Único de Saúde pode ultrapassar R\$ 400 bilhões”, afirma o presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Fernando Pigatto, com base em estudo elaborado pela Comissão Intersetorial de Orçamento e Financiamento (Cofin) do CNS. “Ou seja, o SUS, que nunca teve financiamento adequado e sempre foi subfinanciado, agora enfrenta um quadro ainda pior, de desfinanciamento, que poderá causar grave impacto à vida e à saúde da população brasileira”, completa.

O economista e vice-presidente da Associação Brasileira de Economia da Saúde (Abres), Carlos Ocké, endossa a análise de que o investimento público está diminuindo e explica que desde a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) há um subfinanciamento à área.

Ocké alerta ainda para a redução progressiva da chamada “renda per capita da Saúde”. Ou seja, o valor aplicado em um ano pelo Estado na Saúde da população dividido pelo número de cidadãos. O valor investido por pessoa, que chegou a R\$ 595 em 2014, passou a ser de R\$ 555, em 2020. “Em vez de crescer, tem-se retirado investimentos, considerando que a população está crescendo e envelhecendo. Portanto, existe uma curva crescente dos custos de Saúde associados ao envelhecimento”. (Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>. Acesso em 02 abr 2020).

outros fatores, pela hesitação de seus líderes na adoção das medidas recomendadas de isolamento social.

Diante de circunstâncias tão extremas, se coloca a questão da priorização de atendimentos a certos pacientes, que se apresentem sob certas condições em detrimento de outros. O tema envolve aspectos jurídicos e bioéticos, na medida em que implica numa decisão externa, tomada pelo profissional médico – e com base em certos critérios posteriormente mencionados – que afeta diretamente o direito à vida de ambos os pacientes – aquele ao qual foi destinada primazia para a alocação dos recursos disponíveis e aquele que não se encontra em posição prioritária, dentre os quais merecem destaque os pacientes que se encontrem fora das possibilidades terapêuticas de cura (FPT).

Este foi o objeto da ADPF 671 proposta pelo partido PSOL em que pede que a União, estados e municípios procedam a requisição administrativa da totalidade dos bens e serviços de pessoas jurídicas e físicas destinados à assistência à saúde prestados em regime privado durante o interregno da pandemia do COVID-19.

Em sua fundamentação fática, os proponentes alegam que não atende aos princípios constitucionais que 56% (cinquenta e seis por cento) dos leitos das Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) disponíveis, destinados a 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira que possui convênios médicos privados, fiquem ociosos à espera dos que estão autorizados a utilizá-los, enquanto outros pacientes em estado grave, mas sem convênio médico, carecem utilizar estes leitos.

O ministro Ricardo Lewandowski negou o pedido. O ministro alegou que aquela ADPF não merece ser conhecida por ausência de preenchimento dos requisitos da Lei 9.882/1999, que regula as ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Segundo o ministro, “a ADPF é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, e, também,

quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição”, e que só deve ser abrigada na inexistência de outro meio jurídico hábil a sanar o conflito. Nesse caso, demarca a existência da Lei 13.979/2020, que prevê essa possibilidade, nos dispositivos já citados no presente ensaio.

O ministro também se pronunciou em uma ação ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde (CNSaúde), a ADIn 6.362. Nessa ação, a entidade requer que eventuais requisições de bens e serviços de hospitais e outras empresas privadas sejam coordenadas pelo Ministério da Saúde. Nesse caso, o ministro requereu informações ao Presidente da República e ao Ministério da Saúde, para julgar o mérito da ação e não apenas a liminar.

Aqui cumpre apontar o que essa autora, em publicação anterior, já alertava com alguns toques premonitórios quanto à situação que se estaria por desafortunadamente enfrentar, mormente no que diz respeito às tarefas que dizem respeito ao Estado:

Os alcances e limites do papel desempenhado pelo Estado e os fundamentos de sua legitimidade, bem como o alcance e os limites dos novos direitos, da gestão dos recursos públicos e de novos investimentos são alvo de intensa polêmica que demonstra (2011, p.856), em última instância, a existência de diferentes campos dentro da sociedade, onde cada um acredita que a sua visão, a sua ética, são universais e deverão acabar predominando (HOGEMANN, 2013, p. 107).

A Resolução 2156/16, do Conselho Federal de Medicina, estabelece critérios para a admissão/alta de paciente em unidade de terapia intensiva. Dentre as razões evocadas para sua edição, merecem destaque a orientação ética pela eleição dos cuidados paliativos como abordagem terapêutica adequada para os pacientes que se encontrem fora das possibilidades terapêuticas de cura, em detrimento da

denominada “obstinação terapêutica”, *sempre* tendo em consideração a vontade manifestada pelo paciente ou seus familiares³, a opção pelo atendimento com pacientes que tenham “probabilidade de sobrevida e recuperação” como elemento definidor dos objetivos da Unidade de Terapia Intensiva⁴ e a necessidade de regulamentação, de modo a otimizar a utilização dos leitos disponíveis⁵.

A evolução da pandemia da COVID-19 tem posto à prova sistemas de saúde de todo o mundo. A dramaticidade das imagens noticiadas diariamente ilustra, por si só, o desafio que os diversos países enfrentam para garantir suporte à demanda por atendimento médico-hospitalar e, nos quadros mais graves, de mecanismos de suporte vital e respiratório oferecidos pelas Unidades de Terapia Intensiva.

No Brasil, se ao tempo da elaboração desse texto, as medidas de isolamento social têm retardado, de algum modo, a curva de crescimento da doença; as pressões do representante do governo federal para seu relaxamento, motivadas por temores relativos à ordem econômica, bem como a notória e histórica precariedade das unidades de saúde pública, despertam temores e projeções funestas quanto a instauração de uma crise sanitária sem precedentes. De todo modo, em 13 de abril de 2020,

³ RES. 2156/16, CFM: “CONSIDERANDO que, nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal” (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=138&data=17/11/2016>. Acesso em: 04.04.2020).

⁴ RES. 2156/16, CFM: “CONSIDERANDO que os serviços de tratamento intensivo têm por objetivo prestar atendimento a pacientes graves e de risco, com probabilidade de sobrevida e recuperação, que exijam assistência médica ininterrupta, além de recursos tecnológicos e humanos especializados”; (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/11/2016&jornal=1&pagina=139&totalArquivos=148>. Acesso em 04.04.2020).

⁵ RES. 2516/16, CFM: “CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação e implementação das unidades de cuidados intermediários (semi-intensivas) e paliativos para melhor utilização dos leitos de unidade de terapia intensiva” (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/11/2016&jornal=1&pagina=139&totalArquivos=148> . Acesso em 04.04.2020).

os casos confirmados são da ordem de 23.430; os óbitos confirmados, 1.328 (5,7%); os óbitos novos, em 24h, 105. De todo modo, em 11 de abril de 2020 os casos oficialmente registrados de contaminados eram 20.727 e os óbitos, 1.124. Sem contar com o fato das reconhecidas subnotificações e dos mais de 25,2 mil testes aguardando resultado. Requisição de leitos hospitalares da rede privada, objetivamente, não se tem notícia disso, enquanto as mortes seguem aumentando por todos os quadrantes das regiões do país.

Nesse momento, diante de tão dantesco quadro, seria interessante vislumbrar as posições daqueles juristas e políticos que defendem pontos de vista inequivocamente neoliberais conservadores (sobretudo se considerarmos a ótica de uma interpretação constitucional que tenha por meta básica a garantia do *status quo* antissocial), questionam o caráter “dirigente” da nossa Constituição brasileira e criticam de um modo contundente a “inflação de direitos” e, em particular, a extensão de certos direitos fundamentais — entre os quais se destacaria o direito à saúde —, sugerindo de forma velada ou aberta o retorno a um regime de garantia quase limitada das liberdades individuais.

Em contraposição a tais posições político-ideológicas surgem doutrinadores a sustentar pontos de vista qualificáveis como socialmente progressistas, os quais insistem em lamentar a ausência de efetivação dos direitos fundamentais em nossa sociedade e, em especial, do direito universal à saúde já constitucionalmente consagrado; estes mal se esforçam por pensar, diversamente do que buscamos aqui propor, um caminho alternativo que contribua para reverter tal situação, aprisionados que estão à teoria liberal dos direitos fundamentais.

Se, de um lado, a universalidade do acesso foi assegurada no Brasil pela constituição de 1988 e foi possível definir-se a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS), o cidadão brasileiro se tem deparado com um sem-número de problemas que comprometem o bom desempenho do SUS. Diante de uma conjuntura em que se mostra deficiente o número de médicos disponíveis para garantirem a atenção à saúde

de brasileiros pertencentes a camadas sociais mais pobres e à própria classe média (cada vez mais dependente dos serviços prestados pelos hospitais e postos vinculados ao SUS), bem como escasseiam recursos para desenvolver as ações e serviços de saúde, ocorre o surgimento dos planos de saúde privados, hoje em franca expansão, um processo de mercantilização da saúde brasileira, mas que na atual conjuntura de pandemia, sequer estão a dar conta da demanda.

Conclusão

Como observado no presente ensaio, o direito à saúde é um direito social fundamental, não sendo possível negar seu caráter de fundamentalidade, em razão da própria Constituição Federal, em especial, do que dispõe o art. 196 da nossa Carta Magna. Assim, os direitos sociais são direitos fundamentais, tanto pelo prisma formal ou material analisado, sendo que a fundamentalidade material encontra seu núcleo no princípio da dignidade humana, conforme depreende o sistema constitucional brasileiro e, como direito fundamental, além de uma dimensão subjetiva, possui uma dimensão objetiva, que se irradia a todo o ordenamento jurídico, sendo, por conseguinte, um dos fundamentos de sua vinculação às relações entre os particulares.

É possível através de uma interpretação dos dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional à luz do direito fundamental social a saúde, a tutela jurisdicional para acesso à saúde, numa aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, sempre que o particular ou o próprio legislador constitucional violarem o limite do mínimo existencial do direito fundamental à saúde, num posicionamento de aplicação direta dos direitos fundamentais sociais, baseado no art. 5, §1º da CRFB. Afinal a saúde não pode ser vista como mera mercadoria, para além de custos e lucros, pois se trata do direito subjetivo à vida digna, que deve ser garantido na persecução do ideal democrático.

Quanto ao modo que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais sociais ocorre, sustenta-se a posição que acredita ser através de uma ponderação, pois os direitos sociais prestacionais tem certos limites de eficácia, limites ligados diretamente à dignidade humana.

E, assim, tratando-se de contratos com operadoras de planos de saúde, sempre que ele versar sobre um direito vinculado a esse mínimo existencial há de se reconhecer sua aplicabilidade direta, inconteste, aos particulares e incidência imediata nas relações que travam entre si. Deste modo, sempre que forem colidentes os interesses contratuais das operadoras de planos de saúde e seus consumidores, o Judiciário deverá analisar se tais colisões esbarram no valor maior da vida, da dignidade do ser humano e esbarrando, resultar-se-á na prevalência do direito prestacional à saúde, ou seja, deverá ser tutelado o direito subjetivo à prestação, mas, entretanto, no que for além desse mínimo essencial, tem-se, tão somente um direito *prima facie* a ser perseguido, ponderado entre os demais direitos fundamentais em jogo. Crê-se que a opção por uma teoria estanque está fadada ao insucesso, pelo menos na sua dimensão prática.

Haverá, assim, uma ponderação, uma proporcionalidade a ser equalizada pelo Estado quando o direito do particular for conflitante com outras normas constitucionais. Bem, como, em relação aos particulares, especificamente analisado neste estudo, a garantia do direito fundamental ensejaria a decretação de nulidade de cláusulas contratuais que ultrapassem o limite da dignidade humana, privando o consumidor do mínimo indispensável para concretização do seu direito fundamental à saúde, como no cenário hoje vivenciado de pandemia.

Assim, se faz necessário garantir a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, não somente em face dos Poderes Públicos, mas, também, dos “poderes privados” para que o princípio da dignidade humana não fique “esvaziado” nas relações entre os particulares. Acredita-se na aplicação de uma eficácia direta *prima facie*, pois a

intensidade desta vinculação aquém do essencialmente considerado, na prática, depende da análise casuística. A participação do Poder Judiciário ocorrerá, desse modo, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, não, obviamente, somente através de interpretação e densificação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados à luz do texto constitucional, mas sempre que houver omissão legislativa, ou quando a lei violar, em determinadas situações, direitos fundamentais.

Referências

ALÉXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático. **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, V. 5. Porto Alegre, 1999, p. 267-279.

ALÉXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Coleção: *El derecho y La justicia. Centros de estudios políticos constitucionales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid. 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 44 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos**. 16 de Julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

BRASIL, **18 de Setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

BRASIL, **Constituição da República**. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf196a200.htm>. Acesso em 12 de dezembro de 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do. 15 de março de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2012.

BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

DERBLI, Felipe.. “A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro”, *in*: **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coord.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Lúmen Juris Editora, 2010, p.343 a 382.

HOGEMAN, Edna Raquel Rodrigues dos Santos. **Conflitos Bioéticos**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

MÂNICA, Fernando Borges. **Saúde: um direito fundamental social individual**. Disponível em: <<http://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2010/08/Sa%C3%BAdo-um-direito-fundamental-social-individual.pdf>>. Acesso em: 10 /03/2013.

MATHEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas. O caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre. 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integridade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cebes.org.br%2Fmedia%2FFile%2Fdireito%2520sanitrio%2FDireito__sade_universalidade_integralidade.doc&ei=M2PTUPDSNZK29gTToYDwAw&usq=AFQjCNGzNuzMiZdkDt8vIC25zwN8UAzh_g&bv=bv.1355534169,d.eWU>. Acesso em: 12 /02/ 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil**. Exposição conferida no I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, que ocorreu nos dias 18 e 19 de novembro de 2010, em São Paulo. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/forum_saude/iws_mff_direito_a_saude_%20final%2027%2011%2010.pdf, acesso em 26.02.2013.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Rev. Direito Sanit.**, São Paulo, v. 9, n. 2, out. 2008 . Disponível em http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792008000200007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 2 abr 2020.

A Convenção do Direito da Criança no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Guilherme Sandoval Góes¹

Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva²

Resumo

O presente artigo tem a pretensão de examinar a conexão epistemológica entre a Convenção do Direito da Criança e o ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de aperfeiçoar o sistema protetivo brasileiro relativo aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Isto significa dizer que a busca pela proteção da criança e do adolescente deve ser feita a partir da harmonização entre a jurisdição interna e a jurisdição internacional, como meio capaz de projetar o sistema jurídico brasileiro na direção da proteção metaconstitucional dos direitos humanos. E, estabelecer os efeitos da Emenda Constitucional 45/2004, face a incorporação de tratados e convenções internacionais, com a inclusão do parágrafo 3º ao art. 5º da CRFB, refletindo sobre os Direitos Humanos e analisar o debate da redução da maioria penal à luz da Constituição Federal.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; cláusula de abertura da constituição; proteção internacional da criança.

¹ Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA. E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

² Defensora Pública de 2º Grau de Jurisdição do Estado do Rio e Janeiro; Doutora pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ na área Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade, linha de pesquisa Direito Civil; Doutora pelo Programa de Pós-Graduação da Universidad del Museo Social Argentino; Professora Adjunta da Graduação e da Pós-Graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente da Faculdade de Direito da UERJ; e ex-Professora da Graduação/EAD da UNESA, em Direito da Criança e do Adolescente, por 17 anos e experiência de mais de 10 anos em EAD. E-mail: zagaglia_uerj@yahoo.com.br

Abstract

This article intends to examine the epistemological connection between the Convention on the Rights of the Child and the Brazilian legal system, in order to improve the Brazilian protective system concerning the fundamental rights of children and adolescents. This means that the pursuit of the protection of children and adolescents should be based on the harmonization between domestic and international jurisdiction, as a means to project the Brazilian legal system towards metaconstitutional protection of human rights. And, establish the effects of Constitutional Amendment 45/2004, in view of the incorporation of international treaties and conventions, with the inclusion of paragraph 3 to art. 5 of the CRFB, reflecting on Human Rights and analyzing the debate on the reduction of criminal age in the light of the Federal Constitution reflecting on Human Rights and analyzing the debate on the reduction of criminal age in the light of the Federal Constitution.

Keywords: Neoconstitutionalism; opening clause of the constitution; international child protection; human rights; debate on the reduction of criminal age in the light of the federal constitution.

Introdução

Em tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito é deslocar para a centralidade do regime jurídico de proteção dos direitos humanos o diálogo epistemológico entre a jurisdição interna e a jurisdição internacional.

Com efeito, a evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos perpassa necessariamente pela conexão entre essas duas ordens jurídicas: a dimensão interna (máxime com a ideia de supremacia da Constituição) e a dimensão metaconstitucional (máxime com a consolidação dos tratados internacionais sobre direitos humanos).

Com tal tipo de intelecção em mente, é possível buscar o aperfeiçoamento da proteção jurídica de direitos humanos, que deve se mover na direção de um marco legal mais sofisticado e que seja coerente - a um só tempo - com a normatividade internacional e o sentimento constitucional de justiça. É nesse sentido que o estudioso dos direitos humanos, independentemente de ser constitucionalista ou

internacionalista, deve ser capaz de captar a conexão epistemológica existente entre a proteção constitucional de direitos fundamentais do Estado Democrático brasileiro e a proteção dos regimes jurídicos de tutela metaconstitucional de direitos humanos.

Em consequência, há que se harmonizar a proteção da lei brasileira, focada na proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com os tratados internacionais de direitos humanos, notadamente o Pacto de São José da Costa Rica, cujo *status* normativo é de supralegalidade. Isto significa dizer que a efetividade ou eficácia social dos direitos da criança e do adolescente deve ser aferida a partir da proteção que cada um desses diferentes paradigmas protetivos proporcionam, quais sejam a Convenção do Direito da Criança e a Constituição de 1988.

Ora, é preciso compreender que tanto a proteção constitucional assegurada pelo Estado de Direito quanto a proteção global prevista na Convenção Internacional dos direitos da infância, tratado mais ratificado na história, constituem o regime jurídico de tutela da criança e do adolescente no Brasil. Colima-se, portanto, nesse trabalho acadêmico, analisar a internalização dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, notadamente após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que introduziu o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição de 1988.

A ideia aqui é ir para além dessa proteção constitucional dos direitos fundamentais (neoconstitucionalismo), navegando em direção à proteção transnacional dos direitos humanos (metaconstitucionalismo) a partir de exegese progressista da assim chamada cláusula de abertura da Constituição, insculpida no artigo quinto, parágrafo segundo, da nossa Carta Ápice. De tudo se vê, por conseguinte, a relevância científica da presente investigação acerca da dimensão metaconstitucional de direitos humanos, mormente em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, onde, infelizmente, existem muitas pessoas vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que necessitam de proteção especial, como é o caso das crianças e adolescentes.

Eis aqui a razão pela qual o presente artigo pretende caminhar para além da proteção constitucional dos direitos fundamentais para alcançar o patamar mais elevado da proteção metaconstitucional, cuja dinâmica empresta força normativa para os tratados internacionais sobre direitos humanos. Dessarte, será possível criar as bases epistemológicas de um novo paradigma, agora, dito, Estado Metaconstitucional de Direito, que se colocará lado a lado com o Estado Neoconstitucional de Direito. A questão controvertida que se impõe no debate é, de um lado, o conflito entre a eficácia formal de um tratado internacional em matéria de direitos humanos, o qual pela redação da EC 45, Parágrafo 3º, esta submete os direitos humanos fundamentais a uma mera faculdade do Estado de submeter o seu conteúdo inafastável e de aplicabilidade imediata a um *quorum* de aprovação; por outro lado, a supressão da fundamentação material que é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais).

É esta eficácia material do conteúdo da experiência jurídica contida nos tratados de direitos humanos que, por força ética, são vinculantes. A legitimação material da constituição vai também exigir um parâmetro material que é medido exatamente pela dimensão substancial da própria democracia. O Brasil está vinculado ao chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos e devemos compreender que a dimensão deste compromisso é a de expandir valores de dignidade humana. O país adquiriu obrigações, entre elas, a estruturação de seu sistema de normas internas voltadas a implementar o objeto da regulação internacional em seus objetivos constitucionais.

Por isso, quando analisamos a Emenda Constitucional 45, devemos também analisar seu objetivo intrínseco: atribuir aos tratados e convenções que versam sobre direitos humanos uma hierarquia de norma constitucional. Este objetivo só pode ser cumprido na medida em que amplia direitos e, ao mesmo tempo, propicia e estimula uma abertura constitucional à normatividade internacional. Este é o sentido da ampliação constitucional que incorpora preceitos garantidores de direitos fundamentais.

Assim, a priorização do aspecto formal de submissão ao *quorum*, ou seja, a eficácia do conteúdo da norma internacional de direitos humanos, uma vez condicionada a uma faculdade da autoridade legislativa, em detrimento do caráter crítico em relação ao próprio objeto da matéria, parece subverter não somente os direitos, mas também o próprio método democrático. É por isso que uma hermenêutica constitucional adequada ao Estado Democrático de Direito não pode ser aquela que enfraquece o sistema efetivo da proteção internacional dos direitos humanos, cabendo ao intérprete disciplinar não apenas formas de produção jurídica como também os significados normativos produzidos. Desta maneira, o constitucionalismo levado a sério visa buscar tanto na ciência jurídica como na jurisprudência uma função de promoção da completude do direito em relação aos direitos humanos e fundamentais (FERRAJOLI, 2006).

O direito à proteção da criança e do adolescente e a interpretação da cláusula de abertura da Constituição.

Em essência, o Estado Democrático de Direito busca garantir o direito à proteção da criança e do adolescente, previsto no *caput* do artigo 6º da Constituição de 1988, que tem, indubitavelmente, jusfundamentalidade material, mormente quando se tem em conta a regra estabelecida no artigo 227, cuja dicção legal estabelece que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, 2019).

Com efeito, tal proteção está inserida dentro do arquétipo neoconstitucional da *proteção integral da criança e do adolescente*,

ensejando a formulação de políticas públicas afirmativas que garantem a eficácia positiva de tais direitos fundamentais. Observe, com atenção, que o §1º, do artigo 227, da CRFB/88, determina que “o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos”.

Observe, com a devida agudeza de espírito, que o eixo fundante do arquétipo constitucional da proteção integral da criança e do adolescente reside na tríade protetiva, a saber: a) a criança e adolescente como pessoas humanas em desenvolvimento, b) o valor de perpetuação da espécie humana, c) a situação de vulnerabilidade especial das crianças e adolescentes. Em consequência, tal arquétipo constitucional reafirma a necessidade de garantir a todas as crianças e adolescentes o gozo e pleno exercício dos direitos fundamentais comuns a todas as pessoas, em especial, as condições reais para o seu desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social).

E assim é que, com espeque no próprio texto constitucional, o Estado Neoconstitucional de Direito deve garantir a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil, bem como na criação de programas de prevenção e atendimento especializado para a integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, no seu artigo 7º, dispõe que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Eis aqui o novo eixo hermenêutico-axiológico do Estado Democrático de Direito, qual seja: a garantia da dignidade da pessoa humana, mormente das crianças e adolescentes.

Sob a égide da reconstrução neoconstitucionalista do direito, a omissão inconstitucional do legislador democrático no que tange à formulação de políticas protetivas da pessoa até doze anos de idade incompletos (criança), bem como da pessoa entre doze e dezoito anos de idade (adolescente), suscita e legitima o protagonismo do Poder Judiciário a partir do ativismo judicial. Entretanto, é importante destacar que é próprio ECA que estabelece que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes.

De acordo com o parágrafo único, do art. 4º, do ECA, a garantia de prioridade compreende, dentre outras, a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Com a devida atenção, o leitor haverá de concordar que a efetividade dos direitos fundamentais sociais da criança, do adolescente e do jovem não se dá exclusivamente no âmbito jurídico, mas, também, no plano da formulação de políticas públicas em geral nas áreas da geopolítica, cultura, economia, educação, psicanálise, dentre outras.³

³ Ainda no plano infraconstitucional, o ECA enumera, em seu artigo 208, os direitos assegurados à criança e ao adolescente, a saber: ensino obrigatório; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; ensino noturno regular, adequado às condições do educando; programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; acesso às ações e serviços de saúde; escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade; de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes e programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção. Tal rol de direitos não é taxativo, na medida em que não excluem outros direitos individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência.

É nesse sentido que se pode destacar que um dos grandes pilares de sustentabilidade do Estado Democrático de Direito é o princípio da separação de poderes, na medida em que, juntamente com a proteção dos direitos fundamentais, formam a base do constitucionalismo democrático. Portanto, em regra, ao juiz, não lhe é dado intrometer-se na esfera do processo político, agindo positivamente na definição e na formulação de políticas públicas.

No entanto, no âmbito do arquétipo constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, a omissão inconstitucional do legislador democrático na formulação de políticas públicas protetivas no Brasil alcança níveis elevados, daí a relevância do ativismo judicial na garantia de tais direitos. Tal fato, muitas vezes, legitima a criação jurisprudencial do direito que deve se mover na direção das reivindicações da comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle (1997).

Do ponto de vista exegético, o fenômeno do ativismo judicial cria as bases do Estado Metaconstitucional de Direito, uma vez que permite incorporar na equação constitucional a proteção internacional dos direitos humanos. Como dito alhures, o grande desafio do neoconstitucionalismo é estabelecer o encontro epistemológico entre a normatividade internacional e a ordem interna, notadamente na proteção da criança e adolescente. Há um vasto rol de normas internas e internacionais que podem perfeitamente ser harmonizadas.

Em regra geral, considerando o direito interno e as regras internacionais de proteção da criança e do adolescente é possível identificar:

a) no *plano interno*, os artigos 227 e 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90);

b) na *esfera internacional*, destacam-se: a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), O Pacto de San José da Costa Rica (1969), As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, ou “Regras de Beijing” (1985),

As Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (1990) e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da delinquência juvenil, ou “Diretrizes de Riad” (1990), dentre outros.

É nesse sentido que os tratados de direitos humanos, seja das Nações Unidas, seja dos Organismos regionais, não devem ser interpretados de forma fragmentada, mas, sim, relacionados com as diferentes ordens constitucionais.

Ao contrário, no direito brasileiro, desponta a importância da **cláusula de abertura da Constituição** (art. 5º, §2º, da CRFB/88) que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Eis aqui estampada com todas as letras um dos principais instrumentos jurídico-hermenêuticos do Estado Democrático de Direito e que faz com que a Constituição respire (Canotilho), na medida em que revela a dimensão dinâmica do catálogo jusfundamental do cidadão brasileiro, responsável pelo seu constante processo de aperfeiçoamento e evolução.

Com espeque no conceito de cláusula de abertura da Constituição, a cada dia que passa novos direitos fundamentais são incorporados ao catálogo jusfundamental do cidadão comum brasileiro, advindos do regime (republicano, federativo, presidencialista e democrático), dos princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, ampla defesa e contraditório, Estado Democrático de Direito, legalidade etc.) e dos tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte (Pacto de San Jose da Costa Rica, Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e muitos outros).

Com efeito, a cláusula de abertura, prevista no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, projeta a imagem de um “conceito materialmente aberto de direitos fundamentais”, dentro do sistema constitucional pátrio, na medida em que autoriza o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, não positivados, que dimanam diretamente de outras partes do texto constitucional positivado (regime e princípios constitucionais),

bem como de tratados internacionais, concebendo um sistema protetivo dinâmico em constante movimento e criando um espaço jurídico crescente de direitos fundamentais não-escritos, implícitos e decorrentes do regime e dos princípios da Constituição e dos tratados internacionais sobre direitos humanos (GÓES; MELLO, 2018, p.436).

Antes de 2004, data da promulgação da EC n. 45/04, existiam duas posições sobre a interpretação da cláusula de abertura da Constituição. Para Bernardo Gonçalves Fernandes:

uma pléiade de internacionalistas, entendiam à luz do art. 5º, §2º, da CR/88, que determinados tratados internacionais, mormente os relativos a direitos humanos, deveriam adentrar em nosso ordenamento como normas constitucionais. Já outros juristas e cientistas do direito advogavam com base em pressupostos filiados ao princípio da soberania nacional (ou o princípio da supremacia da Constituição, entre outros) que qualquer tratado internacional deveria entrar em nosso ordenamento como lei ordinária (FERNANDES, 2013, p. 458).

Nesta mesma linha de pensamento, André Ramos Tavares destaca que:

havia franca guerra doutrinária entre os que defendiam a equiparação dos tratados sobre direitos humanos às normas constitucionais e aqueles que encabeçados pelo STF, ao contrário, submetiam-nos à Constituição brasileira, encartando-os no mesmo patamar hierárquico da legislação ordinária” (TAVARES, 2013, p. 410).

Observe, com atenção, que, a partir de interpretação mais favorável aos direitos humanos, parte da doutrina pátria, notadamente os autores internacionalistas, começaram a edificar a tese do metaconstitucionalismo, cuja dinâmica projeta a supremacia dos tratados internacionais sobre direitos humanos em relação ao direito interno. Neste mesmo diapasão, a lição do saudoso mestre Celso Duvivier de Albuquerque Mello, um dos mais ilustres jus internacionalistas do Brasil, quando defendia a

tese da supraconstitucionalidade, seguido de perto, porém, de modo mais brando, pelos doutrinadores Antonio Celso Alves Pereira, Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, que preferiram adotar a **tese da constitucionalidade** dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em essência, a corrente defensora da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos argumentava que a cláusula de abertura da Constituição, prevista no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, já autorizava expressamente a constitucionalização dos direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, independentemente de terem sido aprovados pela maioria simples do Decreto Legislativo do Congresso Nacional.

Em suma, de tudo se vê, por conseguinte, que a interpretação da cláusula de abertura da Constituição é tema fundante da evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, uma vez que pode contribuir para o aperfeiçoamento da efetividade ou eficácia social dos direitos fundamentais a partir da leitura axiológica da Constituição. Ou seja, é a estrutura aberta dos princípios constitucionais o ônibus que conduz a construção de novas fórmulas hermenêuticas capazes de realizar o sentimento constitucional de justiça e de harmonização com a normatividade internacional.

A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no atual contexto constitucional brasileiro

Tema de particular importância no estudo dos direitos humanos é aquele relacionado à posição hierárquica que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ocupam em nosso ordenamento jurídico.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos surgiram inicialmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, em 1945, com o objetivo de garantir a proteção de direitos por todas as nações do globo. É neste contexto que aparecem, sob os auspícios da Organização das Nações

Unidas (ONU), diversos tratados, *e.g.*, Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Convenção relativa aos Direitos da Criança (1990). É nesse mesmo diapasão que surgem, também, os mecanismos regionais de proteção aos Direitos Humanos, como, por exemplo, o tão prolapado Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, em 1992.

Com isso, paulatinamente, a legislação internacional de direitos humanos começa a ganhar força normativa em termos de proteção jurídica, complementando dessarte o sistema protetivo nacional estabelecido internamente pela Constituição de 1988, especialmente em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Há, portanto, uma dupla proteção aos direitos humanos, que serão garantidos tanto por fontes de direito interno (sistema protetivo de direitos fundamentais) quanto por fontes de direito internacional (sistema protetivo de direitos humanos).

A questão que se impõe é saber como tais tratados internacionais de direitos humanos serão incorporados no ordenamento jurídico brasileiro a partir da emenda constitucional n. 45 de 2004, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição de 1988.

De acordo com Valerio Mazzuoli, “[...] a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. Com isso, tal emenda constitucional inovou a ordem jurídica, na medida em que incorporou ao direito brasileiro um novo tipo de controle acerca da compatibilidade vertical da normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. Na visão do autor, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”,

deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.” (MAZZUOLI, 2011, p. 73).⁴

Dessa forma, o controle da compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direitos humanos requer um estudo mais aprofundado a partir da emenda constitucional n. 45 de 2004, que introduziu o parágrafo terceiro ao artigo quinto da nossa Carta Ápice.

Em linhas gerais, existem quatro grandes possibilidades para estabelecer a posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos em face das normas constitucionais de direito interno, a saber:

a) Os tratados internacionais terão natureza **supraconstitucional**, ou seja, estarão acima da própria Constituição de um determinado país;

b) Os tratados internacionais terão natureza **constitucional**, o que significa dizer que serão considerados equivalentes às emendas à Constituição;

c) Os tratados internacionais terão natureza **supralegal**, ocupando um patamar intermediário entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, ou seja, serão colocados abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias e complementares; e

d) Os tratados internacionais terão natureza **legal**, sendo considerados equivalentes às leis ordinárias (GÓES; MELLO, 2018, p. 443).

⁴ De acordo com Mazzuoli, “a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno.” (MAZZUOLI, 2009, p.115).

Tais posições retratam fielmente o grau de internacionalização da proteção dos direitos humanos, partindo-se de uma posição mais elevada de supraconstitucionalidade (metaconstitucionalidade ou transconstitucionalidade) até chegar à posição mais tímida, que equipara tais tratados às leis ordinárias de um determinado País.

A posição do Brasil evoluiu em termos de proteção internacional dos direitos humanos a partir de 2004, com a promulgação da EC n. 45/2004, na medida em que já se admite a equiparação às emendas constitucionais. Com efeito, antes de 2004, o Brasil adotava a **tese da hierarquia legal** dos tratados internacionais, que os equiparava a lei ordinária. Essa era a posição reconhecida pelo órgão de cúpula do País, o Supremo Tribunal Federal (STF).⁵

Portanto, antes de 2004, no Brasil, a recepção ou internalização de um determinado tratado ou convenção internacional, como, por exemplo, a *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos* foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi internalizada como lei ordinária segundo a interpretação do STF da época.

Observe, com atenção, que o tratado internacional internalizado dessa maneira assumia o *status* de **Lei Ordinária**, exatamente porque seu ato de aprovação era um **Decreto Legislativo**, cujo procedimento formal de aprovação segue o rito previsto no art. 47, da Constituição de 1988, que é o mesmo regramento para aprovação das leis ordinárias. Daqui se extrai a antiga posição do STF que entendia, antes de 2004, que os tratados internacionais aprovados dessa forma (internalização convencional desde sempre adotada pelo Brasil) seriam equivalentes às leis ordinárias.

Como já dito alhures, a questão que agora se impõe é saber a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos que forem ou não forem aprovados nos termos do regramento insculpido

⁵ Com efeito, no julgamento do RE 80.004/SE, ocorrido no ano de 1977, ficou decidido que os tratados internacionais podem ser revogados por leis ordinárias federais, o que significa dizer que o Brasil, a partir daquele ano, adotou a tese da natureza legal para fins de definir a posição hierárquica de um tratado internacional frente ao direito interno. Não havia, à época, qualquer distinção entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e outros tratados internacionais.

no art. 5º, §3º, da Carta Magna? Haveria uma nova modalidade de internalização de tratados específicos de direitos humanos? Qual seria a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos a partir da Emenda Constitucional de 2004?

Observe, com muita atenção, que com o advento da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição de 1988, reza:

CRFB/88, art. 5º, §3º. “Os tratados e convenções internacionais que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Realmente, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados de direitos humanos podem ser recebidos em nosso ordenamento jurídico como normas constitucionais, caso sigam o procedimento legislativo de aprovação das emendas constitucionais, nos termos do §3º, do art. 5º, da CRFB/88. Um exemplo de tratado internacional que foi aprovado nos moldes desse novo dispositivo constitucional é o que consta do Decreto nº 6.949, de 25.8.2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O advento da EC 45/2004 modificou o procedimento e a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, cuja praxe brasileira, desde o ano de 1825, equiparava-os às leis ordinárias. No entanto, agora, a questão é totalmente diferente e muito mais complexa.

Um primeiro questionamento que surge é: qual é a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004?

Tal questão é juridicamente relevante porque, entre a promulgação da Constituição de 1988 e a promulgação da Emenda Constitucional

nº 45 de 2004, o Brasil ratificou vários tratados internacionais de direitos humanos, tais como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1992), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992) e muitos outros.

Após análise pelo STF, ficou entendido que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004 não são equivalentes às emendas constitucionais e nem equivalentes às leis ordinárias; seriam consideradas **normas supralegais**, vale dizer normas situadas abaixo da Constituição, porém, acima das normas infraconstitucionais (leis ordinárias ou complementares).

Portanto, entendeu a jurisprudência do STF que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional de 2004, e não submetidos ao processo legislativo mais rigoroso de aprovação das emendas constitucionais no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais, daí seu *status* normativo de supralegalidade.

O segundo questionamento que se impõe é: qual é a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados depois da promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004, mas, que não seguiram o processo legislativo mais rigoroso das emendas constitucionais?

Tais indagações foram respondidas pelo STF no julgamento do RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, com base no entendimento do ministro Gilmar Mendes, que ventilou a **tese da supralegalidade**. Com isso, os tratados internacionais de direitos humanos, subscritos pelo Brasil e não aprovados pelo regramento formal das emendas constitucionais possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, surgindo daí a possibilidade de controle de convencionalidade de normas infraconstitucionais. Ou seja, os

tratados internacionais de direitos humanos aprovados após a EC 45/2004, mas, que não passaram pelo procedimento das emendas constitucionais, serão considerados normas supralegais (GÓES; MELLO, 2018, p. 452).

Por conseguinte, resta indubitável a exegese que imprime o *status* normativo de supralegalidade aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que foram aprovados com maioria simples depois da EC 45/2004. Com isso, tais tratados recebem o mesmo signo normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados com maioria simples antes da EC 45/2004.

Com isso, os tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados pelo mesmo processo legislativo das emendas constitucionais, antes ou depois da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam posição hierárquica especial no ordenamento jurídico, que os posiciona acima das normas infraconstitucionais. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor fundante no contexto de proteção dos direitos da pessoa humana.

De qualquer forma, o direito constitucional não fica impedido de submeter as leis infraconstitucionais ao exame de compatibilidade vertical com os tratados anteriores à mudança constitucional de 2004, como, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica, conferindo-lhes *status* de norma supralegal, paradigma de referência para o controle de convencionalidade.

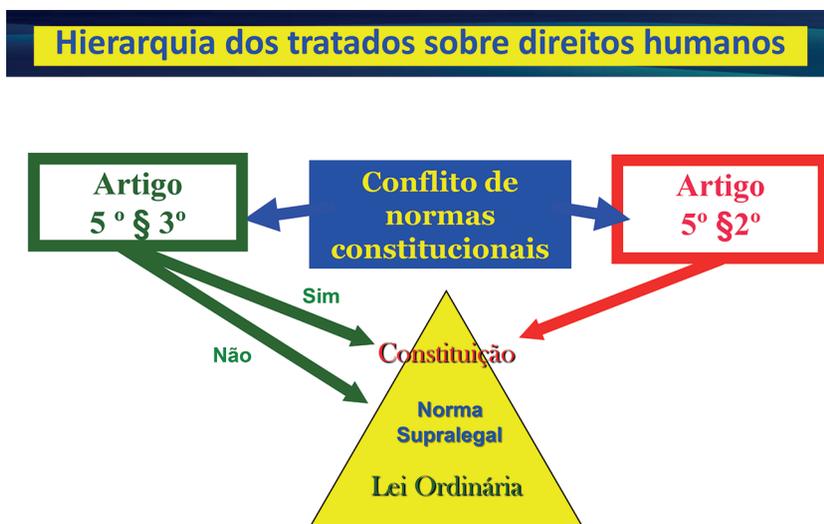
Em suma, pode-se afirmar que a hierarquização dos tratados internacionais de direitos humanos ocorre da seguinte forma:

a) os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos posteriores à promulgação da Emenda Constitucional n.45 de 2004 que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. de acordo com a redação do artigo 5º, §3º, da CRFB/88.

b) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário (artigo 47 da CRFB/88) ⁶, antes ou depois da Emenda Constitucional n. 45, terão status de norma supralegal, situando-se, pois, acima das leis infraconstitucionais, mas abaixo das normas constitucionais.

c) tratados e convenções internacionais que não versem acerca dos direitos humanos serão tratadas no Brasil com força de lei ordinária.

Veja a figura abaixo que sintetiza toda essa complexa teorização acerca da hierarquia dos tratados internacionais no âmbito do direito constitucional brasileiro.



Fonte: GÓES; MELLO, 2018, p. 454.

Observe com atenção que os diplomas do sistema interamericano de direitos humanos têm no direito brasileiro *status* de supralegalidade. Dentre esses tratados, cabe por em destaque a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo (2007), que até o presente momento foram os únicos documentos internacionais aprovados

⁶ CRFB/88 - **Art. 47**. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

sob o rito do art. 5º, §3º, da CRFB/88, nos termos do Decreto Legislativo nº 186/2008, com promulgação através do Decreto nº 6.949/2009.

No que diz respeito ao Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, seguindo o raciocínio trazido até aqui, fica também evidente a impossibilidade de redução da maioridade penal. Entendemos que a Convenção sobre Direitos da Criança, adotada pela Resolução I.44 (XLIV), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, foi incorporada na Constituição Federal, pelo artigo 228. O sistema normativo global de proteção aos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas se integra com outros instrumentos de alcance geral e coexiste com os sistemas especiais como uma proteção complementar, assim como os sistemas normativos regionais. Cabe dizer que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos encontram interação, justamente, no Parágrafo 2º do Artigo 5º da CF, o qual atribui aos direitos internacionais uma natureza especial de norma constitucional.

Desta forma, a exegese do Parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, incorpora o texto internacional sobre os direitos da criança e traz em seu conteúdo intrínseco que a adoção da idade de 18 anos como um padrão internacional. Foi este conteúdo, a definição da idade penal, justamente, o que se tornou uma norma constitucional, que estabeleceu o limite temporal para proteção integral da criança e adolescente. Esta Convenção sobre Direitos da Criança foi aprovada pelo Decreto Legislativo 28 de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990. Resta, então, a discussão sobre o marco temporal de 18 anos de proteção integral à criança e adolescente ser ou não uma cláusula pétrea.

O artigo 60 Parágrafo 4º prevê, claramente, os limites do poder de legislar, vedando a deliberação do Congresso Nacional por Emenda Constitucional que pretenda abolir direito ou garantia individual. Neste sentido, entendemos que a idade penal de 18 anos é um direito individual do jovem e uma cláusula pétrea, que, portanto, não pode ser objeto de deliberação.

A inimputabilidade do adolescente com dezoito anos incompletos foi constitucionalizada pelo artigo 228, mas queremos recorrer ao artigo 60, Parágrafo 4º para fundamentar a vedação de qualquer emenda constitucional que pretenda abolir direito ou garantia individual. Neste sentido, como já mencionamos, a idade de 18 é em si uma garantia individual do jovem e, desta forma, a redução da idade penal além de ser incompatível com a doutrina da proteção integral do jovem, viola princípios constitucionais e coloca o Brasil como descumpridor de compromissos internacionais. A diminuição da idade penal também esbarra em cláusulas pétreas, estas são consideradas como vedação material ao poder de legislar estabelecidas pelo constituinte originário, constituindo um núcleo constitucional contra majoritário, protegido da vontade arbitrária da maioria.

Conclusão

O presente trabalho acadêmico procurou analisar o perfil de evolução da proteção jurídica dos direitos humanos, bem como as relações epistemológicas entre o neoconstitucionalismo e a proteção internacional da criança e do adolescente.

Destarte, em um primeiro momento, investigou-se o direito à proteção da criança e do adolescente e a interpretação da cláusula de abertura da Constituição.

À guisa de ilustração, pareceu-nos útil apresentar o conceito de cláusula de abertura da Constituição, que advém do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, cuja dicção legal estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Eis aqui estampada com todas as letras o eixo jurídico-hermenêutico fundante do Estado Democrático de Direito e que faz com que a Constituição respire (Canotilho), na medida em que revela a dimensão dinâmica do catálogo jusfundamental do cidadão brasileiro.

Portanto, é correto assumir a visão de que a cláusula de abertura da Constituição, aqui vislumbrada como a cláusula que torna o sistema constitucional brasileiro aberto e dinâmico, é o elo que se apresenta para a consolidação do encontro epistemológico entre a normatividade internacional e a ordem jurídica interna. É nesse diapasão que o catálogo dos direitos fundamentais possui uma dimensão aberta, em constante mutação, que visa a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88), mormente das crianças e dos adolescentes.

Na sequência do trabalho, procurou-se demonstrar que a proteção à infância e à adolescência não pode ficar apartada da fase metaconstitucional dos direitos humanos, paradigma ainda em construção que impele o direito constitucional hodierno na direção do Estado Universal de Direito e da democracia cosmopolita. Urge, pois, fazer o reexame do constitucionalismo da pós-modernidade com ênfase na proteção da criança e do adolescente.

Na virada do século XX para o século XXI, desponta o controle de convencionalidade como o grande avisador de novos tempos para a efetividade dos direitos humanos a partir de um novo arquétipo constitucional de proteção integral da criança e do adolescente. É nesse diapasão que surge a relevância da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudioso dos direitos humanos do tempo presente tem a missão exegética de desvelar os princípios fundantes do metaconstitucionalismo, notadamente aqueles focados na proteção da dignidade da pessoa humana da criança e do adolescente. Nesse sentido, constatou-se as diferentes teses de incorporação de tratados internacionais no direito interno.

E assim é que, falar em defender a criança e o adolescente é concordar com a necessidade de harmonização entre essas duas ordens

jurídicas: a dimensão interna (máxime com a ideia de supremacia da Constituição) e a dimensão metaconstitucional (máxime com a consolidação dos tratados internacionais sobre direitos humanos). Com tal tipo de intelecção em mente, é possível buscar o aperfeiçoamento da proteção jurídica de direitos humanos, que deve se mover na direção de um marco legal mais sofisticado e que seja coerente - a um só tempo - com a normatividade internacional e o sentimento constitucional de justiça.

Ora, tanto a proteção constitucional, assegurada pelo Estado de Direito, quanto a proteção metaconstitucional, prevista nas convenções internacionais protetivas de direitos humanos, constituem o regime jurídico de tutela do cidadão comum. Eis aqui a última fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo pós-positivista: promover o encontro entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Enfim, duas grandes consequências surgem da harmonização de fontes e do controle de convencionalidade, quais sejam: a) a perspectiva exegética que ocorre quando a legislação interna se opõe à Convenção Americana ou à jurisprudência da Corte, devendo ser declarada inconveniente e, por via de consequência, expurgada do ordenamento jurídico constitucional e b) a perspectiva hermenêutica do ativismo judicial, que permite ao juiz local aplicar a lei doméstica à luz das normas da Convenção Americana, harmonizando os dois ordenamentos jurídicos. É exatamente nesse sentido que o metaconstitucionalismo busca promover a dignidade da pessoa humana como novo eixo axiológico do Estado Democrático de Direito, afastando-se, por via de consequência, da leitura positivista legalista.

Parece inexorável, portanto, a necessidade de harmonização das fontes internacionais e constitucionais no âmbito dessa reconfiguração do arquétipo de proteção integral da criança e do adolescente.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. I, 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional: uma introdução**. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo, 2013.
TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos**. Disponível em <https://sesi-jundiai.webnode.com/_files/200001427-d5bf6d6bb1/1%20série.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

ONU. **Convenção de direitos humanos (1969). Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

LOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Reflexões acerca da legitimidade das cláusulas pétreas. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. 2019. Disponível em <https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FredericoAugustoLeopoldinoKoehler/Reflexoes_RevSJPE_n1_2008.pdf> Acesso em 13 de outubro de 2019.

O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei N° 8.429/1992 pela Lei N° 13.964/2019

Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹

Resumo

Esse artigo tem como objetivo apresentar a evolução da legislação brasileira quanto a possibilidade de uso de meios consensuais em matéria de improbidade administrativa (Lei n° 8.429/92). Serão examinadas as ferramentas judiciais e extrajudiciais, a partir do estudo de todas as normas editadas sobre o assunto, até o advento do acordo de não persecução cível, introduzido em nosso ordenamento pela Lei n° 13.964/2019.

Palavras-chave: acordo; não persecução; improbidade; administrativa.

Abstract

This article aims to present the evolution of Brazilian legislation regarding the possibility of using consensual means in matters of administrative improbity (Law No. 8,429 / 92). Judicial and extrajudicial tools will be examined, from the study of all the rules published on the subject, until the advent of the civil non-prosecution agreement, introduced in our system by Law No. 13.964 / 2019.

Keywords: agreement; non-persecution; improbity; administrative.

¹ Promotor de Justiça e Assessor Internacional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, IBMEC e Estácio e Professor Emérito e Diretor Acadêmico da FEMPERJ. E-mail: humbertodalla@gmail.com

Em sua redação original, o art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92 vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações destinadas a se apurar a prática de ato de improbidade praticados por qualquer agente público.

Contudo como veremos a seguir, essa redação foi drasticamente alterada pela Lei nº 13.964/2019. Assim, o dispositivo passou a ter a seguinte dicção:

§1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

No entanto, antes de ingressar na temática do acordo de não persecução civil, é imprescindível, para entender melhor o cenário atual, fazer uma pequena digressão e examinar algumas outras leis que levaram, direta ou indiretamente, a essa radical mudança.

Nesse sentido, registre-se que a Lei de Mediação, no art. 36, §4º, abre a possibilidade de, “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz (...)”, o que jogou novas luzes sobre a redação original do art. 17, §1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Na verdade, antes mesmo da Lei de Mediação, diversos autores nacionais já se debruçaram sobre a questão do cabimento do acordo em matéria de improbidade, divergindo acerca de seu alcance e extensão².

Nesse sentido, parecia razoável sustentar que o que a lei quis rechaçar foram os acordos sobre os patamares sancionatórios dos atos praticados.

Como argumento de reforço, podia-se apontar, ainda, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei

² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Acordos Materiais e Processuais nas Ações Cíveis Públicas Fundadas Em Atos De Improbidade Administrativa In: Coletivização e Unidade do Direito*, Londrina: Toth, 2019, p. 283.

4657/42)³, inserido pela lei 13.655/18, que traz previsão geral de um compromisso de adequação ao direito público⁴.

Dizia-se, a propósito, que as recentes modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro teriam implicado a revogação da redação original do art. 17, §1º, já que a LINDB passou a prestigiar a eficiência administrativa, mediante ampla possibilidade de tomada de compromisso dos interessados (art. 26)⁵.

Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, os autores já vinham numa clara tendência de flexibilizar o conceito de indisponibilidade material do direito, o que vem ao encontro das considerações expostas⁶.

Após o advento da lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, a permissão de se firmar acordos de leniência parece apontar mais claramente à possibilidade de flexibilização da vedação original constada do art. 17, §1º⁷.

³ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

⁴ Enunciado nº 130 do V Fórum do Poder Público (Art. 26, LINDB). O art. 26 da LINDB prevê cláusula geral estimuladora da adoção de meios consensuais pelo Poder Público e, para sua aplicação efetiva e objetiva, recomenda-se a produção de repositório público de jurisprudência administrativa. (Grupo: Meios Consensuais e Poder Público). Enunciado aprovado no V Fórum do Poder Público. Disponível em http://www.pge.pe.gov.br/mobile.aspx?1608_enunciados_aprovados_no_v_forum_nacional_do_poder_publico_sao_publicados, acesso em 10 de dezembro de 2019.

⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e Arbitragem. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 192.

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

⁷ A Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 15 de junho de 2016.

A sistemática original da lei nº 12.846/2013 ainda foi modificada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. No que tange aos requisitos do acordo de leniência, foi eliminada a restrição que impunha que apenas poderia ser beneficiada a primeira pessoa jurídica a se manifestar sobre o interesse em cooperar, o que abria o caminho para que outras sociedades, que atuaram em conluio, também fizessem acordos.

Ademais, dispunha que o acordo também afastaria as sanções restritivas ao direito de licitar e contratar, não estando limitado àquelas previstas na lei nº 8.666/1993, o que permite que a pessoa jurídica continue a manter relações jurídicas com a pessoa de direito público anteriormente lesada.

Ainda estabelecia que a mera proposta de acordo de leniência suspenderia os prazos prescricionais dos atos ilícitos, enquanto a sua celebração continuaria a interrompê-los.

Contudo, o prazo de vigência da referida MP foi encerrado no dia 29 de maio de 2016, sem conversão em lei, conforme dispôs o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 27 de maio 2016⁸.

Por essa e outras razões, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou desfavoravelmente à possibilidade de (suspensão do processo para tentativa de) realização de acordo em ação de improbidade administrativa⁹.

⁸ Informação disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Congresso/adc-027-mpv703.htm, acesso em 16 de julho de 2016.

⁹ Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral. (...) 3. É inviável o acolhimento do pedido de suspensão do processo, a fim de que sejam buscados os meios de compensação da conduta ímproba praticada, à luz da Lei 13.655/2018, uma vez que deve prevalecer a regra especial contida no art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992. 4. Na forma da jurisprudência do STJ, “tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA)” (REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/08/2013).

Contudo, importante registrar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral da validade de transação em improbidade no ARE 1.175.650/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25/04/2019, tema 1.043, ainda pendente de julgamento¹⁰.

Não custa lembrar que o acordo de leniência, no atual ordenamento brasileiro, está previsto em três leis específicas: Lei nº 12.529/2011 (Lei do Cade), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e Lei nº 13.506/2017 (Proc. Adm. Sancionador/ BACEN/CVM)

O art. 16 da Lei Anticorrupção prevê que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, sendo certo que, de acordo com o §10 desse dispositivo, a Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Para tanto, exige que essas pessoas colaborem efetivamente com as investigações, sendo que dessa colaboração deve resultar:

5. Tendo o Tribunal de origem firmado a compreensão no sentido de que as nomeações efetuadas pelo ora agravante acarretaram indevido aumento de despesa com pessoal, sem planejamento orçamentário e financeiro - sendo certo que tal conduta tinha por finalidade última prejudicar a gestão de seu sucessor, causando-lhe desgaste político, o que caracteriza desvio de finalidade, eis que sua atuação não visava atender o interesse público, mas interesses pessoais -, a revisão de tais conclusões demandaria novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado na forma exigida pelos art. 1.029. §1º, do CPC/15 e 255, §§1º e 2º, do RISTJ. Com efeito, a parte agravante apontou como paradigma julgado que não guarda similitude fática com a matéria ora apreciada. 7. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1654462/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 07/06/2018).

¹⁰ 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, §3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.” (ARE 1.175.650/PR, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25/04/2019)

a) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

b) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Ainda, segundo o parágrafo primeiro desse dispositivo, para a celebração do acordo, a pessoa jurídica deve, cumulativamente:

a) ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

b) cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

c) admitir a sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

Importante ressaltar que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (§3º), embora possa isentá-la das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19, bem como reduzir em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (§ 2º). Ainda nessa linha, o art. 18 da lei esclarece que na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Por fim, na forma do §4º, o acordo de leniência deverá estipular as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e sua celebração interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na lei (§9º).

Contudo, para trazer todos os elementos ao exame apropriado, é necessário retornar ao ano de 2017 quando foi editado outro importante ato normativo pelo CNMP. Trata-se da Resolução nº 179/2017, que regulamenta a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público.

Nesse sentido, o *caput* do art. 1º da normativa estabelece que o TAC é um “*instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o*

Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração”.

A questão mais relevante para o nosso estudo pode ser encontrada no § 2º: *“É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.*

Aqui é necessário ressaltar que o art. 12 da lei nº 8.429/1992, prevê a seguintes sanções para os atos de improbidade, a serem aplicadas cumulativa ou alternadamente:

- a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- b) ressarcimento integral do dano;
- c) perda da função pública;
- d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos;
- e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;
- f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de dez anos.

O parágrafo único do art. 12 estabelece que o magistrado deve levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, ao fixar o patamar da sanção.

Tais parâmetros, a nosso ver, devem igualmente ser utilizados na dosimetria das sanções negociadas no TAC, bem como controlados pelo magistrado, no momento de homologar ou não o acordo.

Nesse ponto, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no §8º do art. 4º da lei nº 13.850/2013, acima referido, observada a restrição imposta pela Lei nº 13.964/2019, ou seja, o magistrado pode devolver a proposta de acordo, mas não mais “adequá-la ao caso concreto” como antes autorizava o dispositivo.

Idealmente, deveria o magistrado designar audiência para a homologação do acordo, caso veja a necessidade de compreender melhor os termos da proposta. Isso é uma decorrência do princípio da colaboração e do contraditório participativo (arts. 6º e 10 do CPC), a exemplo do que ocorre por ocasião do saneamento compartilhado (art. 357, §3º, também do CPC). Contudo, importante registrar que não há previsão legal expressa para realização de audiência de conciliação na sistemática da Lei nº 8.429/92.

E aqui retomamos a questão da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, para abordar apenas o ponto que nos interessa nesse momento, ou seja, o acordo de não persecução penal, que passa a constar da redação do art. 28-A¹¹, agora inserido no Código de Processo Penal.

¹¹ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. §1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. §2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica

Ocorre que esse Diploma trata, também, das ações de improbidade, ao prever a alteração do art. 17 da Lei de Improbidade, que passa a adotar a seguinte redação:

“Art. 17 (...) §1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (...)

§10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. (...) (NR).

Importante notar que ao examinarmos o Projeto de Lei nº 10.372/2018, observa-se a inexistência, redação original do texto

ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. §3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. §4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. §5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. §6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. §7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o §5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. §9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. §10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. §11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. §12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º deste artigo. §13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. §14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

encaminhado pelo Min. Alexandre de Moraes, de qualquer dispositivo alusivo à Lei de Improbidade¹².

Outro ponto que merece destaque é o fato de o Chefe do Executivo, por meio da Mensagem nº 726/2019, ter vetado diversos dispositivos da Lei nº 13.964/2019, inclusive o art. 17-A, que justamente disciplinava de forma mais detalhada essa nova modalidade de acordo¹³. O texto vetado trazia a seguinte redação:

Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.”

§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

§2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.

§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

§5º Cumprido o disposto no §4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

¹² Conferir a tramitação no sítio da Câmara dos Deputados, no seguinte endereço: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-norma-pl.html>

¹³ Não custa lembrar que as disposições referentes ao acordo de não persecução cível estão em plena vigência, eis que não foram abrangidas pela decisão liminar proferida pelo Min. Luiz Fux, no exercício da Presidência do STF, nos autos da Adin 6.299/DF, em 15 de janeiro de 2020 (Informações disponíveis em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>, acesso em 30 de janeiro de 2020).

O principal motivo da revogação, como expressamente admitido pela Chefia do Executivo nas razões¹⁴, foi manter a coerência com a sistemática da legitimidade conferido pelo legislador às ações de improbidade, já que o art. 17, *caput*, dispõe poderem ajuizar tais demandas o Ministério Público e a Pessoa Jurídica de Direito Público interno.

Contudo, lendo de forma mais detida o dispositivo, verifica-se que o veto foi equivocado. Em nenhum momento o legislador restringiu a legitimidade. Na verdade, apenas frisou-se que nos acordos propostos pelo M.P., devem ser observados certos parâmetros. Aliás, tais parâmetros já haviam sido mencionados pelo CNMP na Resolução n° 179/2017. Ademais, no acordo de não persecução penal, há parâmetros expressamente indicados.

Ainda num viés crítico, percebemos que o veto apostado ao §2° desse mesmo art. 17-A pareceu inócuo já que o §10 inserido no art. 17 prevê, expressamente, a possibilidade de consenso no curso da demanda.

Por outro lado, o legislador foi omissivo quanto a diversas questões relevantes, como por exemplo:

¹⁴ Nas razões de veto foram invocados os seguintes argumentos: “A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.” Com relação, especificamente, o §2°, foram apresentadas as essas razões: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.”

1. O acordo é cabível antes e durante a ação de improbidade? Numa interpretação literal, o cabimento se daria apenas no curso da ação, porém faria muito mais sentido que o instituto fosse utilizado, justamente, antes da demanda.

2. Admitindo-se o cabimento do acordo antes do ajuizamento, haveria a necessidade de submetê-lo à homologação judicial, tendo em vista a natureza indisponível do direito (art. 3, §2º da Lei de Mediação)? Ou seria o caso de se aplicar o art. 32, §3º, também da Lei de Mediação, que dispensa a homologação, já que considera o acordo um título executivo extrajudicial?

3. Não sendo proposto o acordo antes do ajuizamento (ou mesmo sendo proposto e não aceito) poderá ser proposto (ou aceito) no curso da ação? Não custa lembrar que esse ponto foi especialmente mencionado no veto apostado pelo Chefe do Poder Executivo.

4. Na ação de improbidade ajuizada pela pessoa de direito público, caso esta proponha o acordo e o MP se manifeste contrariamente, como deverá proceder o magistrado?

5. Como serão examinados os “antecedentes” do réu / investigado? E se ele já tiver aceito um acordo de não persecução penal? E se ele já tiver aceito outro acordo de não persecução cível? É possível usar os mesmos “parâmetros” previstos do art. 28-A do CPP, adaptando-se o que for cabível?

6. Seria possível, na hipótese de concomitância de crime e ato de improbidade a partir do mesmo fato, celebrar acordo de não persecução cível e penal, no mesmo instrumento (observada, obviamente, a divisão de atribuições dos diversos órgãos do MP e o Princípio do Promotor Natural)? Ou, retornando ao ponto do Acórdão do STF, acima referido, que reconheceu repercussão geral, seria possível propor o acordo de não persecução cível após a celebração de colaboração premiada?

7. Aliás, como o novo dispositivo simplesmente não menciona mais a figura do TAC (apesar da Resolução nº 179/2017 do CNMP

não ter sido revogada e, ainda, dos termos do art. 36, §4º da Lei de Mediação – não obstante a jurisprudência do STJ ser amplamente contrária), haveria, ainda, possibilidade de utilização do TAC antes ou durante a ação de improbidade?

8. Finalmente, nesse sentido, quais seriam as diferenças em termos de sanções impostas, entre o acordo de não persecução cível e o compromisso de ajustamento de conduta?

Diante de todas essas questões, não custa fazer uma breve retrospectiva da evolução legislativa para, na sequência, oferecer algumas possíveis soluções.

A. A Lei nº 8429/92 vedava, expressamente, qualquer possibilidade de acordo em ação de improbidade (redação original do art. 17, §1º).

B. O advento das Lei 12.846 e 12.850, ambas de 2013, iniciaram um processo de mudança de mentalidade na doutrina, embora a jurisprudência do STJ continuasse firme no sentido do não cabimento do TAC em matéria de improbidade.

C. A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) passa a prever, expressamente, em seu art. 36, §4º, o acordo mesmo em casos de improbidade, desde que sujeito a homologação judicial.

D. A Resolução nº 179/2017 do CNMP autoriza expressamente o uso do TAC em casos de improbidade e, até o momento, não foi revogada e nem ostenta incompatibilidade expressa com a nova Lei.

E. A Lei nº 13.964/2019 modificou completamente o sentido do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade, sem, no entanto, se referir ao TAC.

F. A mesma Lei nº 13.964/2019 insere o §10-A no art. 17 da Lei de Improbidade e utiliza a expressão genérica “havendo a possibilidade de solução consensual”, sem repetir a denominação “acordo de não persecução cível”, o que poderia indiciar que outras ferramentas de obtenção de consenso poderiam ser cabíveis.

Diante dessa breve evolução legislativa, permanecem, ainda sem resposta diversas questões. A busca de soluções adequadas perpassa, necessariamente, pela observância dos seguintes elementos:

a) A inovação legislativa, ainda que lacunosa, que cria mas não regulamenta o acordo de não persecução cível;

b) A normativa do CNMP acerca do cabimento do TAC, que permanece em vigor;

c) A jurisprudência restritiva do STJ quanto ao cabimento de TAC em ações de improbidade; e

d) A repercussão geral reconhecida pelo STF acerca da possibilidade de abertura de algum espaço de consenso nessas demandas.

Nesse sentido, apresentamos algumas considerações conclusivas acerca da matéria:

(i) É cabível o TAC em inquéritos civis ou procedimentos preparatórios instaurados para investigar atos de improbidade (Resolução nº 179/2017 do CNMP), já que com o veto integral ao art. 17-A, e a manutenção do §10-A no art. 17, há previsão, apenas, para essa solução consensual (acordos de não persecução cível) no curso da ação de improbidade.

(ii) Os TAC's judiciais realizados em matéria de improbidade administrativa, antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, são válidos e não devem ser desconstituídos diante da nova lei, já que se enquadram na categoria de ato jurídico perfeito.

(iii) Por outro lado, ações ajuizadas antes da vigência da Lei comportam acordo de não persecução cível, observada a regra geral do art. 1.046, *caput*, do CPC, mesmo que já ultrapassada a fase de contestação, tendo em vista a diretriz geral do art. 139, V, também do CPC.

(iv) No curso de ações de improbidade administrativa já sob a vigência da Lei nº 13.964/2019 será possível, apenas, a celebração do acordo de não persecução cível, que dependerá, necessariamente da homologação judicial, na forma do 487, III do CPC c/c com art. 17,

§10-A da nova legislação, aplicando-se, ainda, por analogia, o art. 36, §4º da Lei nº 13.140/2015.

(v) A oportunidade do consenso é possível independentemente da audiência do art. 334 do CPC. O procedimento não prevê a realização dessa audiência, mas tão somente o pedido de interrupção do prazo de contestação, por período não superior a noventa dias. Todavia, sustentamos que, a despeito da omissão legal, podem as partes requerer a designação, ou mesmo o magistrado pode, *ex officio*, designar o ato, com o objetivo de avaliar juntamente com as partes, os detalhes do acordo, embora, tecnicamente, não seja o caso nem de conciliação e nem de mediação.

(vi) Caso o magistrado não concorde com o acordo (parcial ou totalmente) não pode ele fazer ajustes ou emendas ao texto. Poderá, tão somente, recusar a homologação, adotando a mesma sistemática aplicável aos acordos de colaboração premiada, sobretudo em razão da alteração imposta pela Lei nº 13.964/2019 ao §8º do art. 4º da lei nº 13.850/2013, e observando-se, ainda, o art. 28-A, §5º do CPP. Contudo, a recusa não importa em rejeição absoluta, na medida em que fica facultado às partes a possibilidade de renegociar os termos e apresentar uma nova proposta.

(vii) Partindo-se da premissa de que o acordo é cabível apenas na fase judicial, há legitimidade concorrente para a sua proposta (MP e pessoa de direito público lesado). Contudo, idealmente, ambas as instituições devem participar das negociações e o acordo só deve ser assinado no caso de haver concordância entre elas. Havendo divergência entre os legitimados, parece-nos mais adequado que o acordo não seja celebrado por apenas um deles. Isso porque, se de um lado, a pessoa lesada tem melhores condições para aferir a extensão do dano ao erário, o MP detém um volume maior de informações, sobretudo quanto à existência de procedimentos criminais, dados sigilosos e operações ainda em fase organização (e que não podem ser reveladas prematuramente), mas que indicam o não preenchimento das condições subjetivas por parte do réu.

(viii) Entendemos, dessa forma, que não seria possível a coexistência do acordo de não persecução cível e do TAC judicial em matéria de improbidade administrativa, sob pena de *bis in idem*. Ademais, devem ser aplicados os princípios da posterioridade e da especialidade, em se tratando da referida Lei nº 13.964/2019. Nesse sentido, a fim de conferir maior segurança jurídica, é desejável a edição de novo ato normativo pelo CNMP, resguardada a atribuição concorrente dos Conselhos Superiores de cada MP.

(ix) Havendo concomitância de procedimentos criminal e de improbidade, relativos ao mesmo fato, parece mais adequado realizar acordo único de não persecução, com efeitos criminais e cíveis, observando-se, naturalmente, as regras do juiz e do promotor natural. Isso trará como consequência, na maioria dos casos, a necessidade de obter a concordância de mais de um órgão de execução, salvo a hipótese de serem criadas forças tarefas ou grupos especializados com atribuição sancionadora (cível e criminal).

(x) Contudo, o legislador, numa interpretação literal, não exige a confissão do réu para a celebração do acordo de não persecução cível (mantendo coerência com a sistemática do TAC), ao contrário do que se dá no acordo de não persecução penal (art. 28-A, *caput* do CPP). Ademais, segundo o que se tem sustentado aqui, o acordo de não persecução cível só teria cabimento no curso da ação de improbidade, ao contrário do seu equivalente criminal, que deve ser acionado antes do ajuizamento da ação penal. Essas duas circunstâncias trazem dificuldades operacionais à realização de ambos os acordos num mesmo instrumento.

(xi) A celebração exclusiva do acordo de não persecução cível não projeta efeitos e nem vincula as instâncias criminal e administrativa, devendo ser aplicável, por analogia, o disposto no art. 1º, §3º da Resolução nº 179/2017 do CNMP.

(xii) Com relação aos antecedentes do réu e a demonstração das chamadas condições subjetivas para a aceitação do acordo, uma importante questão se coloca: a pré-existência de outro acordo, seja de não persecução cível, não persecução criminal, transação penal ou suspensão condicional do processo, a menos de cinco anos, deve impedir a celebração do acordo de não persecução cível? Em outras palavras, deve ser aplicado, por analogia, o art. 28-A, §2º do CPP c/c art. 76, §2º, II da Lei nº 9.099/95? Pensamos que não, diante da falta de embasamento legal e, sobretudo, tendo em vista que as normas restritivas de direito não devem ser interpretadas de forma extensiva.

(xiii) Diante do veto ao art. 17-A que se pretendia inserir na LIA, parece-nos devem ser aplicados, por analogia, os parâmetros fixados pelo CNMP, no art. 1º, §2º da Resolução nº 179/2017, ou seja, a exigência de ressarcimento integral ao erário acompanhada de uma ou mais das sanções previstas no art. 12 da LIA.

(xiv) Havendo necessidade de fiscalização das condições impostas no acordo de não persecução cível (obrigações que demandam maior prazo para integral cumprimento – por exemplo pagamento parcelado de multa), devem ser aplicadas, por analogia, as disposições dos arts. 9º e 10 da Resolução nº 179/2017, devendo o magistrado suspender o processo e apenas homologar o acordo quando todas essas condições tiverem sido integralmente cumpridas.

(xv) Finalmente, há necessidade urgente de regulamentação do acordo de não persecução cível, diante do veto ao art. 17-A que seria introduzido na LIA. Nesse sentido, deveria ser editado Decreto regulamentador pelo poder Executivo, ou mesmo a modificação da Resolução nº 179/2017 do CNMP, a fim de disciplinar a matéria em âmbito institucional.

Referências

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. *In: Temas de Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em Litígios Coletivos: Limites e Possibilidades do Consenso em Direitos Transindividuais após o Advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.19, p.118 - 148, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 73, ago./set. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba: CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**, 2ª edição, São Paulo: SaraivaJur, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos Materiais e Processuais nas Ações Cíveis Públicas Fundadas em Atos de Improbidade Administrativa *In: Coletivização e Unidade do Direito*, Londrina: Thoth, 2019, p. 279-302.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Diálogos sobre o Código de Processo Civil: Críticas e Perspectivas *in: Limites e Possibilidade do Acordo em Direitos Indisponíveis: Exame do Art. 3º, §2º da Lei nº 13.140/2015*, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019, p. 169-178.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. *In: Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. **Manual de Tutela Coletiva**, São Paulo: Saraivajur, 2020 (no prelo).

Desafios da Estratégia Empresarial: antes, durante e após a pandemia de 2020

Paulo Sérgio Vasconcelos¹

Priscila Elise Alves Vasconcelos²

Resumo

O presente artigo analisa a estratégia antes, durante e após a crise da Covid-19 sobre as empresas grandes, médias e pequenas no Brasil. Conclui que a importância de empresas se prepararem e planejarem durante os períodos sem crise para o futuro incerto, é fator fundamental de sobrevivência em períodos de crise e principalmente após a crise. A busca por um oceano azul com o uso de inovação e estratégia de negócio transforma a organização em uma empresa vencedora e melhor preparada para períodos de grande incerteza econômica, social e sanitária.

Palavras chaves: Estratégia, cenários, crise

Abstract

This article analyzes the strategy before, during and after the Covid-19 crisis on large, medium and small companies in Brazil. It concludes that the importance of companies preparing and planning during periods without crisis for the uncertain future is a fundamental factor of survival in times of crisis and especially after the crisis period. The search for a blue ocean with the use of innovation and business strategy transforms the organization into a winning company and better prepared for periods of great economic, social and sanitary uncertainty.

Keywords: Strategy, scenarios, crisis

¹ Doutor em Planejamento Energético – COPPE, UFRJ, Mestre em Administração - UESA, MBA Executivo – COPPEAD, UFRJ, e Economista - UESA. Professor da Faculdade de Administração, Ciências Contábeis e Economia - FACE, da Universidade Federal da Grande Dourados, MS – UFGD. E-mail: paulosvasconcelos@ufgd.edu.br

² Estágio pós-doutoral em Direito das Cidades – UERJ, Doutora em Direito - UVA, Mestre em Agronegócio – UFGD, MBA em Direito, EMERJ, UESA e UCM, e Advogada - UCM. Professora Substituta da Faculdade de Direito e Relações Internacionais – FADIR, da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Bolsista PROSUP/CAPES/UVA. E-mail: prisvascon@gmail.com

Introdução

Empresas internacionais e grandes empresas nacionais praticam sistematicamente o exercício de desenvolvimento e execução de estratégia de negócios. Já as pequenas e médias empresas, infelizmente não dão a devida atenção a formalização da estratégia. Muitas empresas apenas desenvolvem um plano de negócio quando procuram financiamento em banco oficial ou privado. Outras, apenas adotam a tendência de mercado, sendo seguidoras de concorrentes de sucesso. Essa é uma prática muito comum em condições normais de mercado. Empresas ineficientes convivem com empresas eficientes. Entretanto, como é mostrado por um dos jargões da contabilidade, “... a vida é bela, mas o mundo é cruel...” para todos, principalmente para empresas ineficientes. Com a demanda superando a oferta, todos convivem nos mercados.

Porém, em situações adversas, com fatores externos que não são nem mesmo considerados como riscos ou incertezas, tal como o surgimento de um vírus que se alastra de forma rápida em um local, sendo transmitido nacionalmente. De epidemia, a doença atravessa fronteiras, transformando-se em uma pandemia. Declarada pela Organização das Nações Unidas em 11 de março de 2020, a doença advinda do Corona Vírus 19 (COVID-19) se transformou em pandemia, atingindo os mais diversos locais do mundo.

O empresário ou executivo principal de empresas pequenas e médias, que não deu a devida atenção à estratégia, encontra-se em delicada situação onde não houve qualquer preparo anterior.

O surgimento do COVID-19, vírus ainda sem vacina ou medicamento eficiente, e sua proliferação pelos diversos países passou a ser uma realidade. Decisões governamentais (federal, estadual e municipal) obrigam o fechamento momentâneo dos estabelecimentos comerciais e das indústrias, implantando o isolamento social – recomendação para as pessoas permanecerem em casa.

Práticas de higiene pessoal, que deveriam ser adotadas normalmente sempre e por todos, são indicadas como forma de reduzir a proliferação do vírus. De um dia para outro, os consumidores desaparecem e os estabelecimentos ficam impedidos de abrir suas portas. Instala-se o caos nas cidades. O vírus se multiplica e propaga velozmente: uma crise sanitária torna-se realidade. Internações e óbitos acontecem. Os hospitais não têm capacidade para atender a demanda excessiva - e crescente - por leitos e UTIs equipadas devidamente, pois não são projetados para o pico de demanda. Falta também mão de obra especializada (médicos, enfermeiros com o conhecimento necessário), além da contaminação com afastamento ou até morte desses profissionais durante o atendimento nos hospitais.

E a economia? Na falta de clientes, as vendas são interrompidas, sem prejuízo das obrigações legais (impostos, salários, taxas, eletricidade, telefone, entre outras). Empresas buscam ajuda junto ao governo e até mesmo redução salarial temporária é aplicada aos funcionários, ocorrendo, em muitos casos, a demissão ou férias coletivas e afastamento por tempo indeterminado. Trabalhadores informais ficam em situação ainda pior. Tem-se, então, uma crise sanitária e econômica.

Sem fluxo de caixa e sem reservas suficientes, os empresários e executivos de muitas empresas não têm como manter a empresa ou negócio durante esse período. A mídia e as redes sociais, diariamente, bombardeiam com notícias sobre grupos empresariais com lojas físicas nas mais diversas cidades que decidem suspender as atividades e demitir os funcionários. O caos fica instalado. E o número de profissionais desempregados também cresce. Novas oportunidades inexistem.

A pressão dos empresários para a liberalização e flexibilização de funcionamento do comércio e da indústria é muito forte e prefeitos e governadores cedem à pressão. Cidades tentam voltar à normalidade. Mas o número de vítimas da pandemia aumenta... Discussões políticas são direcionadas e novas ações são tomadas pelos governos nos diferentes países, para auxiliar na luta pela

sobrevivência de todos, incluindo desempregados e os menos favorecidos. Isso sem falar nos trabalhadores informais, que perdem o direito de oferecer suas mercadorias e serviços nas ruas e dos empregados domésticos, que são dispensados pelas famílias. Também não há transeuntes, pois uma quarentena mantém a maioria da população dentro de casa.

Essa descrição da situação que o mundo passa no início de 2020 é apenas parte de uma realidade muito mais complexa. Uma pesquisa realizada pela StartSe³ (2020) apresentou no início do mês de abril que 56% das empresas estão lutando para sobreviver. Gerenciar a crise, equilibrar o fluxo financeiro e manter seus clientes são os grandes desafios. Cerca de 32% dos empresários indicaram que estavam criando novas estratégias e buscando formas alternativas de receita. Já 12% dos entrevistados estavam analisando o novo padrão de consumo dos clientes e assim, planejavam o ponto de virada da crise. 39% dos empresários não conseguem manter a empresa por mais que um mês, 78% por mais três meses sem novas vendas e apenas 10% informaram ter reserva de caixa para sobreviver até doze meses.

Pesquisadores da FGV-Ebape⁴ (Valor Investe, 2020) entrevistaram 620 executivos entre os dias 31 de março e 4 de abril. 30% dos entrevistados são executivos principais das empresas, 22,4% são diretores e 20% são gerentes. 34% trabalham em empresas de grande porte (faturamento anual superior a R\$300 milhões) e 23,5% em empresas de médio porte (faturamento anual entre R\$ 5 milhões e R\$30 milhões). A idade média dos entrevistados varia de 45 a 65 anos, sendo 63,5% do sexo masculino e 36,5% do sexo feminino. Os entrevistados se consideram sujeitos ao desemprego causado pelo COVID-19; 47% já apresentavam essa preocupação, embora a considerem remota e 14,7%

³ A StartSe pesquisou 4.730 empresários brasileiros.

⁴ FGV-Ebape: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas

consideram a ameaça muito provável ou quase certa; 16% dos gestores de empresas de menor porte já informam não ter trabalho devido ao COVID-19.

Do ponto de vista econômico, podemos afirmar que existe uma crise onde acontecem, simultaneamente, redução de oferta e da demanda. O presente artigo busca analisar o cenário atual com a crise sanitária, social e econômica, considerando os vieses econômico, estratégico e legal.

Pandemias e epidemias

De uma forma bastante simplista, pandemia é uma epidemia de ação mundial. E epidemia é uma endemia de ação nacional. Portanto, o Covid-19 está sendo comparado com a Gripe Espanhola⁵, ocorrida há 100 anos.

A gripe espanhola recebeu esse nome devido a divulgação ocorrida na época pela Espanha, mas teve origem nos Estados Unidos e foi transportada para a Europa pelos soldados americanos durante a Primeira Guerra Mundial. O uso de máscaras, práticas de higiene e o isolamento social, como está acontecendo atualmente, foram adotados naquela época. Ou seja, como não há uma defesa real contra a propagação do vírus, as ações se repetem para “remediar” a situação caótica. Recentemente, o canal de televisão BandNews⁶ apresentou um documentário que retrata com vídeos e fotos de época e comparações com a Covid-19, além de comentários de especialistas, a similaridade entre as duas ocorrências.

⁵ Gripe Espanhola ou gripe de 1918 foi uma pandemia causada pelo vírus influenza. No período de janeiro de 1918 a dezembro de 1920 infectou cerca de 500 milhões de pessoas e foram registrados 50 milhões de óbitos, segundo a Wikipédia.

⁶ A BandNews, canal por assinatura de televisão do Grupo Bandeirantes, apresentou o documentário “Band Docs Gripe Espanhola” que está disponível em <<https://bandnewstv.band.uol.com.br/programas/bandnews-docs/16786219/bandnews-docs-gripe-espanhola.html>>.

Outras epidemias, como a Peste Negra⁷ ocorrida na Europa em tempos remotos e o Ebola⁸, ocorrido mais recentemente em países do continente africano, também tiveram impacto negativo sobre a sociedade mundial.

Empresa física x empresa digital

Com o desaparecimento dos clientes, empresas procuram variações de contato e acesso a possíveis consumidores. Fisicamente os fregueses do comércio deixam de visitar os estabelecimentos. Shopping Centers são fechados. Apenas os serviços tidos como essenciais - supermercados, farmácias e comércio de primeira necessidade - permanecem funcionando. Os serviços básicos também não podem parar.

E o comércio “normal”, com “lojas de rua” como fica? Sem funcionar, a maioria dos empregados são demitidos, pois não há esperança de volta à normalidade de imediato. E os prestadores de serviços, autônomos? Enfim, como reinventar a empresa em situação de emergência?

É preciso analisar cautelosamente. Todos precisam de alimentação. Verifica-se como exemplo os restaurantes que, impedidos de abrirem as portas, adotam o serviço de *delivery* ou entrega a domicílio⁹. Como ter acesso aos consumidores? A maioria dos restaurantes já possui *sites* na internet ou usa redes sociais. Assim, os clientes podem fazer pedidos e receber refeições em casa. Telefone também é usado.

⁷ Peste Negra, Peste Bubônica, Grande Peste ou Peste, foi uma pandemia ocorrida na Eurásia e resultou na morte de 75 a 200 milhões de pessoas. Atingiu o pico entre os anos de 1347 e 1351, segundo a Wikipédia. É considerada a maior pandemia já ocorrida.

⁸ Ebola ocorreu pela primeira vez em 1976 e já apresentou diversos surtos desde então, sempre no continente africano. É transmitida pelo contato e direto com sangue ou fluidos corporais da pessoa ou animal infectado. Ainda não há vacina para os seres humanos e a quarentena é geralmente eficaz na velocidade de propagação.

⁹ “Entrega a domicílio” atualmente é chamada de “entrega em domicílio”.

Outros tipos de comércio também adotam o procedimento de venda ou prestação de serviços *on line* para ter acesso a clientes e consumidores. Com relação aos prestadores de serviço para empresas, de repente, seus clientes deixam de demandar o serviço, pois seus estabelecimentos estão fechados. Como se reinventar em momento de crise?

Sunil Gupta (2019) publicou o livro “Implantando Estratégia Digital” como um guia para reinventar a empresa, considerando a estratégia digital. Apresenta diversos casos de sucesso e também de fracasso, bastante elucidados. É um livro de fácil leitura. Considera que as organizações devem desenvolver a empresa como física e digital, simultaneamente, sem a separação que é prática comum no mercado. Para estrategistas e executivos de organizações que planejam e executam suas estratégias em tempos normais, é um excelente material de leitura.

Entretanto, o advento da crise Corona Vírus ou Covid-19 mudou o cenário mundial de forma abrupta. As organizações precisam se adaptar imediatamente ou então serão extintas. O conceito de “crescer ou morrer”¹⁰ pode na atualidade ser transformado em “adaptar-se ou morrer”...

A tecnologia digital deve ser considerada como parte da estratégia empresarial. A logística de entrada e de saída deve ser considerada com maior importância ainda. Como comprar e receber seus insumos e como oferecer, vender e entregar seus produtos Ainda não temos disponível o teletransporte da ficção científica. Um novo modelo de negócio atropela as organizações tradicionais. Atropela, porque os novos modelos de negócio devem ser planejados, desenvolvidos e implantados de imediato.

As grandes empresas têm como agir a curto, médio e longo prazos porque em geral, possuem capital e fluxo de caixa robustos. Já os pequenos empresários... como proceder?

¹⁰ A Teoria do Crescimento da Firma. Edith Penrose. Primeira publicação em 1957. Tradução para português publicada em 2006, pela Editora Unicamp: ISBN-13: 9788526807136, ISBN-10: 8526807137 Ano: 2006 / Páginas: 400. Idioma: português. Editora: Unicamp

Nos últimos dias, proliferam na internet palestras, *webseminars*, e painéis de discussão com consultores, pesquisadores e professores de negócio. Alguns renomados e a maioria desconhecidos. Sugestões de todas as formas são feitas. Todas elas considerando redução de custos e ações na internet. O pequeno e o médio empresário ficam com um dilema existencial, ou seja, não sabem o que fazer para manter a empresa operando.

Dúvidas existem: como reavaliar a cadeia de valor, repensando a inovação, a pesquisa e desenvolvimento, buscando a excelência operacional? Como reconectar com os clientes? Quanto custará qualquer nova ação? E como sobreviver até chegarem os resultados positivos?

Infelizmente a lei do mercado é parecida com a lei da selva: só os fortes sobrevivem... Sem capital de giro, investimento e fluxo de caixa, o pequeno empresário encontra obstáculos intransponíveis para continuar no mercado. Como então o pequeno empresário, descapitalizado, pode desconstruir e reconstruir sua empresa em tempo de crise?

É necessário começar com o desenvolvimento de um novo modelo de negócio considerando não apenas a realidade do período da crise, mas, principalmente, o cenário pós-crise. Um estudo de viabilidade econômica, com a análise financeira para cada alternativa apresentada faz parte do modelo de negócio. O empresário não pode esquecer de sua dificuldade principal, ou seja, a falta de capital para investimento. Tem que se policiar para não entrar em “arapucas” tais como empréstimo bancário a preço maior que o retorno esperado de capital, ou seja, mesmo sonhando grande, é fundamental começar pequeno e com risco menor, muito bem calculado.

Criar toda a infraestrutura digital para a organização não é muito difícil, entretanto, é importante considerar que muitos outros empresários, possuidores de capital de risco, já estão nesse mercado, atuando física e digitalmente.

A busca pelo Oceano Azul

Competir no mercado, ainda mais em tempo de crise de oferta e de demanda, com o PIB dos mais diversos países em queda acentuada, para competir com organizações mais poderosas é o mesmo que participar da concorrência em um verdadeiro mar de sangue. Deve-se então buscar formas inovadoras para competir. Definir uma estratégia para sair do oceano vermelho e encontrar águas mais tranquilas, pelo menos por um tempo até que empresas seguidoras adotem o mesmo modelo. O oceano azul é a forma ilustrativa de explicar um nicho com menos concorrência e melhores retornos.

A Estratégia do Oceano Azul¹¹ é o resultado do trabalho de dois autores após pesquisa junto a grandes empresas. Trata de inovação e estratégia empresarial e governamental. Pode e deve ser utilizada também por pequenas e médias empresas além de ser sempre considerada quando da definição de um novo modelo de negócio e também de um novo empreendimento. Se o pequeno empresário considerar ser apenas um seguidor, já estará perdendo mesmo antes de realizar qualquer ação. Isso por que a concorrência não deixará nenhuma área de manobra disponível para crescimento.

Como já foi explicado anteriormente, na impossibilidade de funcionamento das lojas físicas, a maioria das empresas utiliza as lojas virtuais ou digitais para chegar ao consumidor. Consideremos então o seguinte cenário simplificado: se empresas que já tem experiência no atendimento virtual estão atuando e mesmo assim, tendo dificuldade para manter seus negócios, em época de COVID-19, por que o empresário que ainda não iniciou sua estratégia digital deve seguir o mesmo caminho? Por mais rápido que seja instalar um site inicial, isso implica em dias ou semanas e custo adicional. Como o pequeno

¹¹ Livro lançado por W. Chan Kim e Renée Mauborgne em 2004 pela Editora da Harvard Business Review: ISBN 97816252274496, nos Estados Unidos, ensina como investir em mercados inexplorados.

empresário já está com pouco ou nenhum recurso para a sobrevivência de seu negócio, teria que buscar fonte adicional de obtenção de recursos para investimento. E esses recursos não são gratuitos... O pequeno empresário deveria, então, pesquisar por alternativas através de outro caminho, ou seja, como encontrar seu consumidor e também captar novos clientes.

Uma alternativa poderia ser atuar na vizinhança, procurando, de porta em porta, e até mesmo através de indicações, o contato para oferecer seus serviços e produtos. O uso de rede social, através do telefone e de aplicativos gratuitos também é um caminho viável. Isso, para ação imediata visando a sobrevivência da firma. Para médio e longo prazo, só mesmo uma estratégia de “oceano azul” poderá trazer resultados robustos.

Como também já foi comentado anteriormente, consultores estão, neste momento de crise, utilizando de *webconferences* e grupos de discussão quando sugerem as mais variadas alternativas baseadas em publicações feitas antes do surgimento da COVID-19 e até mesmo no “ouvir falar” de sucesso de outros empresários...

Não existe “almoço grátis”, portanto todo cuidado é pouco quanto a seguir conselhos. Consultores inexperientes sugerem soluções milagrosas, mas não tem competência para realizar suas próprias sugestões. A melhor resposta à crise continua sendo a combinação de talento e trabalho, com muito suor do responsável pelo empreendimento. O pequeno empresário deve procurar seus antigos clientes e organizar uma força conjunta para tirar a empresa do oceano vermelho.

Outro conselho muito comum é o de buscar financiamento principalmente em bancos públicos e de fomento. Mas o caminho não é fácil. E, por mais incentivado pelo governo que seja, o empréstimo deverá ser pago com algum custo adicional (juros). Nos bancos privados, o custo é ainda maior. Em economias desenvolvidas, o melhor caminho para obter capital para investimento é a bolsa de valores. Através do

lançamento inicial de ações, empresas conseguem capital de acionistas, ou seja, pessoas que investem nas empresas esperando resultados financeiros através de dividendos e de valorização das ações. No Brasil essa alternativa existe mas pressupõe diversos pré-requisitos.

Nos anos recentes, nova modalidade de auxílio para pequenas e médias empresas obterem capital de terceiros para investimento está sendo praticada com sucesso. Trata-se do conceito de “investidores anjos” que formam grupos de investimento e auxiliam pequenos negócios desde que tenham potencial de retorno e crescimento. Um desdobramento desse conceito é o uso de redes sociais para angariar capital de investimento, até mesmo de investidores/colaboradores anônimos.

Enfim, nunca cessam as oportunidades e as possibilidades de sucesso, desde que cada pequeno ou médio empresário tenha sua organização enxuta e um norte a seguir, ou seja, um plano de negócio bem feito e sendo realizado devidamente.

Cenários para após a crise

O desenvolvimento de cenários de negócio vem sendo adotado pelas organizações já há décadas. Cenários servem para preparar a organização na busca de resposta a desafios futuros. Os estrategistas não são adivinhos e não possuem nenhuma bola de cristal para ver o futuro. Apenas analisam as oportunidades e ameaças de possíveis vieses que porventura possam vir a transformar-se em realidade. Mas, como qualquer planejamento, a base de observação é o passado e as tendências atuais. Assim, podem ser definidos pelo menos três cenários básicos, tendo cada cenário sua linha lógica de visão de negócio.

A primeira linha é a visão pessimista. Como a organização deve se comportar no caso de um cenário prejudicial aos negócios ser concretizado. É sempre a pior alternativa, ou seja, onde poderá ocorrer uma quantidade de obstáculos, sendo muitos deles difíceis de serem

superados tomando por base a situação interna da empresa, considerando suas fraquezas e fortalezas. A situação interna de cada organização é composta pelos seus recursos humanos, também chamados de talentos e sua capacidade de investimento, fluxo de caixa e situação contábil-financeira. As demonstrações financeiras e a contabilidade gerencial são ferramentas importantes para a análise da situação interna. De seus recursos internos, a organização depende para as possíveis ações de defesa e crescimento.

A segunda linha é a visão otimista. É o oposto total da visão pessimista. Na visão otimista, espera-se que a organização encontre um cenário totalmente favorável ao seu crescimento e sua realização plena de sucesso. Isso significa que as forças internas da organização são totalmente hábeis para aproveitar todas as oportunidades externas e reagir positivamente às possíveis ameaças, sem perdas significativas. O cenário otimista é o sonho de executivos e empresários. Onde tudo dá certo e o retorno financeiro das operações sempre é positivo e superior às estimativas.

A terceira linha é a visão mais provável. É o meio termo entre a visão pessimista e a visão otimista. A visão mais provável indica que não são esperados desvios maiores na situação externa e os talentos internos são suficientes para manter o negócio fluindo como de costume. Em outras palavras, pode-se dizer que não são esperadas significativas variações internas ou externas no caminho que a organização percorre para realizar seu objetivo estratégico.

Essas três linhas compõem os três cenários básicos para qualquer negócio. Entretanto, dependendo da maturidade da organização, podem ser desenvolvidos cenários adicionais, que são, em síntese, variações com diferentes graus de pessimismo e otimismo. Organizações mais maduras consideram de cinco a sete variações de cenários. Entretanto, é importante enfatizar que os cenários estratégicos são definidos e revisados constantemente para assegurar que espelham a realidade e a possibilidade de gestão da organização.

Organizações públicas e privadas com razoável grau de maturidade em estratégia desenvolvem cenários para auxiliar a gestão dos negócios. Além disso, apenas definir cenários não é suficiente para o sucesso empresarial.

Após a formalização dos cenários deve ser desenvolvida a estratégia a ser seguida pela organização. E, para realizar a estratégia, projetos devem ser definidos. Para cada projeto é necessário desenvolver um plano de negócio específico. Ou seja, deve ser desenvolvida uma forma para que a direção da organização possa comparar diferentes projetos e definir a sequência e o tempo em que cada projeto deva ser trabalhado. E a forma de comparar diferentes ações empresariais passa pela análise de custo *versus* benefício de cada projeto, com mesma taxa de retorno e conversão ao valor presente. Só através de números e no mesmo tempo, é possível comparar diferentes ações estratégicas.

Considerando a existência de uma organização hipotética com seus cenários e as respectivas estratégias e projetos estratégicos definidos e aprovados, o próximo passo é a execução da estratégia, a realização dos projetos e a obtenção dos benefícios esperados para a organização.

Uma firma desenvolve e realiza uma estratégia para mudar de patamar na indústria ou mesmo para manter uma posição de liderança. No caso da ocorrência de crise tal como o Covid-19, a estratégia deve ser desenvolvida para o período de crise e para o período posterior a crise.

Volta-se então aos conselhos dos consultores de plantão na internet e nas redes sociais. Todos eles, com raríssimas exceções, vendem a ideia na qual o Covid-19 vai modificar radicalmente a forma de fazer negócio, a atuação das empresas e os costumes da humanidade.

Em menor escala, podemos lembrar das previsões antes da mudança do milênio. Falsos “profetas” no meio empresarial anunciavam o caos dos negócios. Por um lado, isso foi até bom para as empresas pois o trabalho de adaptação dos sistemas computadorizados foi feito a tempo,

evitando um colapso na economia. Na época dos grandes computadores centrais – os mainframes – o custo de hardware (máquina) era maior que o custo de software (programas). Por isso, eram usadas técnicas nos programas de computadores para utilizar a menor capacidade de hardware possível, tal como espaço de memória principal e periférica (discos, fitas, etc). Assim, os dados eram compactados para reduzir o espaço ocupado. No caso de dados referentes ao ano da transação, eram usados apenas os dois últimos algarismos, como por exemplo, o ano “1999” era registrado como “99”. Para efetuar cálculos de tempo, os campos de data precisam ser utilizados. Como o ano “2000” era registrado como “00”, ocorria um erro de cálculo, pois “00” é menor que “99”. Foram então feitas modificações nos programas dos sistemas existentes para considerar os dados referentes ao ano com quatro posições (bytes). Atualmente, com a tecnologia existente, esse tipo de problema foi superado.

Voltemos aos cenários para o período posterior a Covid-19. É importante ressaltar que com base no conhecimento atual, onde ainda não há medicamentos nem vacina de eficácia comprovados, tudo pode acontecer. Assim, pelo menos três cenários devem ser considerados pelo empresário da empresa micro, média ou grande, para o desenvolvimento e execução da estratégia a curto, médio e longo prazo das organizações: pessimista, mais provável e otimista.

Políticas públicas durante a pandemia

Muito tem se questionado e cobrado dos representantes de governo sobre possíveis ajudas ou diretrizes para o salvamento do mercado. Há muita instabilidade e receio de recessão e impactos difíceis de serem solucionados. Até o início do mês de maio de 2020, cerca de 50 dias após a decretação da pandemia pela ONU¹², poucas atitudes eficientes

¹² Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial de Saúde, responsável pela área de saúde.

foram tomadas pelo governo brasileiro. Há uma cobrança pelo mercado e algumas providências estão vindo do próprio setor privado, como financiamento com taxas menores pelas instituições financeiras.

De acordo com estudo feito por Madeira *et al.*¹³, há uma necessidade de intervenção não apenas na área de saúde mas também no setor da economia e na provisão de serviços públicos. Os autores defendem que com a atual crise mundial houve a revelação que os modelos de Estados de bem-estar estão diretamente relacionados as atitudes dos governos frente à pandemia, seja no enfrentamento ou na mitigação. Estados de bem-estar são aqueles que exercem a forma mais avançada de exercício público da proteção social¹⁴. Para Andersen (1991), mais que direitos e garantias, o *welfare state* deve englobar as atividades estatais relacionadas ao mercado e a família na forma de provisão social¹⁵.

Há uma discussão acerca das realidades regionais. No caso brasileiro, país de dimensões continentais, muito se discute acerca da autonomia dos governos locais para definir a melhor forma de atuar, a fim de “salvar” a economia local. Há quem defenda a necessidade de uma coordenação única, centralizada, a fim de evitar possíveis desigualdades estruturais. Isso inclusive acerca dos serviços públicos de saúde.

De acordo com Madeira *et al.*, o excesso de burocracia dificulta a realização de desenhos e estruturação de políticas públicas. Além disso, citam a criação de uma política de transferência de renda aos trabalhadores informais, de baixa renda e desempregados. Trata-se de uma forma de renda básica, para evitar que essa parte da população seja mais prejudicada.

¹³ Madeira, Lígia; Papi, Luciana Papi; Geliski, Leonardo; Rosa, Taciana Rosa. *Artigo: Os estudos de políticas públicas em tempos de pandemia*. Publicado em 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-os-estudos-de-politicas-publicas-em-tempos-de-pandemia/> Acesso em: 02 mai 2020.

¹⁴ Fiori, José Luiz. *Estado do Bem-Estar Social: Padrões e Crises*. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf> Acesso em: 02 mai 2020.

¹⁵ ESPING-ANDERSEN, G. *As Três Economias Políticas do Welfare State*. in Revista Lua Nova, nº 24, setembro, 1991.

Todavia, isso ainda não era o suficiente. Em abril de 2020, políticas que pudessem contribuir com o setor econômico passam a surgir de forma a tentar amenizar o impacto. Dentre elas, a redução de salários no período em que durar a pandemia. Através da Medida Provisória 936¹⁶, de 01 de abril de 2020, o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (Agência Senado, 2020), previu a redução de salários de forma proporcional e a suspensão das atividades¹⁷.

E as micro e pequenas empresas que formam o setor da economia que está sendo muito atingido e emprega mais de 70% das pessoas? Para Pontes (2020), há uma necessidade de agir dentro de questões tributárias. O autor mostra que a ausência de um regime tributário de calamidade pública de forma a atender as exigências da crise sanitária provocada pela pandemia faz com que o setor econômico viva uma instabilidade. Aponta que o objetivo não deve ser fiscal e sim extrafiscal, a fim de preservar os empregos e a própria atividade.

Pontes (2020) ainda enumera algumas atitudes possíveis para o salvamento do setor econômico dentro do contexto tributário. Cita-se, por exemplo, “a agilidade na liberação de créditos fiscais detidos pelas empresas junto ao Fisco, tais como os créditos de PIS/COFINS e autorização para sua imediata transferência para terceiros no ano de 2020 [...]; suspensão imediata dos parcelamentos tributários em andamento, permitindo caixa às empresas para o pagamento de salários, condicionado ao compromisso de não demitir [...]”¹⁸.

Percebe-se que há muito que ser feito e de forma urgente, a fim de evitar um desastre econômico que dificilmente conseguirá ser recuperado.

¹⁶ Brasil. Medida Provisória 936, publicada em 01 de abril de 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm Acesso em: 02 mai 2020.

¹⁷ Agência Senado. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/02/mp-preve-novas-regras-para-reducao-de-jornada-e-salario-e-suspensao-de-contrato>> Acesso em 02 mai. 2020.

¹⁸ Pontes, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. Publicado em 15 de abril de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19> Acesso em 02 mai. 2020.

Conclusão

Em tese, todas as organizações precisam de uma estratégia de negócio. Entretanto, não adianta muito apenas ter uma estratégia. É necessário que as empresas realizem sua estratégia, ou seja, transformem planos em realidades e mais que isso, que realmente elevem a empresa de patamar considerando sua atuação na indústria. As estratégias são definidas a partir de cenários de negócio, ou seja, análises de tendências levantadas a partir de análise profunda dos mais diversos pontos de vista de probabilidades de futuras realidades.

No Brasil, como em todos os demais países, não havia nenhuma consideração relativa a possível e provável ocorrência de pandemia que pudesse afetar negativamente a economia e, por consequência, os negócios das organizações privadas e também das organizações públicas, até o final do ano de 2019 e início do ano de 2020. Analisamos os cenários das empresas mais importantes no setor de energia – o que foi tema para outro trabalho, em desenvolvimento – e não foi encontrado nenhuma consideração relativa a epidemia e muito menos de uma pandemia avassaladora como o Covid-19.

Assim, as empresas maiores, mais profissionais e melhor estabelecidas rapidamente procederam a revisão de seus cenários e conseqüentemente, de suas estratégias. O impacto a curto e médio prazo é evidente. A longo prazo, pode-se até considerar que o cenário mais provável tenha pequeno desvio de rota. Mas, considerando que crise também é oportunidade, empresas capitalizadas e solidificadas continuam e até mesmo agilizam seus projetos estratégicos. Uma evidência é o investimento que a Shell está realizando no município de Brasilândia de Minas, estado de Minas Gerais com a construção de três parques de geração de energia fotovoltaica com capacidade total de 150 MW¹⁹.

¹⁹ Shell dá passo em energia renovável no Brasil com outorga de 3 usinas solares. Publicado por Notícias Agrícolas em 27/04/2020. Disponível em: https://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/257781-shell-da-passo-em-energia-renovavel-no-brasil-com-outorga-de-3-usinas-solares.html?utm_source=parceiros&utm_medium=grss#.Xq9k6ahKhPY. Acesso em: 02 mai. 2020.

Já a realidade da grande maioria das pequenas e médias empresas brasileiras é o oposto da realidade das grandes empresas. Com pouco capital para investimento e também com falta de capital de giro, desatualizadas tecnologicamente, as pequenas e médias empresas não conseguiram formar capital suficiente para sobreviver em tempo de crise. Poucas conseguem adaptar-se à realidade econômica durante a crise. Sobrevivem, mas perdem participação de mercado e reduzem seu quadro de funcionários. Outras, mesmo após mais de 30 dias de fechamento forçado de seu estabelecimento, ainda não tem um modelo a seguir e muito menos um plano de negócio. Algumas – e não são poucas – encerraram os negócios.

Falta de estratégia, de capacidade gerencial e de recursos tornam-se mais evidentes em período de crise. Resta então uma alternativa que é a busca por ajuda oficial, ou seja, recurso do governo em crédito e até em espécie, perdão de dívidas, taxas e impostos por alguns meses. Infelizmente não há como nenhum governo, e muito menos no Brasil, ajudar totalmente a todos os que buscam socorro.

O mercado informal, com subemprego e profissionais sem nenhum registro é outra fonte de problema. Assim, a economia como um todo entra em colapso. Uma crise com falta de demanda e de oferta. Empresas paralisadas sem nenhum faturamento. Faltam insumos e produtos.

No contexto de políticas públicas, há uma ênfase ao contexto tributário. Medidas governamentais mais eficazes já deveriam ter sido implementadas de forma a garantir a sobrevivência dos pequenos e médios empreendedores. A adoção da Medida Provisória 936 que possibilita a redução de salários e até mesmo a suspensão não se mostram efetivas se não houver uma facilitação nas obrigações tributárias. Planejamento e estratégias governamentais para esse setor são imprescindíveis de forma a garantir a sua sobrevivência.

Concluindo, empresas que conseguirem sobreviver a crise do Covid-19 terão pela frente uma realidade que, para aquelas empresas

que puderam estudar cenários e desenvolver estratégias de negócio, será difícil de enfrentar. Para as empresas que conseguirem sobreviver à crise mas não se prepararam com o estudo de cenários e desenvolvimento de estratégia, a realidade será ainda mais dura. Para as empresas que não conseguirem sobreviver a crise... terão seus executivos e dirigentes participando de filas de desempregados, infelizmente. As pesquisas da StartSe e da FGV-Ebape reforçam essa tendência desastrosa para a economia e para a família brasileira.

Referências

Agência Senado. **MP prevê novas regras para redução de jornada e salário e suspensão de contrato.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/02/mp-preve-novas-regras-para-reducao-de-jornada-e-salario-e-suspensao-de-contrato>. Acesso em: 02 mai. 2020.

BANDNEWS. *Bandnews Docs gripe espanhola.* 2020. Disponível em: <https://bandnewstv.band.uol.com.br/programas/bandnews-docs/16786219/bandnews-docs-gripe-espanhola.html>. Acesso em: 01 mai. 2020.

Brasil. **Medida Provisória 936**, publicada em 01 de abril de 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm Acesso em: 02 maio 2020.

CHAN KIM, W. e MAUBORGNE, R. *Estratégia do Oceano Azul.* Harvard Business Review Editora. USA. 2004

ESPING-ANDERSEN, G. *As Três Economias Políticas do Welfare State.* In Revista Lua Nova, nº 24, setembro, 1991.

FGV-EBAPE. **O impacto da Covid-19 em dirigentes de empresa e executivos.** Valor Investe. Publicado em abril 2020.

FIORI, José Luiz. **Estado do Bem-Estar Social: Padrões e Crises.** Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf>. Acesso em: 02 mai 2020.

GRUPTA, SUNIL. *Implantando Estratégia Digital.* Harvard Business Review. MBooks Editora. 2019.

MADEIRA, Lígia; Papi, Luciana Papi; Geliski, Leonardo; Rosa, Taciana Rosa. **Artigo: Os estudos de políticas públicas em tempos de pandemia.** Publicado em 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-os-estudos-de-politicas-publicas-em-tempos-de-pandemia/> Acesso em: 02 maio 2020.

NOTÍCIAS AGRÍCOLAS. **Shell dá passo em energia renovável no Brasil com outorga de 3 usinas solares.** Publicado em 17 de abril de 2020. Disponível em: https://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/257781-shell-da-passo-em-energia-renovavel-no-brasil-com-outorga-de-3-usinas-solares.html?utm_source=parceiros&utm_medium=grss#.Xq9k6ahKhPY Acesso em: 02 mai. 2020.

PENROSE, EDITH. **A teoria do crescimento da firma.** Editora Unicamp, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. **Regime tributário de calamidade da Covid -19.** Publicado em 15 de abril de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19> Acesso em 02 mai. 2020.

BORNELI, Junior. **56 por cento das empresas ainda estão lutando para sobreviver.** STARTSE. Publicado em 08 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/56-das-empresas-est%C3%A3o-lutando-para-sobreviver-junior-borneli?articleId=6653737506430820353>. Acesso em 13 abr. 2020.

A Responsabilidade do Franqueador Perante Consumidores: uma Investigação Indutiva dos Fundamentos Empregados pela Jurisprudência Brasileira

Raul Murad Ribeiro de Castro¹

André Brandão Nery Costa²

Resumo

O texto trata dos fundamentos usados para imputar a responsabilidade do franqueador por danos ocasionados pelo franqueado aos utentes de bens e serviços. A análise realizada examina minuciosamente os fundamentos acolhidos pela jurisprudência, especialmente a recente e paradigmática decisão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, as razões empregadas pelas cortes são avaliadas de maneira sistemática para averiguar a sua conformação com o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Contrato de franquia; responsabilidade; cadeia de fornecimento.

Abstract

The text deals with the arguments used to attribute the responsibility of the franchisor for damages caused by the franchisee to its consumers. The analysis carried out examines in detail the arguments adopted by the jurisprudence, especially the recent and paradigmatic decision by the Superior Court of Justice. Then, the reasons employed by the courts are evaluated systematically to ascertain their conformity with the legal system.

Keywords: Franchise agreement; responsibility; supply chain.

¹ Doutorado e Mestre em Direito Civil pela UERJ, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Campos - FDC / UNIFLU. Professor de Direito Civil e Propriedade Intelectual dos cursos de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados. E-mail: raul.murad@gmail.com

² Doutor em Direito Civil e Comercial pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza” (2019). Mestre em Direito Civil pela Universidade de Paris Panthéon-Sorbonne (2019). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2013). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2010). E-mail: andrebrncosta@gmail.com

Introdução

Este trabalho tem por finalidade a realização de uma investigação indutiva dos fundamentos utilizados pela jurisprudência pátria para a imputação de responsabilidade ao franqueador, por danos aos utentes de bens e/ou serviços fornecidos pelo franqueado. Para tanto, a análise inicia-se com a delimitação do cenário teórico em que se encontra a discussão sobre o instituto da responsabilização civil em geral; restringe-se, novamente, com o enquadramento da *fattispecie* afeita especificamente ao papel do franqueador, na tutela dos sujeitos alcançados pelas atividades do franqueado – por meio da descrição do recente debate, junto ao Superior Tribunal de Justiça, sobre a temática; e aprofunda-se com apreciação dos fundamentos da dita discussão, em cotejamento crítico com os precedentes decorrentes da jurisprudência nacional.

A Explicitação do Marco Teórico para a Investigação: a Responsabilidade Civil em Transformação

A presente investigação tem por diretriz teórica e metodológica as transformações que ocorreram no Direito Privado vindo a culminar, no ordenamento pátrio, na consolidação da hermenêutica civil-constitucional. Dentre as implicações dessa interpretação, enfoca-se especialmente naquelas responsáveis pela transmutação da seara da responsabilização civil.

Historicamente, o quadro de estabilidade estampado nos códigos sofreu fortes abalos com a intensificação do processo de industrialização no século XIX, que, aliado a outros movimentos sociais como a primeira guerra mundial, contribuiu para a presença cada vez mais acentuada do Estado na economia, provocando profundas mudanças nos sustentáculos liberais que alicerçavam o direito civil³.

³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 25.

Iniciou-se, assim, o ocaso da noção, estabelecida ainda no século XIX, de que *matérias de distribuição*⁴ seriam afeitas somente à política, e não ao Direito. Pilares daquela época, a legalidade estrita e a plena separação de poderes e funções passam a ser redesenhadas conforme impulsionam os anseios da tessitura social.

O Código Civil marcado por ideais liberais econômicos foi paulatinamente perdendo sua centralidade e absolutismo então reinante. Pouco a pouco se inseriu no ordenamento legislações – extravagantes, especiais e estatutos – valorativamente independentes daquela ordem então vigente⁵, de modo que aquele diploma deixou de exercer o papel de centro unificador do ordenamento privado.

Tem-se especial destaque para o Código de Defesa do Consumidor (CDC) com a promoção de um regramento inteiramente diverso da sistemática de responsabilização vigente no, então, Código Civil de 1916 (CC/16) (e, de certa forma, mantida pelo Código Civil de 2002, CC/02); em específico com o estabelecimento da responsabilidade objetiva como regra geral (artigos 12 e 14 do CDC), assim como com a previsão de solidariedade automática entre aqueles que integram a cadeia de fornecimento de produtos e serviços (artigos 7º, parágrafo único, 18, 19, 25, parágrafo primeiro, todos do CDC).

No entanto, tal vacância deveria ser, necessariamente, suprida, visto que o Direito, embora deva receber as afluências da sociedade, precisa, como ordenamento científico, ser também, ao mesmo tempo, “*sistemático e, a um só tempo, orgânico, lógico, axiológico, coercitivo, uno, monolítico, centralizado*”⁶. Nas conhecidas palavras de professor titular

⁴ Para aprofundamento acerca desta consolidação político-jurídica do século XIX, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 251.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. **Stvdia Iuridica**: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001, p. 329-331.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: _____. **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 362.

das *Arcadas*, o direito não pode ser interpretado por tiras, aos pedaços, à revelia de um sistema⁷.

A relevância da normatividade constitucional possibilitou a promoção não só da unificação do ordenamento, mas também permitiu a superação de um Estado de Direito meramente formal, técnico e desvinculado da promoção de justiça social⁸. Onde antes havia normas meramente políticas, orientadoras dos trabalhos legiferantes, passou-se a vislumbrar um diploma materialmente sólido⁹, causa fundamentadora e justificante de todo o ordenamento, o qual deve se harmonizar à nova sistemática, funcionalizando-se aos novos valores positivados¹⁰.

O papel desenvolvido pela Constituição como diploma materialmente unificador do sistema¹¹ demanda, conseqüentemente, a prevalência dos princípios e direitos fundamentais em todas as relações jurídicas – inclusive as privadas¹². Seja de eficácia mediata¹³, por meio do preenchimento de conteúdo das cláusulas gerais, seja pela aplicação imediata¹⁴, via emprego direto às situações concretas,

⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 164.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 577.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

¹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 26.)+.

¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 306.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., ampl. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 378.

¹³ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 467 et seq.; e, ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 276 et seq.

¹⁴ Conferir SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 375 et seq.; e, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 281 et seq.

os princípios fundamentais permeiam o ordenamento jurídico por completo¹⁵.

A imputação civil de dano não esteve alheia a este fenômeno. Do princípio constitucional da proteção da pessoa humana decorrem diretamente os princípios da reparação integral¹⁶ e solidariedade social¹⁷. Por meio destes, o “*sistema de verificação da culpa, calcado em ideias de cunho individualista, evoluiu para um sistema solidarista*”¹⁸.

Em si, o desenvolvimento de hermenêutica pautada na incidência dos princípios da reparação integral e da solidariedade social, ambos justificados na cláusula geral de tutela à pessoa humana, ocasionou a transmutação das bases valorativas do instituto da responsabilidade civil e sua consequente reconfiguração para o chamado *Direito de Danos*. Diante disso, tal temática tem atuado como terreno profícuo para uma série de novas discussões, cujo objeto central é permeado tanto por proposições de releituras de seus elementos, quanto pela própria revisão de sua finalidade como um todo.

Questiona-se, exemplificativamente, a possibilidade de responsabilização por *presunção de causalidade*¹⁹; a densificação

¹⁵ Cf. KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁶ Para um aprofundamento sobre o princípio da reparação integral cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Artigo 944 do código civil**: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro, (63), 2008.

¹⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 338.

¹⁸ GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Clássica: São Paulo, 2013, p. 23. Nesse sentido, as páginas clássicas de Maria Celina Bodin de Moraes: “[...] o Direito civil atual inverteu o polo e concentra-se na pessoa da vítima, considerando que, se alguém sofre um dano imerecido, faz jus, em princípio, à indenização. Houve, portanto, como já tantas vezes sublinhado, a inversão do fundamento geral de responsabilidade, que hoje tem por princípio geral a ideia de que a ‘vítima não deve ficar irressarcida’, em lugar da máxima que vigia anteriormente na matriz liberal, isto é, nenhuma responsabilidade sem culpa” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131).

¹⁹ Cf. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

interpretativa da *cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*²⁰; a imputação civil de dano, ainda que *decorrente de ato lícito*²¹; a refuncionalização do caráter reparatório para agregar também aspecto *sancionador*²²; enfim, os *paradigmas* da responsabilidade civil²³.

Paralelamente a esta modificação do foco de relevância, consolidou-se a noção de ‘dano injusto’. Esta atua como um filtro essencial para a manutenção da coesão e legitimidade da responsabilização civil, uma vez que condiciona a ampliação das hipóteses de reparação à obrigatoriedade de o interesse pertinente ser concretamente merecedor de tutela constitucional²⁴. Com efeito, observa-se que todo o ordenamento fora imbuído por novo *elemento teleológico*²⁵.

Nesta linha, e tendo-se verificado a profunda transmutação lógica por que passou (e passa) a sistemática de responsabilização civil, emerge a necessidade de investigação (e adequação) do tratamento destinado à temática pela jurisprudência pátria, tendo-se escolhido como objeto para a presente análise a *fattispecie* afeita à imputação de responsabilidade ao franqueador, por dano ao utente dos bens e/ou serviços do franqueado.

²⁰ Cf. SALLES, Raquel Bellini. **A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²¹ Cf. USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014; BAROBZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil e bioética. In: MARTINS, Magalhães Guilherme (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

²² Cf. ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

²³ Cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. **Responsabilidade civil e bioética**. In: MARTINS, Magalhães Guilherme (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 491.

²⁵ “Os que não adaptam o sentido do texto ao fim *atual*, além de afastarem o Direito da sua missão de amparar os interesses patrimoniais e o bem-estar psíquico do indivíduo consociado, reverterem ao quarto século antes de Cristo, quando Teodósio II promulgou a sua célebre Constituição” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 127).

A *Fattispecie* delimitada pelo Superior Tribunal de Justiça: Uma Plêiade de Fundamentos para a (Ir)Responsabilidade do Franqueador por danos aos Utentes de bem e/ou Serviço Prestados pelo Franqueado

Em 23 de junho de 2015, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se deparou com a análise acerca da legitimidade passiva de um franqueador em lide fundada na violação de direitos de utente em vista de serviço prestado pelo franqueado, por meio do REsp 1426578/SP²⁶. Em que pese a matéria não seja estranha aos Tribunais Estaduais, este julgamento se qualifica como relevante pela presença de uma série de circunstâncias fáticas.

Em si, trata-se de primeiro precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Ainda, a discussão referiu-se especificamente à legitimidade passiva do franqueador, visto que se tratava da possibilidade de o franqueador ser constrangido ao cumprimento de tutela inibitória, já em sede de antecipação dos efeitos da tutela, quando o ato tido por vulnerante fora praticado pelo franqueado. Não fosse o bastante, o voto condutor reúne um conjunto de

²⁶ “DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. FRANQUIA. RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE TERCEIROS. APLICAÇÃO DO CDC. INCIDÊNCIA. 1. Os contratos de franquia caracterizam-se por um vínculo associativo em que empresas distintas acordam quanto à exploração de bens intelectuais do franqueador e têm pertinência estritamente inter partes. 2. Aos olhos do consumidor, trata-se de mera intermediação ou revenda de bens ou serviços do franqueador - fornecedor no mercado de consumo, ainda que de bens imateriais. 3. Extrai-se dos arts. 14 e 18 do CDC a responsabilização solidária de todos que participem da introdução do produto ou serviço no mercado, inclusive daqueles que organizem a cadeia de fornecimento, pelos eventuais defeitos ou vícios apresentados. Precedentes. 4. Cabe às franqueadoras a organização da cadeia de franqueados do serviço, atraindo para si a responsabilidade solidária pelos danos decorrentes da inadequação dos serviços prestados em razão da franquia. 5. Recurso especial não provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1426578/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 22/09/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 5 junho 2017.)

(possivelmente) todos os fundamentos desenvolvidos perante os Tribunais Estaduais para justificar a legitimidade – e, em outro momento, responsabilidade – do franqueador. Por fim, a despeito das premissas (potencialmente) sedimentadas em que se sustentou o Ministro Relator, o julgamento foi permeado por divergência, tendo o voto vencido não só negado por completo um dos fundamentos, como também proposto a mitigação das consequências derivadas do voto vencedor.

Na hipótese, uma utente do serviço de prestação de aulas em língua estrangeira ajuizou ação declaratória de nulidade de débito conjugada com a compensação por danos morais, em desfavor tanto da franqueadora, quanto das ‘franqueadas’ (a franqueada havia sido desligada, sendo sucedida por outra). Como contexto fático, tem-se que a utente deixou de adimplir as parcelas relativas aos meses em que não houve prestação de serviço; vindo a franqueada, então, a apontar tais débitos para protesto.

Em vista da possibilidade de a utente vir a ser inscrita no cadastro dos órgãos de restrição ao crédito, esta pleiteou também a concessão de tutela antecipada para que fosse determinada a abstenção em relação a todos os requeridos. Esse pleito foi acolhido tanto em Primeira, quanto em Segunda Instância; tendo esta *fattispecie* suscitado a admissão do recurso especial, ante, especialmente, a violação dos comandos normativos dos artigos 12 e 14 do CDC²⁷.

Ao apreciar a impugnação recursal, apesar de qualificar o contrato de franquia como constitutivo de uma relação empresarial entre franqueador e franqueado, o Ministro Relator compreendeu que este arranjo concreto entre sociedades empresárias não teria o condão, porém, de excluir tanto a impressão vinculativa perante terceiros, quanto à aplicação das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor²⁸.

²⁷ *Ibid.*, p. 2.

²⁸ *Ibid.*, pp. 5-8.

Em primeiro momento, tem-se que, para o Ministro Relator, o contrato de franquia não teria o condão de caracterizar uma separação quanto ao cumprimento da atividade fim, perante o utente. Ainda que no regulamento concreto entre franqueador e franqueado houvesse tal distinção, este não teria lugar na realidade concreta, pois, “*aos olhos do consumidor, trata-se de uma mera intermediação, ainda que de bem material*”²⁹. Nesse sentir, em que pese não tenha havido menção expressa, observa-se que o voto condutor teria empregado a teoria da aparência³⁰ para fundamentar a qualificação como fornecedor e, por conseguinte, a aplicação do CDC.

O Ministro Relator ainda salientou que a atividade desenvolvida pelo franqueador atrairia a incidência das normas prescritas nos artigos 14 e 18 do CDC. Estabeleceu-se que a atividade do franqueador seria qualificada como de ‘fornecimento de bens imateriais’, assim como este atuaria (ao que parece, mesmo em abstrato) como responsável pela organização da cadeia de consumo³¹, atraindo, assim, a sistemática de responsabilização solidária pertinente àqueles dispositivos.

²⁹ Ibid., p. 6.

³⁰ “A teoria da aparência, fazendo uso da denominação mais utilizada em doutrina, é um instrumento por meio do qual, em nome da proteção do sujeito de boa-fé, se desconsidera o vício interno de uma situação aparentemente válida para fazer valer a situação como se perfeita e regular fosse. Para proteger aquele que, de boa-fé, negocia com um falso titular do direito, a lei impõe a produção dos mesmos efeitos jurídicos que o negócio surtiria se ocorresse com o assentimento do verdadeiro legitimado, invadindo, portanto, seu patrimônio. [...] É possível sintetizar em três os requisitos que são normalmente aduzidos para a aplicação da chamada teoria da aparência. O primeiro requisito é a própria aparência: a existência de uma situação de fato cercada por circunstâncias em virtude das quais se apresente como seguramente de um direito. O segundo requisito refere-se àquele que confiou na aparência. Para a maior parte da doutrina, ele deve, de boa-fé, incidir em um erro escusável, possuir uma razoável justificativa para acreditar. [...] Um terceiro quesito seria a existência de algum tipo de omissão por parte do titular efetivo do direito que justificasse a imputabilidade do ônus decorrente da conversão da situação aparente em legitimidade jurídica.” (KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 114-115, 125-126).

³¹ BRASIL, op. cit., pp. 6-7.

Não obstante, houve pedido de vista, o qual resultou em voto vencido, fundado em premissas opostas – uma conflitante de forma total e outra parcialmente – às da Relatoria. Afora a reflexão quanto à viabilidade fática (ou melhor, eficácia) de uma tutela inibitória direcionada ao franqueador, uma vez que a conduta que se buscava coibir era a do franqueado³²; o voto divergente não só questionou a compreensão de que os agentes poderiam ser vislumbrados (para fins jurídicos) como um único ente, como também propôs um delineamento mitigado para a possível responsabilização sob a ótica consumerista.

Inicialmente, o voto vencido se assentou no fato de que a Lei n. 8.955/1994 (Lei de Franquia) teria criado um universo jurídico próprio para o relacionamento tanto entre franqueador e franqueado, como perante estes e terceiros. Em síntese, vislumbrou-se que o comando normativo do artigo 2º daquele diploma, o qual contém a conceituação legal da franquia empresarial, compreenderia um arranjo no qual tais sujeitos seriam inteiramente independentes. Como reforço desta interpretação, o Ministro colacionou uma série de precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, os quais seriam aptos a comprovar que franqueador e franqueados não poderiam, em regra, ser qualificados como um grupo econômico, apresentando, assim, responsabilidades conforme a medida de suas respectivas condutas.³³

Não obstante, ensaiou-se, no voto vencido, que a eventual inserção do franqueador no contexto de uma relação consumerista, se feita, não atrairia a imputação de responsabilidade por todos os fatos e vícios decorrentes da prestação de serviço pelo franqueado. Ressaltou-se que, caso o franqueador se qualifique como um fornecedor, este o seria somente no que fosse pertinente ao direcionamento ofertado ao franqueado; compreendendo, desta feita, as informações relativas ao procedimentos (metodologias, *know how*, segredos e afins) pertinentes ao curso de língua estrangeira. Desse modo, a restrição ao crédito

³² BRASIL, op. cit., voto vencido do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, pp. 13-15.

³³ Ibid., voto vencido do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, pp. 16-17.

da utente – nesta hipótese qualificada como consumidora – não estaria compreendida na cadeia de fornecimento entre franqueador e franqueado.³⁴

Diante deste contexto, tem-se que um mesmo fenômeno, a relação jurídica entre franqueador e franqueado, assim como seus efeitos perante terceiros (restringidos, nesta investigação, aos utentes de serviços e/bens ofertados pelo franqueado), foi apreciado sob perspectivas distintas – e, em certo ponto, antagônicas – quando submetido à Corte titular da atribuição para a pacificação da hermenêutica afeita à legislação infraconstitucional (na forma do artigo 105, III da Constituição). Este debate, embora indique a possibilidade de ausência de sedimentação quanto às apreensões sobre a matéria, apresenta-se como demonstração tanto a relevância do tema, quanto da necessidade de maior aprofundamento.

Sob essa via, tendo por fundamento as premissas estabelecidas no acórdão relatado, proceder-se-á, nos limites do informado no capítulo introdutório, a sua verificação junto aos Tribunais Estaduais e Tribunal Superior do Trabalho. Pois, ao que parece, a divergência se encontra mais próxima de o que se compreende por franquia empresarial, ou melhor, das condutas (do âmbito de atuação) do franqueador perante o franqueado. Desta feita, optou-se pela utilização do método indutivo, com a análise de tais campos de atuação por meio do que explicitam os julgados dos Tribunais Estaduais, uma vez que estes realizam a depuração do elemento fático, com maior intensidade, no momento do processo de qualificação jurídica e integração da norma³⁵.

³⁴ *Ibid.*, voto vencido do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, pp. 17-18.

³⁵ “As normas não possuem sentido apriorístico, mas são compostas de diversos elementos exteriores ao texto, sem os quais não se pode atribuir significado ao texto legal. Nesse processo, fato social e norma compõem unidade historicamente determinada, isto é, devem ser valorados de acordo com sua apreensão pela sociedade no momento da interpretação. Daí afirmar-se que qualificação e interpretação constituem aspectos de evento incidível, pois, conforme observado anteriormente, da interpretação decorre uma qualificação única de certo fato, que servirá como parâmetro objetivo de incidência das normas jurídicas.” (TEPEDINO, Gustavo. **Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira.** *In:*

O Franqueador e seu Papel na Cadeia de Consumo: a (I)Limitada Responsabilidade de Atos do Franqueado – Primeira Parte

Tendo por diretriz a metodologia proposta, a investigação apreciará, neste primeiro momento, a premissa que acarretou o provimento do recurso especial, assim como a contra-interpretação desenvolvida pelo voto divergente. Isto é, essa seção terá por finalidade a verificação empírica das justificativas para o enquadramento do franqueador na cadeia de consumo – enquanto fornecedor que seria – e, ainda, o fundamento para o estabelecimento de uma limitação da responsabilidade, tendo por vista a peculiaridade da relação entre o franqueador e o franqueado.

Inicialmente, informa-se que a pesquisa nos Tribunais Estaduais resultou em uma série de julgados fundados no emprego conjugado entre as normas do Código de Defesa do Consumidor e a teoria da aparência. Após a sua apreciação qualitativa, percebeu-se que a perspectiva afeita à última teria maior relevância, de modo que os mesmos serão utilizados na análise da seção seguinte.

Em específico quanto à ocorrência de aplicação das normas de proteção ao consumidor, o fenômeno empírico foi suficiente para demonstrar que a temática de responsabilização do franqueador se mostra tomada por uma série de facetas, tanto sob a perspectiva fática, quanto jurídica; sem que, contudo, a presença de diferenças – inclusive nos fatos – tenha sido considerada como apta a promover conclusões diversas.

Observa-se, em relação à primeira conclusão, que os acórdãos tendem a não estabelecer distinções quanto ao papel do franqueador, de modo que na concretização do suporte fático, distintas hipóteses são inseridas, em geral, em um mesmo contexto argumentativo.

VICENTE, Dário Moura Vicente et al. (Coords.). **Estudos de direito intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária.** Coimbra: Almedina, 2015, pp. 285-286).

Além das situações em que, em princípio, não haveria participação direta do franqueador³⁶, foi possível perceber que ocorreu a imputação de responsabilidade solidária porque aquele possuiria obrigação contratual de firmar e entregar determinado documento juntamente com o franqueado³⁷, ou em vista do fato de que caberia exclusivamente àquele a entrega de certo bem – visto que o franqueador se apresentaria como fabricante do produto comercializado pelo franqueado³⁸.

Diante deste cenário, faz-se necessário ressaltar que a temática afeita à responsabilização do franqueador por atos do franqueado não compreende as duas últimas *fattispecies* (e outras a ela assemelhadas), tendo em vista que naquelas o franqueador responde por atividade própria. O franqueador se insere na cadeia de consumo, não porque sua atuação como franqueador seria qualificada como de fornecedor

³⁶ “Apelações cíveis. Prestação de serviços educacionais. Fornecimento de certificado de conclusão de curso não levado a efeito. Responsabilidade objetiva e solidária das empresas franqueadora e franqueada pelos danos causados ao consumidor - artigo 25, §1º, CDC. Prejuízo moral evidenciado. Indenização acertadamente fixada em R\$ 4.000,00. Sentença preservada. Recursos, principal e adesivo, improvidos.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Tercio Pires; Autos n. 0043508-34.2011.8.26.0576; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/09/2016; Data de registro: 29/09/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017).

³⁷ “Tendo em vista que o documento a ser apresentado é comum às partes e supostamente não foi entregue ao consumidor, tem ele legítimo interesse de agir para a ação cautelar de exibição de documento.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Gilberto Leme; Autos n. 0000214-87.2015.8.26.0382; Comarca: Mirassol; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/08/2016; Data de registro: 05/09/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017).

³⁸ “Nessa preliminar, afastada na r. sentença, restou assentado que, sendo a ré a empresa franqueadora, ela responde solidariamente com o lojista, empresa franqueada, pelos danos causados à autora. Ora, a fabricante e a vendedora integram a mesma cadeia de fornecimento do produto ou do serviço e, nessa condição, são solidariamente responsáveis pelos prejuízos suportados pelo consumidor, nos termos do que dispõem os arts. 7º, parágrafo único, 18, 25, §1º e 34, todos do CDC.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Sergio Alfieri; Autos n. 0176832-59.2012.8.26.0100; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/08/2016; Data de registro: 24/08/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017).

de produtos ou serviços, mas sim ante o fato de que este praticaria fato alheio (ou melhor, complementar) à atividade de franquia empresarial e pertinente ao próprio consumidor.

Para a aferição do objeto desta investigação, no entanto, torna-se preciso a explicitação dos comandos normativos que motivariam a extensão da responsabilidade ao franqueador, tendo em vista que não houve, nestes acórdãos específicos quanto à aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, o aprofundamento acerca dos elementos fáticos que inseririam, *per se*, a figura do franqueador na cadeia de consumo.

Relativamente a esta constatação, verificou-se que os julgados costumam fazer referência a uma quantidade variada de comandos normativos, compreendendo os artigos 3º, 7º parágrafo único³⁹, 18⁴⁰, 25 parágrafo primeiro⁴¹ e 34.

Não há em nenhum deles, porém, o tratamento expresso quanto à figura do franqueador. As normas pertinentes à tutela do consumidor, enquanto afeitas a um sistema aberto e voltado a uma espécie de parte geral que abarque toda relação consumerista, são permeadas de conceitos jurídicos indeterminados, cuja densificação ocorrerá por meio da conjugação de seus pressupostos com a realidade fática.

Em si, verifica-se que a conjugação dos comandos indicados representa a responsabilização solidária daquele que é fornecedor de

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Sergio Alfieri; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/08/2016; Data de registro: 24/08/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Gilberto Leme; Comarca: Mirassol; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/08/2016; Data de registro: 05/09/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Tercio Pires; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/09/2016; Data de registro: 29/09/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017.

produto ou serviço desde que esteja inserido na cadeia de consumo e independentemente de sua participação no fato danoso⁴². Pois, em que pese as previsões dos artigos 7º parágrafo único, 25 parágrafo primeiro e 34 estendam a imputação para aquele que participa do fato com outros ou mesmo possua vinculação (ou melhor, relação de representação⁴³) com os agentes causadores – respectivamente, os dois primeiros e o último –, a norma do artigo 18 amplia essas hipóteses exigindo somente que se tenha participado da introdução do produto ou serviço no mercado⁴⁴.

Vê-se, então, que as normas do Código de Defesa do Consumidor são insuficientes para a compreensão do fenômeno objeto deste estudo e que, desse modo, a delimitação fático-jurídica do papel do franqueador se apresenta como determinante para a investigação. Ainda sob a metodologia indutiva, ante a insuficiência do material coletado perante os Tribunais Estaduais, observa-se que necessitarão ser tomados de auxílio os exames dos fatos realizados junto à Justiça do Trabalho, quando da análise da responsabilidade do franqueador por débitos trabalhistas do franqueado – o que será feito na seção seguinte.

Por fim, caso haja a conclusão pelo enquadramento do franqueador como fornecedor, isto é, agente a que se atribui a incorporação de determinado produto ou serviço em uma cadeia de consumo, observa-se não há meios capazes de se compatibilizar interpretação

⁴² “O legislador especial supera a dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual. O dever de reparação é atribuído a todos os participantes do processo de fabricação e distribuição dos produtos, a prescindir de vínculo contratual entre estes e a vítima do dano.” (TEPEDINO, Gustavo. **Os contratos de consumo no Brasil**. In: _____. *Temas de Direito Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.131).

⁴³ RIZATTO, Nunes. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 480-481.

⁴⁴ “Preambularmente, importa esclarecer que no polo passivo dessa relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis pelo ressarcimento dos vícios de qualidade ou quantidade eventualmente apurados no fornecimento de produtos ou serviços” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 185).

construída o Voto Divergente e o sistema decorrente das normas de proteção ao consumidor; pois a ausência de limitação proporcional das responsabilidades perante o consumidor decorre do próprio conjunto de normas anteriormente apresentadas.

O Franqueador e seu Papel na Cadeia de Consumo: a (I)Limitada Responsabilidade de Atos do Franqueado – Segunda Parte

Em continuidade ao desenvolvimento da investigação estabelecida, recorre-se aos julgados do Tribunal Superior do Trabalho sobre a responsabilidade do franqueador perante terceiros.⁴⁵ Diante do fato de que a legislação (Lei n. 8.955/1994, em seu artigo 2º) estabeleceu de forma expressa a ausência de vínculo empregatício em uma relação de franquia empresarial, a Justiça do Trabalho desenvolveu, ao longo dos anos, densa jurisprudência relativamente à compreensão dos papéis do franqueador e franqueado. Pois, se é certo que um pacto de franquia empresarial não atrai a responsabilidade por débitos trabalhistas do franqueado, tal certeza somente se faria precisa e determinada após a delimitação da atuação destes agentes – e, assim, a qualificação do efetivo regulamento em concreto⁴⁶.

⁴⁵ A Justiça do Trabalho aplica a noção de grupo econômico, prevista no art. 2º, §2º da CLT, a determinadas relações entre o franqueador e o franqueado para atribuir àquele responsabilidade solidária por débitos de natureza trabalhista deste. Os elementos para configurar essa excepcional responsabilidade solidária e, como pressuposto, de grupo econômico serão analisados na presente seção.

⁴⁶ Sobre a necessidade de apreciação da *fattispecie* concretamente considerada: “Allora, è l’atteggiamento mentale che deve cambiare: inizialmente occorre individuare il contratto posto in essere e la sua funzione socio-individuale, attraverso un’attenta analisi di tutti i suoi aspetti e peculiarità, compresi quelli che, a prima vista, secondo diffusi schemi concettuali, potrebbero apparire di secondaria importanza. In altre parole, prima è doveroso compiere un’analisi meticolosa del caso concreto (metodo casistico); poi, anziché sussumerlo nella *fattispecie* astratta, o in un tipo secondo l’ordinamento di riferimento, si individua, nel suo ambito, la complessa normativa da applicare in modo che risulti la più ragionevole ed adeguata.” (PIETRO, Perlingieri. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 397-398). Em tradução livre: “Então, é a atitude mental que

Inicialmente, foi verificado que há hipóteses em que a relação entre franqueador e franqueado seria tomada por uma ingerência do primeiro nas atividades do segundo, fato este que impediria o enquadramento como franquia empresarial e assemelharia tal vínculo a um grupo econômico⁴⁷. Para tanto, o exame da realidade – em específico do concreto regulamento contratual – se mostra determinante, compreendendo situações, tais como, a obrigação de envio de documentos pelo franqueado ao franqueador, quando estes são pertinentes à atividade empresarial unicamente do primeiro⁴⁸; a assunção do risco empresarial do franqueado pelo franqueador, com a titularização por este de custos

deve mudar: inicialmente é necessário identificar o contrato e sua função sócio-individual, através de uma análise cuidadosa de todos os seus aspectos e peculiaridades, incluindo aqueles que, à primeira vista, de acordo com difusos esquemas conceituais, poderiam parecer menos importantes. Em outras palavras, primeiramente é necessário fazer uma análise minuciosa do caso (método casuística); em seguida, em vez de subsumi-lo à *fattispecie* abstrata, ou em um tipo de acordo com o sistema de referência, identifica-se, no seu âmbito, a complexidade normativa a ser aplicada de modo que resulte na forma mais adequado e razoável”.

⁴⁷ CF CASTRO, Marina Grimaldi. **AS DEFINIÇÕES DE GRUPO ECONÔMICO SOB A ÓTICA DO DIREITO SOCIETÁRIO E DO DIREITO CONCORRENCIAL**: entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade solidária entre seus componentes. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af3b0930d888e15a>>. Acesso em 09.10.2016.

⁴⁸ “[...] No entanto, os termos da contratualidade evidenciam franco desvirtuamento da franquia em razão da incisiva ingerência nos negócios da 1ª reclamada, como estipulação de metas de vendas e exigência de comprovantes de quitação de créditos trabalhistas e tributários. O contrato enuncia o dever da franqueada em “enviar às franqueadoras, sempre que solicitado, relatórios diários sobre vendas de produtos, podendo as franqueadoras requisitarem, ainda, outras informações que julgar necessárias” (cláusula 6ª, item a2, ID 6ab5f82); “disponibilizar às franqueadoras, sempre que solicitado por estas, os documentos relacionados à prestação de serviços e comercialização de produtos na Unidade Franqueada, incluindo, mas não se limitando a: (i) cópia da guia de recolhimento do INSS (GPS) contendo autenticação bancária e em cartório; (ii) cópia da guia de recolhimento do FGTS (GFIP) contendo autenticação bancária e em cartório acompanhada da respectiva cópia simples da SEFIP; (iii) cópia da folha de pagamento dos empregados da franqueada contendo os valores pagos; (xi) cópia das guias de recolhimento de quaisquer tributos contendo autenticação bancária e em cartório, juntamente com a relação das notas fiscais contidas em cada guia recolhida [...]” (item i2).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 314-78.2014.5.09.0195, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 11/11/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/11/2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017).

que seriam ordinariamente do franqueado⁴⁹; ou mesmo o exercício de controle pelo franqueador da organização econômica do franqueado, tanto com a apropriação dos ativos destes, quanto com restrição à tomada de decisões pertinentes ao negócio⁵⁰.

A verificação destes fatos, ou de outros funcionalmente afins, demandará a requalificação da relação negocial de franquia e atrairá a responsabilidade trabalhista para o franqueador. Isto se dará também em relação aos consumidores, pois, de fato, não haverá uma franquia empresarial, mas sim uma hipótese assemelhada à previsão do artigo 34 do CDC, em que o franqueado seria, em si, um representante daquele.

Estas hipóteses, entretanto, referem-se a um exercício disfuncional do dito tipo contratual e, assim, não se apresentam suficientes para a conclusão da investigação. De outra monta, o processo de densificação

⁴⁹ “[...] A meu ver, a sentença deu o correto enquadramento à realidade fática comprovada nos autos, como se verifica in verbis: ‘No particular, há de ressaltar que a 1.ª ré era empresa franqueada, que vendia colchões fabricados pela 2.ª ré, colchões esses deixados em consignação com a mesma, arcando a 2.ª ré inclusive com o pagamento do aluguel do shopping. Em suma, embora não houvesse a subordinação direta do funcionário a prepostos da 2.ª reclamada, essa arcava com grande parte dos riscos do empreendimento da 1.ª, não tendo essa que imobilizar qualquer capital para fazer seus estoques, e nem mesmo arcava com os elevados custos de aluguel de um shopping Center. [...]’ (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 21140-06.2009.5.03.0022 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 06/04/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017).

⁵⁰ “[...] Prosseguindo, a franqueadora tem total controle sobre as atividades da franqueada, o que se verifica das cláusulas 1.1 (quanto à autorização para a comercialização dos produtos, facultadas a sua forma e época à franqueadora); 1.2 e 1.3 (quanto à alteração da listagem dos produtos que serão comercializados, a critério exclusivo da franqueadora) e 1.4 (que assegura à franqueadora a propriedade exclusiva da carteira de clientes). Invariavelmente e, no caso específico, a prestação de serviços pelo franqueado se dá através da distribuição de produtos ou serviços do franqueador - aqui jornais e revistas - redundando na realização de parte essencial da atividade desenvolvida, posto que objetiva a inserção do produto no mercado, vendas sempre superiores às da concorrência, incremento do faturamento e, via de consequência, do lucro, fim primordial de qualquer atividade econômica de resultados. [...]” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR - 156500-46.2001.5.02.0433 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 03/09/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017).

do conceito aberto de franquia empresarial – logo, do espectro relativo a cada parte – presente no artigo 2º da Lei n. 8.955/1994, realizado pelas reiteradas análises dos fatos decorrentes da Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, possibilita também a compreensão do que seria uma concreta relação negocial de franquia que fosse funcionalmente compatível com o tipo contratual.

Pode ser constatado, em um primeiro momento, que a relação entre franqueador e franqueado é marcada pela independência jurídica e empresarial dos agentes econômicos. Em termos estruturais, ambos compreendem pessoas jurídicas distintas, as quais são compostas por sócios que também não se confundem. Ainda, sob uma perspectiva funcional, a administração do negócio pelo franqueado é dotada de autonomia, assumindo este os riscos de sua operação comercial⁵¹. Observa-se, entretanto, que esta característica não é suficiente, *per se*, para desqualificar o franqueador, enquanto fornecedor, visto que a sistemática de responsabilização pelas normas consumeristas se destina à diluição dos riscos, para o consumidor, entre todos os agentes

⁵¹ “[...] Assim, diante de uma assertiva fática delineada pelo Tribunal Regional, da “existência de legítimo franqueador, na forma do artigo 2º da Lei 8955/94, tratando-se de pessoa jurídica distinta do franqueado (sócios notoriamente diversos), e não exercendo a direção, controle ou administração deste último, de forma direta ou indireta, exatamente por isso, não pode o primeiro ser responsável solidariamente pelos vínculos de emprego celebrados pelo referido franqueado, não se aplicando a diretriz do §2º do art. 2º da CLT”, impossível é rever esta decisão sem contrariar o disposto na Súmula 126/TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 56540-25.2003.5.15.0033 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 16/04/2008, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017). Ainda: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR-144040-58.2008.5.03.0108, 3ª Turma, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 12/08/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 85300-65.2009.5.04.0231 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 27/02/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/03/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR - 144040-58.2008.5.03.0108 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 03/08/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/08/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

independentes, porém integrantes da cadeia de destinação do produto ou serviço ao consumidor⁵².

Em continuidade, a investigação dos fatos submetidos à alta Corte Trabalhista possibilita a verificação de que o dito acordo de franquia é, adicionalmente, concretizado como uma espécie de “concessão de direitos por parte da franqueadora”⁵³, em que se “objetiva transferir a terceiros conhecimentos técnicos e administrativos para fins de abertura de empreendimento comercial”⁵⁴, por meio, também, de “orientação e repasse de tecnologia”⁵⁵ por parte do franqueador.

Tem-se, assim, que tal vinculação entre dois agentes econômicos – caso qualificada como típica relação de franquia empresarial – compreende o cenário em que a parte, tida por franqueador, aliena para o franqueado um modelo de negócio abstrato, um ‘modo de fazer’,

⁵² “No sistema do CDC respondem pelo vício do produto todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante (que elaborou o produto e o rótulo), o distribuidor, ao comerciante (que contratou com o consumidor). A cada um deles é imputada a responsabilidade pela garantia de qualidade adequação do produto. Parece-nos, em um primeiro estudo, uma solidariedade imperfeita, porque tem como fundamento a atividade de produção típica de cada um deles. É como se a cada um deles a lei impusesse um dever específico, respectivamente, de fabricação adequada, de distribuição somente de produtos adequados, de comercialização somente de produtos adequados e com as informações devidas. O CDC adota, assim, uma imputação, ou, atribuição objetiva, pois todos são responsáveis solidários, responsáveis, porém, em última análise, por seu descumprimento do dever de qualidade, ao ajudar na introdução do bem viciado no mercado. A legitimação passiva se amplia com a responsabilidade solidária e com um dever de qualidade que ultrapassa os limites do vínculo contratual consumidor/fornecedor direto [...]” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Hermam V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 3ª ed., ver., ampl. e atual., RT, 2010, p. 484-485).

⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR - 540800-92.2003.5.09.0014, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 29/06/2005, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 12/08/2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, E-RR-7700-72.2005.5.02.0001, SBDI-1, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 27/11/2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR - 1170-78.2011.5.03.0077, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 01/10/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/10/2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

que poderá ter em seu conteúdo tecnologias (protegidas ou não), treinamentos e informações (sigilosas ou não)⁵⁶.

A percepção de tais bases fático-jurídicas deste fenômeno – por meio da investigação então proposta –, possibilita, desse modo, a compreensão de que não há na atuação do sujeito, enquanto franqueador, o fornecimento de determinado serviço que, inserido em uma cadeia de fornecedores, seja realizado no contexto do “mercado de consumo”⁵⁷. O franqueador, em si, não transfere ao franqueado produto que seria fornecido ao consumidor. Ao contrário, aquele se destina a ensinar a este a, unicamente por si, atuar junto ao mercado de consumo⁵⁸.

Não obstante, a conclusão da verificação demanda o destaque de mais um elemento, observado ao longo dos julgados. Tem-se que esta espécie contratual é também permeada pelo licenciamento do signo distintivo pertinente ao franqueador (em geral marca, o que não impede outros, como nomes de domínio, nomes empresariais e títulos de estabelecimento) – fato este que não só se compatibiliza com o conceito presente no artigo 2º da Lei 8.955/1994.

⁵⁶ “Mas o que o dicionário não enfatiza é que o franchising ou franquía é um tipo de negócio jurídico de fundo tecnológico, que importa na padronização do aviamento de várias empresas independentes entre si, não necessariamente vinculadas por laços societários diretos ou indiretos.” (BARBOSA, Denis Borges. **Franchising**, p. 1. Disponível em <<http://nbb.com.br/pub/societario02.pdf>>. Acesso em: 11.10.2016).

⁵⁷ “Nesse sentido, por conseguinte, é que são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores [...]” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, op. cit., p. 39).

⁵⁸ “O fornecedor aparente - Fornecedor aparente é aquele que se identifica como fabricante do produto, aquele que opõe seu nome, sua marca ou sinal distintivo no produto ocultando a marca do fabricante. São fornecedores que aparentam ser fornecedor real, tais como os grandes distribuidores, os grossistas ou as cadeias de supermercados. Também nesta categoria está a figura do instituto das franquias comerciais (franchising). Neste aspecto o franqueador, titular da marca e encarregado da supervisão e assistência técnica dos respectivos produtos e serviços, é o fornecedor aparente, responde por seus defeitos intrínsecos e extrínsecos, circunstância esta que não afasta a responsabilidade conjunta e solidária do concessionário franqueado.” (BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Privado**, vol. 9, 2014, p. 157).

No contexto trabalhista, a existência de tal licença – assim como a fiscalização quanto ao uso dos sinais – não atrairia a responsabilidade pelos débitos trabalhistas do franqueado, ante o fato de ser insuficiente, *per se*, para representar o desvirtuamento da autonomia deste⁵⁹. Entretanto, o aprofundamento da investigação quanto a este caractere fático-jurídico, em específico, demonstrou que os efeitos são diversos em se tratando da relação entre consumidor e franqueado.

Em retorno aos julgados decorrentes dos Tribunais Estaduais, diversamente daqueles da seção anterior em que se fazia simples menção aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pode-se perceber que esta característica pertinente ao uso do signo distintivo é capaz de atrair para o franqueador a qualificação como fornecedor, em que pese os elementos anteriores não fossem suficientes para tanto.

Foi explicitado pela depuração dos elementos fáticos que, em um contexto de prestação de serviço por franqueado, o utente toma contato em substância (se não de forma exclusiva) com os sinais identificadores do franqueador, seja na imagem externa do estabelecimento comercial, nas publicidades (ainda que próprias do franqueado), nos produtos⁶⁰,

⁵⁹ “[...] A fiscalização existente é mínima, apenas para se resguardar a própria marca repassada. Logo, não há que se falar em prestação de serviços entre elas, tampouco em responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas. Precedentes. [...]” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR-193000-67.2008.5.02.0433, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, Data de Publicação 17/08/2012). Ainda em: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR-4230-60.2010.5.02.0000, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, sessão de 21 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

⁶⁰ “[...] Por outro lado, o franqueador é parte legítima para figurar em ação de responsabilidade civil quando há identificação da marca ou produto objeto do contrato de franquia, como na hipótese em questão, não podendo opor em desfavor dos consumidores excludente de responsabilidade não prevista em lei, mormente porque ao mercado o franqueador se apresenta como o fornecedor aparente. [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 23ª Câmara Cível de Consumidor, Relator Des. Maria Luiza Freitas Carvalho, Autos de n. 0015170-83.8.19.0004, Julgamento em

no instrumento formal de contratação⁶¹, ou mesmo nos documentos de quitação⁶².

Neste contexto, embora o franqueador não fosse fornecedor de produtos ou serviços, percebe-se que o licenciamento dos signos distintivos e sua utilização que caracteriza o franqueado como se franqueador fosse (ou melhor, que qualifica todos, franqueados e franqueador, como um único ente) aos olhos do utente irão, pelo emprego da teoria da aparência, enquadrá-lo como fornecedor⁶³.

Conclusão

O presente trabalho propôs uma investigação pelo método indutivo, motivada pelo recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, para verificar se o franqueador responderia pelos danos causados pelo franqueado a terceiros utentes de suas atividades.

23/12/2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 5 junho de 2017).

⁶¹ “[...] Diante da prática comercial, constando a marca no contrato de prestação de serviços (PRAQUEMARIDO FL. 22). Também consta o logotipo da marca na lista de materiais para a execução da obra (fl. 28) e na publicidade e cartão de apresentação (fl. 31), restando estabelecida uma organização de fornecimento no mercado em que há uma marca/imagem franqueada e que traz expectativa legítima ao consumidor. [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Kioitsi Chicuta; Autos de n. 1001638-08.2015.8.26.0008; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/10/2015; Data de registro: 29/10/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho de 2017).

⁶² “[...] Embora o contrato tenha sido celebrado com pessoa jurídica diversa do franqueador, verifica-se que os recibos de fls. 12 (index 00012) e 16 (index 00016) foram emitidos com a logomarca da franquia, o que demonstra claramente sua posição de fornecedor aparente, dando ensejo à responsabilidade solidária pela má prestação do serviço do franqueado, incidindo no caso as disposições previstas no artigo 25, §1º, do CDC [...]” ((BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,, 27ª Câmara Cível de Consumidor, Relator Des. Mônica Feldman de Mattos, Autos de n. 025770-30.2009.8.19.0004, Julgamento em 05/01/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 5 junho de 2017).

⁶³ “Por último, o fornecedor aparente surge, em nossos tempos, como fruto da modernidade das relações jurídicas, e encontra no instituto das franquias comerciais (franchising) seu campo de atuação.” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, op. cit., p. 162).

A partir deste marco teórico-fático, foram apreciados os julgados dos últimos anos dos Tribunais dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo sobre a matéria; assim como a hermenêutica jurisprudencial sedimentada perante as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho sobre a responsabilidade por débitos trabalhistas do franqueador.

A apreciação da atuação dos dois primeiros teve por finalidade a contextualização das teses que são desenvolvidas, após a apreciação do elemento fático pertinente à atuação do franqueador, ao passo que do último deu-se em vista do trabalho substancial, realizado ao longo dos anos, acerca da qualificação das relações negociais tidas por contratos de franquia empresarial, bem como dos papéis desenvolvidos por cada parte contratante.

Após a depuração de tais dados, foi possível verificar que, em significativas hipóteses, há a menção à atribuição de responsabilidade ao franqueador, quando, em si, esta não deriva de sua atuação enquanto franqueador, mas sim porque o agente teria fabricado o produto ou assumido obrigação contratual diretamente afeita à prestação de determinado serviço.

Por sua vez, a apreciação da relação concretamente desenvolvida pelas partes de um pacto de franquia empresarial – como ressaltado pela delimitação dos fatos pelas Turmas do TST –, permitiu a compreensão de que o franqueador unicamente “aliena” informações/tecnologias ao franqueado, o que não faz com que se efetivamente seja inserido na cadeia de consumo, visto que ele não põe produto ou serviço no mercado em si.

Ato contínuo apesar de tal conclusão preliminar demonstrar que o franqueador não estaria inserido na cadeia de fornecimento, a complementação dos dados (por meio de demais elementos trazidos pelos julgados do TST e também dos Tribunais Estaduais), possibilitou a percepção de que o franqueador não se encontra,

porém, imune à responsabilização. Pois, tal agente pode, ainda, licenciar seus signos distintivos para o franqueado, fato este que criará no utente (nesta hipótese consumidor) a expectativa de tratar-se de um único grupo de agentes, por meio da aplicação da teoria da aparência.

Essa conclusão, contudo, embora pareça produzir os mesmos efeitos do que a interpretação de que o franqueador estaria inserido na cadeia de fornecimento, alcança abrangência diversa. Pois, se a responsabilidade é pela aparência, esta poderia ser desconstituída (por exemplo, com a indicação para o consumidor de que se trataria de franquia independente); a responsabilidade seria atraída para todo o grupo (inclusive os demais franqueados, e não só o franqueador); assim como inexistiria a responsabilidade caso não houvesse o licenciamento de signos distintivos.

Neste contexto, percebe-se que o fenômeno da franquia empresarial apresenta como complexo e multifacetado, de modo que eventual ocorrência da extensão da responsabilidade ao franqueador demandará a necessária realização do processo de qualificação de toda *fattispecie*, para, assim, ser procedido à aplicação das normas pertinentes.

As conclusões alcançadas no presente texto e aquelas dispostas no voto divergente apresentado na pioneira decisão do STJ se assemelham, embora tracem caminhos argumentativos diferentes. Vislumbrou-se ali que a consumidora não teria se confundido para definir a pessoa jurídica que teria lhe causado prejuízo. A questão por ela relatada não diz respeito à qualidade do curso, nem tampouco a sua estrutura organizacional. Essa circunstância afasta a caracterização da teoria da aparência e, portanto, a qualificação da franqueadora na cadeia de consumo. Não seria aplicável a ela o CDC, de modo a estendê-la a responsabilidade solidária pelos débitos oriundos do relacionamento com sua franqueada.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil e bioética. *In*: MARTINS, Magalhães Guilherme (Coord.). **Temas de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BARBOSA, Denis Borges. **Franchising** Disponível em <<http://nbb.com.br/pub/societario02.pdf>>. Acesso em: 11 out 2016.
- BOAVENTURA, Marcelo Fonseca, A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Privado**, vol. 9, 2014.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp 1426578/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Voto Vencido do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 22/09/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 5 junho 2017.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, Relator Sergio Alfieri; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/08/2016; Data de registro: 24/08/2016). Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, Relator Gilberto Leme; Comarca: Mirassol; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/08/2016; Data de registro: 05/09/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, Relator Tercio Pires; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/09/2016; Data de registro: 29/09/2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, AIRR - 314-78.2014.5.09.0195 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 11/11/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/11/2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, AIRR - 21140-06.2009.5.03.0022 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 06/04/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, RR - 156500-46.2001.5.02.0433 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 03/09/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, AIRR - 56540-25.2003.5.15.0033 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 16/04/2008, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, RR-144040-58.2008.5.03.0108, 3ª Turma, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 12/08/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, AIRR - 85300-65.2009.5.04.0231 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 27/02/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/03/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, RR - 144040-58.2008.5.03.0108 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 03/08/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/08/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, RR - 540800-92.2003.5.09.0014 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 29/06/2005, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 12/08/2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, E-RR-7700-72.2005.5.02.0001, SBDI-1, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 27/11/2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, RR - 1170-78.2011.5.03.0077 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 01/10/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/10/2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, AIRR-193000-67.2008.5.02.0433, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, Data de Publicação 17/08/2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, AIRR-4230-60.2010.5.02.0000, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, sessão de 21 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, 23ª Câmara Cível de Consumidor, Des. Maria Luiza Freitas Carvalho, Autos de n. 0015170-83.8.19.0004, Julgamento em 23/12/2014. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, Relator Kioitsi Chicuta; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/10/2015; Data de registro: 29/10/2015. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 5 junho 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, 27ª Câmara Cível de Consumidor, Des. Mônica Feldman de Mattos, Autos de n. 025770-30.2009.8.19.0004, Julgamento em 05/01/2016. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 5 junho 2017.

CASTRO, Marina Grimaldi. **As Definições de Grupo Econômico sob a Ótica do Direito Societário e do Direito Concorrencial**: entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade solidária entre seus componentes. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af3b0930d888e15a>>. Acesso em: 9 out 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Clássica: São Paulo, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio. *In*: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Hermam V. e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao **Código de Defesa do Consumidor**, 3ª ed., ver., ampl. e atual.. São Paulo: RT, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *In: Revista da Procuradoria do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, (63), 2008.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

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

SALLES, Raquel Bellini. **A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., ampl. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RIZATTO, Nunes. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. **Stvdia Iuridica: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. 48, Coimbra Editora, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In: _____*. **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Os contratos de consumo no Brasil**. *In: _____*. **Temas de Direito Civil**, t. II Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. *In: VICENTE, Dário Moura et al.* (Coords). **Estudos de direito intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão**: Coimbra: Almedina, 2015.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

O Impacto Eleitoral Resultante da Manipulação das *Fake News* no Universo das Redes Sociais: a Construção da Desinformação

Vânia Siciliano Aieta¹

Abstract

Lies have always existed in the world of politics, but the phenomenon known as fake news is a thornier obstacle to democracy in algorithmic societies. The present work analyzes the phenomenon of disinformation from a broader perspective of the damages caused in social networks, in view of the inevitable collision between the regulations imposed and freedom of expression. By summarizing the regulatory scenario and the complexity of regulating disruptive sectors, we contribute to the regulatory debate by expounding some interdisciplinary premises necessary for the regulation of freedom of expression in social networks, especially in Brazil.

Keywords: Social networks; interactive platforms; fake news; democracy; fact checking.

Resumen

Mentiras siempre existieron en el universo de la Política, pero el fenómeno mundialmente conocido como *fake news* representa un óbice más espinoso para la Democracia en las Sociedades Algorítmicas. En el presente trabajo pretendemos analizar el fenómeno de la desinformación en un campo más amplio de daños practicados en

¹ Vânia Siciliano Aieta es Profesora del Programa de Posgrado en Derecho de la *Faculdade de Direito* de la UERJ, Post-Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Santiago de Compostela, España, y por la PUC-Rio, Brasil. Doctora en Derecho Constitucional por la PUC-SP, Máster en Teoría General del Estado y Derecho Constitucional por la PUC-Rio. *Visiting Researcher* en la Universidad de Santiago de Compostela, España, y *Visiting Scholar* en la Università Unitelma Sapienza, Roma, Italia. E-mail: vaniaaieta@yahoo.it

Traducción por Talita de Assis Barreto, profesora y traductora de español/portugués, Doctora en Letras Neolatinas por la Universidade Federal do Rio de Janeiro. Profesora en la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Federal Fluminense (UFF) y Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

las redes sociales, con vistas a la colisión inevitable entre las regulaciones impuestas y la libertad de expresión. Sintetizándose el escenario regulatorio y la complejidad en regular sectores disruptivos con incertidumbres científicas, se objetiva una contribución al debate regulatorio, exponiendo algunas premisas interdisciplinarias necesarias para pensar la regulación de la libertad de expresión en las redes sociales, especialmente en Brasil.

Palabras clave: Redes sociales; plataformas interactivas; fake news; democracia; fact checking.

Resumo

Mentiras sempre existiram no universo da Política, mas o fenômeno mundialmente conhecido como fake news, representa um óbice mais espinhoso para a Democracia nas Sociedades Algorítmicas. No presente trabalho pretendemos analisar o fenômeno da desinformação em um campo mais amplo de danos praticados nas redes sociais, tendo em vista a colisão inevitável entre as regulações impostas e a liberdade de expressão. Sintetizando-se o cenário regulatório e a complexidade em regular setores disruptivos com incertezas científicas, se objetiva uma contribuição para o debate regulatório, expondo algumas premissas interdisciplinares necessárias para pensarmos a regulação da liberdade de expressão nas redes sociais, especialmente no Brasil.

Palavras-chave: Redes sociais; plataformas interativas; fake news; democracia; fact checking.

Introducción

El fenómeno de la desinformación en el universo de las redes sociales nos impone preliminarmente la observancia del binomio *fake news y democracia*. Debemos hacer la distinción entre la *creación de informaciones falsas* que ocurre en los casos en que la información nace intencionalmente falsa del fenómeno denominado *misinformation*, que es la transmisión inadvertida de informaciones falsas o imprecisas.

La creación de informaciones falsas tiene el objetivo explícito de engañar. En el caso de la *misinformation*, estamos delante de contenidos que pueden o no ser falsos, pero que se utilizan para

transformar la información vehiculada en un producto engañoso o ilusorio. De ese modo, el enfrentamiento de las *fake news* se distingue en distintos vectores que son la verdad, la verdad apenas contada y la mentira.

Hacer la distinción de esas realidades es relevante para la tarea de pensar formas de contraatacar las *fake news*, sea por la *vía regulatoria* o por *medio de decisiones judiciales que determinen la retirada de contenido* de la Red.

La tarea de construcción y una definición conceptual de lo que es o no *fake news* es desafiante y compleja. En First Draft, una organización sin fines de lucro que disemina buenas prácticas en el intercambio de contenido en Internet, propone siete situaciones diferenciadas, a saber: la *falsa conexión*, cuando titulares, ilustraciones o subtítulos no confirman el contenido vehiculado; el *falso contexto*, cuando el contenido se comparte con otras informaciones falsas; la *manipulación del contexto*, cuando se manipula la información para engañar; el *contenido engañoso*; que es el uso de informaciones falsas para encuadrar una cuestión o individuo; el *contenido impostor*, cuando se imitan o transcriben las fuentes genuinas; el *contenido fabricado*, que es un contenido nuevo, pero completamente falso, creado para engañar y perjudicar; la *sátira o la parodia*; para los casos donde no hay intención de perjudicar, pero tienen potencial para engañar.

Desarrollo

En las últimas elecciones brasileñas, los medios tradicionales tuvieron mucha dificultad en lidiar con la profusión de noticias falsas, hecho constantemente abordado en los noticieros. En realidad, el modo como tales noticias se transmiten en los días actuales tiene como pilar principal la manipulación de los procesos cognitivos de los consumidores de información. Estas características sistémicas funcionan como estructura de control de las redes sociales.

La expresión “fake news” se utiliza, a veces, de forma inapropiada y conflictiva. Se hace necesario aseverar que las noticias falsas no pueden ser confundidas con otras formas de desinformación pública, pues lo que ocurre hoy, en el mundo de la Política, es que todo lo que desagrada como “crítica” más contundente, es falazmente llamado “fake news”, sin ser “fake news”. Hay una diferencia crucial entre mentira objetiva y manipulación de la información a través de una “perspectiva periodística” manipuladora, aunque no revele esencialmente una mentira, sino tan sólo una lectura interpretativa por un sesgo ideologizado, lo que no se deflagra como el maleficio causado por la incidencia de “fake news”.

La transmisión de información falsa puede generar mala asignación de recursos, desalineación de inversiones empresariales, elecciones mal informadas y una serie de otros daños que ya se han notado alrededor del mundo. El actual sistema informacional opera de manera disfuncional para la esfera pública democrática, culminando en la incapacidad de los individuos en convivir con discursos racionales y bien informados sobre la sociedad. Al revés, se observa tan sólo polarización y extremismo ideológico.

Los primeros desafíos a enfrentarse están vinculados a una mayor colaboración científica a partir de las perspectivas de las empresas de tecnología y del ámbito académico, y hay, incluso, quien argumenta una responsabilidad ética y social, trascendiendo las fuerzas del mercado, para que las plataformas contribuyan con los datos (que puedan contribuir y no estén totalmente protegidos por leyes de propiedad industrial) para investigaciones sobre la transmisión de informaciones falsas, especialmente sobre comportamiento y psicología humana. Entender cómo se propagan las noticias falsas es el primer paso para contenerlas.

La sociedad algorítmica es la primera concepción que se debe enfrentar en el camino hacia la comprensión de la problemática. Significa una sociedad organizada en torno a la toma de decisión social y económica por algoritmos, robots y agentes de inteligencia artificial,

que no solo toman las decisiones, sino también, en algunos casos, las realizan. Los algoritmos de búsqueda son fundamentales para nuestra experiencia en Internet, pues, sin ellos, tendríamos que elegir entre los millones de comentarios y noticias publicados diariamente, lo que sería hercúleo y prácticamente inviabilizaría el consumo.

Sin embargo, en una sociedad libre, las personas tienen mayores condiciones para filtrar materiales no deseados. Por su parte, ambientes políticos poco democráticos obligan a las personas a leer o ver contenido específico. En las naciones libres, quien lee periódicos puede no leer el mismo periódico; otras personas no leen ningún periódico. Todos los días, las personas hacen elecciones por sus gustos y punto de vista.

El simple hecho de que el cerebro humano tome esa o aquella decisión, sea sobre el tipo de comida que elegimos ingerir, o el vehículo de noticias que elegimos prestar atención, hace que realicemos algún tipo de filtración. Es bueno tener en mente que los *algoritmos*, en el sentido literal de la palabra, no son más que secuencias finitas de acciones ejecutables que buscan obtener una solución para determinado tipo de problema, o sea, su uso puede ser entendido como la *aplicación de una fórmula matemática a un contexto particular, para solucionar un problema*.

Sin embargo, en lo que se refiere a los algoritmos que nos interesan para estudiar el sistema informacional, ocurre la aplicación de secuencias de acciones ejecutables con la *finalidad de filtrar y dirigir contenido informacional*. Las redes sociales, así como la mayoría de los servicios de comunicación en línea, cuentan con algoritmos para determinar cómo las noticias, en realidad, cualquier contenido, se difunden y consumen. Esto quiere decir que además de la filtración automáticamente hecha por nuestro cerebro, que necesita elegir qué contenido deberá prestar atención, se suma a esa filtración preliminar cerebral el filtrado algorítmico de las nuevas tecnologías. Por lo tanto, la información proporcionada en el feed de noticias de Facebook, en la búsqueda de Google y en los temas de Twitter se selecciona y prioriza mediante algoritmos altamente complejos, que constituyen propiedad

industrial de estas empresas, y que han sido codificados para clasificar, filtrar y proporcionar contenido para maximizar el compromiso de los usuarios con el contenido y el tiempo dedicado a la plataforma.

Así, los algoritmos organizan el gran volumen de informaciones producidas y compartidas en las plataformas, personalizando el contenido en torno a los intereses de los usuarios y en torno a los intereses de personas que tienen hábitos y perfiles en línea similares. Lo que sucede de diferente, sin embargo, es que desde hace algún tiempo los individuos y las empresas intentan aplicar estos sistemas de filtrado para fines de marketing y consumo.

En un contexto de disputa por la atención, la desinformación se constituye como arma de control político y social. Al respecto, Tim Wu, profesor de Derecho de la Universidad de Columbia, explica que varios desarrollos tecnológicos y económicos importantes en las últimas dos décadas han transformado la relativa escasez de atención del habla y del oyente (WU, 2017). El primer desarrollo está asociado a la popularización de Internet: la caída masiva desde los años 90 en los costos de ser un comunicador en línea. Este hecho fue conocido como “discurso barato” o “inundación de información”, pues con las herramientas ofrecidas por las redes sociales cualquier persona puede diseminar ideas en la esfera pública digital.

De este modo, a diferencia del siglo XX, vivimos en una época en que los ciudadanos, usuarios de las redes sociales, reciben o no esa o aquella información porque sus algoritmos de investigación decidieron que eran o no relevantes para ese individuo, o simplemente porque su atención ya ha sido capturada por otros servicios en línea.

La información es abundante y cualquier persona se manifiesta, pese a que ser oído sea difícil. Como consecuencia de ello, el tiempo y la atención de los individuos se convirtieron en *commodities* altamente valorados. El segundo desarrollo señalado por Tim Wu, a más largo plazo, ha sido justamente el surgimiento de una “industria de la

atención”, es decir, un conjunto de actores cuyo modelo de negocio es la reventa de la atención humana (WU, 2017) .

La conclusión es que el ascenso y la centralidad de la publicidad y la propaganda en estos modelos de negocio de la industria de la atención tienen el amplio efecto de hacer que la atención del oyente sea cada vez más valiosa.

El tercer desarrollo señalado por el investigador es el surgimiento de los “*filtros burbujas*”, los cuales, considerando la importancia dada a las “*cascadas cibernéticas*”, se pueden definir como un conjunto de datos generado por todos los mecanismos algorítmicos utilizados para hacer una edición invisible orientada a la personalización de la navegación en línea. En otras palabras, es una especie de personificación de los contenidos de la red, hecha por determinadas empresas como Google, a través de sus motores de búsqueda, y redes sociales como Facebook, entre varias otras plataformas y proveedores de contenido.

Se forma, a partir de las características de navegación de cada persona, un universo particular en línea, tanto accesible, como (y principalmente) impuesto, condicionando su navegación. Esto se da a partir del rastreo de diversos elementos, entre ellos, la ubicación del usuario y el registro de las cookies, así como los datos de acceso.

Por lo tanto, el resultado de que cada uno de nosotros esté, involuntariamente, inserido en un *filtro burbuja* es meticulosamente definido a partir de las preferencias y costumbres de navegación, haciendo que, al buscar por una información en la red, seamos dirigidos a un tipo de contenido específico, mientras que otra persona cualquiera, cuyos diferentes hábitos han sido filtrados por sus propios algoritmos, se encuentra con un contenido bastante diverso.

Como resultado de ello, los usuarios se distancian de informaciones que discrepan de sus puntos de vista, aislándose efectivamente en sus propias burbujas culturales o ideológicas, de manera que los filtros burbujas pueden ser considerados como aisladores intelectuales.

La cuestión de los filtros burbujas gana aún más importancia cuando se analiza bajo la óptica de las cascadas de información, extremadamente comunes en el sistema informacional online. Los algoritmos de control son capaces de dividir a las personas en nichos fragmentados y polarizados.

En esta perspectiva, las redes sociales hacen más fácil escuchar opiniones de otros que piensan de la misma manera, y aislándose de las visiones concurrentes, lo que es aún más intensificado en el caso de usuarios que simplemente excluyen los vínculos en línea con “opositores políticos”. Sólo por esa razón las plataformas interactivas ya se muestran un terreno fértil para la polarización y potencialmente peligroso para la democracia y la paz social. Hay dos razones principales para la polarización de grupos. El primero de ellos tiene que ver con la persuasión, y por eso está más relacionado con las cascadas informativas. El segundo está conectado a lo que se ha convenido llamar “cascadas reputacionales”, y toma en cuenta el hecho de que las personas quieren ser percibidas favorablemente por otros miembros del grupo del que se sienten partícipes.

En una cascada informacional, las personas dejan de confiar en determinado punto en sus informaciones u opiniones privadas. En su lugar, deciden sobre las señales transmitidas por otros. Se sigue que el comportamiento de las primeras pocas personas, o incluso una, puede, en teoría, producir un comportamiento similar de innumerables seguidores.

En una cascada de reputación, la gente piensa que sabe lo que es correcto o lo que es probable que sea cierto, pero, sin embargo, acompaña a la multitud para mantener la buena opinión de otros. Incluso las personas más confiadas a veces son víctimas de esa presión, silenciándose en el proceso. Por temer la ira de los demás, las personas no cuestionan públicamente prácticas y valores que privadamente abominan.

La preocupación aquí es que, para que una democracia funcione bien, las personas no pueden vivir en capullos de información. Deben estar en contacto con otros puntos de vista e ideas. En realidad, ellas deberían hacerlo sin querer ver u oír sobre determinados tópicos, pues eso es lo que hace que los ciudadanos estén en contacto con la pluralidad y las muchas otras visiones del mundo, considerando que buena parte de la información que consumimos nos es traída a través de las redes sociales y que esos nuevos transmisores de información personalizan el contenido que recibimos. La personalización del contenido es posible a partir de la recolección de datos y otra información que dejamos esparcidos por la red.

Con el surgimiento de la inteligencia artificial, los algoritmos tienden a mejorar inmensamente. Ellos aprenderán mucho sobre uno y sabrán lo que uno quiere o prefiere, conociendo emociones, siendo capaces de imitar emociones por su cuenta. Y si el algoritmo conoce sus predilecciones de todo orden sabrá también cuáles son los candidatos políticos que serán atractivos para uno. Y, si sabe qué sitios una persona visita, puede saber qué productos probablemente comprará y qué piensa sobre los asuntos que están en pauta en la contemporaneidad.

Facebook, por ejemplo, probablemente conoce sus convicciones políticas. Él categoriza a sus usuarios como muy conservadores, conservadores, moderados, liberales y muy liberales. Lo hace observando las páginas que les gustan.

Otro aspecto importante a ser observado es que los medios sociales vinieron al mundo no como órganos de la prensa libre o servicios de noticias e informaciones, no como mediadores entre ciudadano y Estado y ni siquiera como mediadores entre ciudadanos y ciudadanos, sino como formas de socializar. La función de los medios sociales como canales de transmisión de informaciones, incluyendo aquí el noticiario político, simplemente ocurrió natural y paulatinamente.

Sin embargo, seguro, no fue con tal fin que se concibieron las plataformas interactivas o aparentemente las planificaron; incluso porque esas plataformas están en constante mutación, una regla fundamental del ambiente tecnológico. Preparadas o no para ello, la realidad es que esas plataformas son nuevas instituciones del actual flujo informacional.

Se puede considerar que las misiones del periodismo y de las plataformas están, en cierto modo, en desacuerdo, pues mientras el periodismo intenta proporcionar los hechos necesarios, pero a veces incómodos, así como el contexto pertinente para dar sentido a ellos y mantener el ciudadano bien informado, las redes sociales objetivan proporcionar informaciones deseadas y divertidas para mantener a sus usuarios felices e interesados, captando la máxima atención, por el mayor tiempo posible. Así, estamos ante “zombis” teleguiados por el hedonismo ofrecido.

La deliberación pública perfecciona la calidad de las decisiones en la democracia, permitiendo que los individuos comprendan mejor los intereses existentes en la sociedad, e incluso cuando la deliberación pública produce más desacuerdos que acuerdos, desde el punto de vista democrático-institucional, esto también puede ser positivo. El gran desafío, sin embargo, es el enfrentamiento de la mentira, sobre todo en la política.

El problema se intensifica por la dificultad de compatibilización de la existencia de los filtros burbuja y de las cascadas cibernéticas que nos dejan rehenes de los algoritmos desarrollados por los medios sociales, creando obstáculos serios al acceso a la información. En esta perspectiva, todavía hay la problemática de la filtración algorítmica y el alto grado de personalización de contenido, cabiendo reportar cómo el reciente caso Cambridge Analytica transportó la discusión a la *óptica electoral*.

Es bajo el enfoque de la personalización de la red y de la dirección de información para nichos políticos que el caso Cambridge Analytica

chocó el mundo, pues a través del tratamiento de los datos personales de usuarios recogidos en Facebook la empresa logró desarrollar perfiles “psicográficos” para cada individuo, permitiendo un direccionamiento de discurso aún más subjetivo.

El mapeo de preferencias y costumbres en la red es una estrategia que ya era utilizada en gran escala por el marketing digital y el comercio en línea. Al individualizar al máximo los consumidores, las plataformas son capaces de definir nuestras preferencias de consumo, e imponen psicológicamente productos y servicios, todo ello a través de un lucrativo mercado de comercio de datos.

Con la utilización de los perfiles psicográficos, es posible no sólo identificar *qué electores son más propensos a ser cooptados por ciertas causas*, candidatos, asuntos e incluso frases de efecto, sino también *manipular la información para prever y alterar el comportamiento futuro de esos potenciales electores*, por medio de propaganda personalizada, adaptativa y adictiva.

El objetivo no es sólo evaluar correctamente el probable comportamiento del elector, pero, cuando sea necesario, cambiarlo, explorando sus emociones. En cuanto al aprovechamiento de las emociones, es importante resaltar que una de las facetas de la desinformación es justamente la manipulación de las emociones y de los instintos humanos por medio de un contenido pretendido como periodístico, o sea, a través de frases apelativas, colores y diseños seductores. A partir de ahí, las etapas emocionales pueden ser transferidas a otros, provocando contagio emocional por las redes sociales. Así, es posible llevar a un individuo a experimentar las mismas emociones sentidas por aquellos que los rodean en las redes.

En al menos veinte países patrones característicos de actividad en línea sugirieron el uso coordinado de tales bots para influir en el escenario político. El uso de estos robots en la política se hace con tres objetivos principales: (1) pretender base de apoyo para un actor político

en particular (táctica también conocida como “astroturfing”), (2) desagrupar oponentes y (3) alejar la atención de los temas polémicos, manipulando los llamados “trend topics”.

En el contexto de disputas político-electorales, se manejan los robots para distorsionar la dimensión de movimientos políticos, manipular y radicalizar debates en la esfera pública, y crear falsas percepciones sobre disputas y consensos en las redes sociales. Es posible medir el poder de una *fake news* por la viralidad de la mentira que ella propaga, por la velocidad con que se disemina y por el número de personas que reciben y creen en la falsedad. Muchos factores pueden impulsar la popularidad de una historia, pero el ritmo con que las mentiras pueden viajar en las plataformas interactivas es ciertamente potenciado por el uso coordinado de bots, y no solo por razones directamente relacionadas con el contenido diseminado.

Estas cuentas automatizadas se presentan como humanos en Facebook, Twitter y otras redes sociales. Hay investigaciones que estiman que Twitter tiene hasta 48 millones de robots-usuarios y Facebook ya entre 67,65 millones y 137,76 millones de usuarios falsos, siendo algunos de ellos aprovechados para ayudar a difundir desinformación y otras tácticas de guerra cibernética, como la persecución a periodistas. En Twitter, por ejemplo, cuentas de bots suelen tuitar con frecuencia, retuitarse unos a otros y diseminar enlaces a contenido externo con más frecuencia que las cuentas operadas por humanos.

Este uso malicioso de robots representa una sofisticada y lucrativa industria transnacional de “gustar” y seguidores, que opera en las sombras de Internet.

El actual modelo financiero de los medios digitales favorece y alienta el fenómeno de las falsas news: cuanto más clics, mayor es el retorno. La remuneración a través de anuncios no siempre está relacionada al contenido que está disponible, sino a la cantidad de accesos. Los autores de estas noticias, entonces, buscan maximizar el tráfico en sus páginas y, consecuentemente, el beneficio.

De este modo, el problema se bifurca. La primera complicación es que las informaciones falsas (principalmente las que apelan a las emociones) son más lucrativas que enlaces con noticias verdaderas, porque son más llamativas (click baits). El segundo obstáculo es que, en el universo de ese mercado de la atención, los algoritmos utilizados por las plataformas para orientar el contenido poseen un altísimo valor de mercado, y están protegidos por leyes de propiedad intelectual y por protocolos de seguridad empresariales. En el primer desafío presentado, las plataformas interactivas necesitan el dinero de la publicidad, siendo que en los modelos de negocio practicados por ellas (mercado de captación de atención) el dinero es generado por clics. Por su parte, la segunda cuestión está relacionada con la falta de transparencia en la forma en que los algoritmos trabajan para canalizar informaciones y noticias a través de los feeds de las redes sociales o de los proveedores de búsqueda, así como nuestra imposibilidad de cuestionar o alterar el tratamiento de esos datos, ya que los algoritmos terminan convirtiéndose en los “editores” de contenido.

Por lo tanto, además de que las *fake news* son más lucrativas, no tenemos control sobre cómo y por qué una u otra noticia apareció en detrimento de otra. Para intentar el problema, los investigadores del área propusieron que los medios sociales pasen a ordenar las fuentes de información por un criterio de calidad, de modo que las plataformas suministren a los consumidores señales de la calidad del origen de la información que podrían incorporarse a los rankings algorítmicos de contenido.

Sin embargo, permitir que hagan el ranking de noticias puede aproximarse a la figura de un curador de la calidad del discurso público, como si fuera posible situar algún ente (estatal o privado) en la posición de evaluar lo que merece y lo que no merece ser dicho. Por un lado, permitir el ranking por las plataformas puede plantear cuestiones serias sobre estar depositando demasiados poderes en esas empresas de tecnología, que también poseen sus intereses económicos y privados.

En el otro lado de la moneda, si se buscan soluciones gubernamentales, el problema persistiría, pues si el Estado pasara a hacer el ranking de los órganos de la prensa, nos aproximaríamos a la censura y el control de los discursos y la libertad de prensa es crucial para un ambiente democrático.

Aunque es innegable que las plataformas puedan contribuir con soluciones al problema, lo que ya vienen haciendo, la sociedad civil también necesita crear sus mecanismos de averiguación de la verdad, incluso porque el problema de la diseminación de información falsa no es culpa exclusiva de cuentas automatizadas. El comportamiento humano contribuye más a la diseminación diferencial de falsedades y verdades que los robots automatizados. Esto implica que las políticas de contención de información falsa también deben enfatizar las intervenciones de comportamiento, como recompensar e incentivar la disolución de la diseminación de la desinformación, especialmente a través de la *educación*, en lugar de centrarse exclusivamente en cercenar los bots. Entender la lógica y las razones para la diseminación de las noticias falsas es el primer paso para contenerlas.

Con el fin de mitigar la problemática de las *fake news* surgen agencias de chequeo de hechos, verdaderas herramientas de concientización de los usuarios sobre fake news y de chequeo de hechos por palabras clave y robots automatizados, como la reciente herramienta brasileña PegaBot, o las columnas y sectores de los medios tradicionales destinados únicamente a desbancar informaciones falsas. En el lado de las plataformas, es crucial continuar la revisión de los términos de uso y de las políticas de privacidad para dificultar el uso de bots en el impulso de *fake news*, además de invertir en inteligencia artificial capaz de detectar contenido falso y acciones orquestadas por bots y actores políticos maliciosos.

Un ejemplo interesante para analizar acerca de la influencia de las *fake news* en los procesos electorales es el caso de las elecciones presidenciales americanas de 2016, cuando fue desvelado al mundo de

forma más visible la guerra cibernética por medio de la desinformación, *troll armies* y *overload* informacional.

Según las agencias de inteligencia norteamericanas, Rusia interfirió activamente en las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos a través de campañas de desinformación y propaganda realizadas en gran parte por las redes sociales. Se percibe también que la interferencia rusa viene notándose en otros lugares, pues el modelo con características de *guerra cibernética* viene repitiéndose en varios países a lo largo de los últimos años, especialmente a medida en que momentos electorales significativos se acercan.

La influencia en las elecciones se da, brevemente, por la distorsión de hechos, por el micro-direccionamiento de los votantes, para persuadirlos a votar de cierta manera, o simplemente para reprimir su deseo de votar. Rusia ha realizado intentos de interferir en la opinión pública, apoyando a organizaciones que crean y diseminan desinformación, contenido falso e hiper-partidario, con el objetivo de minar la confianza pública y de desestabilizar los estados democráticos. Se trata de una amenaza activa, configurándose como un verdadero modelo de guerra cibernética por medio de la información.

Actuando de forma muy sofisticada y eficaz, por la persecución en línea abusiva, perpetrada por ejércitos cibernéticos, también llamados “web brigades” o *troll armys*, estos grupos tienen como objetivo amenazar, hackear y ofender a periodistas y medios de comunicación, para que piensen dos veces antes de escribir contenido crítico, haciendo el periodismo político patrullado y amenazado.

El modelo se utiliza de la “arquitectura de control de las redes sociales” para minar el sistema informacional, desviando la atención dirigida a temas claves para debates políticos menos importantes por medio de la manipulación de *trend*, temas y creación estratégica de noticias falsas y cascadas cibernéticas, así como para la persecución de la prensa libre.

En Brasil, el diario Folha de São Paulo denunció, en las últimas elecciones, un supuesto esquema de envío masivo de mensajes por la aplicación del Whatsapp, programado ya en las últimas semanas de las elecciones para diseminar en masa contenido en los últimos días antes de la segunda vuelta, existiendo indicios suficientes para confirmar que el modelo de propaganda ruso viene tomando cuenta del sistema informacional brasileño como canal de distribución de *fake news*.

Por su parte, el WhatsApp, que también es controlado por Facebook, viene invirtiendo en mejoras para evitar la desinformación masiva. Algunos de los ejemplos de cambio en la plataforma son: la restricción de los grupos para hasta 250 miembros; la creación de la advertencia “encaminada” cuando los mensajes se comparten de una ventana a otra (señalando la posibilidad de ser una corriente tratando de propagar información en cascada); y restricciones en la cantidad de usuarios en las listas de transmisión y el intercambio de mensajes.

Además, la empresa viene trabajando en conjunto con el Poder Judicial brasileño, especialmente el Superior Tribunal Electoral. Cambios como éstos también se han implementado en países como India, algunos por razones similares, otros por particularidades sociales diferentes, como olas de linchamientos públicos.

El tema gana aún más actualidad, pues el 18.10.2018, a tan solo 10 días de la segunda vuelta, el grupo político comandado por el entonces candidato Fernando Haddad, posteriormente derrotado en los comicios, ingresó con una Acción de Investigación Judicial Electoral -AIJE (0601771-28.2018.6.00.0000)- en el Tribunal Superior Electoral (TSE), instando a la corte a investigar denuncias de abuso de poder económico y uso indebido de medios de comunicación digital debido a supuesta contratación de empresas de disparos de mensajes masivos, en el Whatsapp, que se habría hecho indirectamente por grupos económicos apoyadores de la candidatura de Bolsonaro. La conducta sería vedada por la Ley de las Elecciones 9504/1997 y por la decisión del STF en la ADIn 4650,59 que prohíben la donación por empresas para campañas electorales.

En este contexto, las investigaciones en el área sugieren que este contemporáneo modelo de propaganda y de interferencia en la opinión pública internacional, con características de guerra cibernética, tiene el potencial de ser altamente eficaz justamente porque se utiliza de la manera como el cerebro humano recibe, interpreta, almacena y comparte información, para dirigir psicológicamente al intérprete a los objetivos pretendidos.

En síntesis, el éxito del modelo de propaganda basado en técnicas de la Guerra Fría soviética involucra 4 características principales: gran volumen de información a través de múltiples vehículos y canales de comunicación, continuidad, repetitividad y falta de compromiso con la consistencia periodística.

Considerando que estos aspectos exitosos de la propaganda rusa tienen fundamentos sorprendentes en la literatura sobre psicología y ciencia conductual, es necesario primero entender que tal modelo funciona produciendo un volumen increíblemente grande de información, falsa, parcialmente falsa o descontextualizada, que se transmite o distribuye a través de un amplio número de canales, preferentemente vía Internet y redes sociales, como Facebook y Twitter, y aplicaciones de mensajería como Whatsapp.

Sin embargo, también se puede utilizar de la televisión y la radiodifusión. El contenido de los mensajes recurrentemente implica noticias presuntamente periodísticas, con titulares apelativos, alegaciones chocantes, en formatos similares a los medios de comunicación auténticos, pero sin que haya la indicación de quien escribió el reportaje o fuentes confiables. Las noticias falsas a menudo contienen imágenes o vídeos manipulados, o incluso auténticos, pero descontextualizados.

En el contexto específico de disputas político-electorales, los robots pueden ser manejados para distorsionar la dimensión de movimientos políticos, manipular y radicalizar debates en la esfera pública, y crear falsas percepciones sobre disputas y consensos en las redes sociales. La

práctica denominada “*astroturfing*” funciona de la siguiente manera: múltiples identidades en línea y grupos de presión falsos con gran cantidad de bots se utilizan, por ejemplo, para promover falsamente una noticia.

En las elecciones brasileñas de 2018, se reportaron diversos informes de grupos de Whatsapp creados con el propósito de diseminar noticias, en los cuales se agregaban a personas sin su consentimiento.

Hay cada vez más cuentas automatizadas en los medios sociales para manipular discursos en la esfera pública en línea, con perfil presuntamente periodístico, introducidos en una variedad de grupos políticos, creando la impresión de amplio apoyo popular a una idea, política, individuo o producto.

En el caso del *modus operandi* del modelo de propaganda ruso, especialmente en Internet, con el gran volumen de mensajes y la cantidad de noticias falsas sobre un mismo hecho, de hecho, las versiones manipuladas salen en el frente, pues en condiciones iguales de competencia, la propaganda ofrecida en mayor volumen y proveniente de una mayor cantidad de fuentes se vuelve más persuasiva. Las razones de esto son porque, primero, el gran volumen puede consumir la atención y desviar el foco de otros canales de información disponibles, desacreditando los medios tradicionales. Segundo, el alto volumen puede sobrecargar los mensajes concurrentes en una inundación de desacuerdo. En tercer lugar, con varios canales se aumentan las posibilidades de que el público blanco sea expuesto al mensaje o idea diseminada. Cuarto, recibir un mensaje de varios lugares y de varios orígenes aumenta la credibilidad percibida del mensaje, especialmente si una fuente de divulgación es una con la que un miembro de la audiencia se identifica, como amigos y familiares.

Conclusión

En resumen, la variedad de fuentes es importante porque múltiples fuentes son más persuasivas que una sola fuente, recibir el mismo mensaje o mensaje similar de varias fuentes es más persuasivo. Las personas suponen que las informaciones de varias fuentes probablemente se basan en perspectivas diferentes y, por lo tanto, merecen una consideración mayor. El endoso de un gran número de usuarios aumenta la confianza y la confiabilidad del consumidor en la información, a menudo con poca atención a la credibilidad de aquellos que hacen el endoso, y comunicaciones de grupos a los que el destinatario pertenece tienen más probabilidades de considerarse creíbles. Lo mismo se aplica cuando la fuente se percibe como similar al destinatario.

Facebook tiene un sector específico dentro de la empresa solo para hacer el chequeo de cuentas falsas, y hay una opción específica para denunciar el comportamiento en la red social.

Este modelo no tiene compromiso con la realidad objetiva y cuanto más sofisticada es la transmisión de la noticia falsa, más posibilidades tiene de ser acreditada y propagada en cascadas cibernéticas.

Otro problema que se debe notar acerca de las informaciones falsas, en especial las que apelan a las emociones, es el hecho de que son más lucrativas que enlaces con noticias verdaderas. Se percibe también que la proporción de las falsedades aumenta aún más cuando la desinformación es consistente con narrativas o prejuicios mantenidos por el público, prejuicios no raros en Brasil, y dirigidos al público específico, más propenso a aceptar las ideas que se pretende introducir.

Es bajo este enfoque que el reciente caso Cambridge Analytica chocó el mundo, pues, a través del tratamiento de los datos personales de cada usuario recogido en Facebook, la empresa logró desarrollar perfiles “psicográficos” para cada uno y permitió un direccionamiento de discurso aún más subjetivo.

La característica distintiva final del modelo de propaganda ruso es que no está comprometido con la consistencia periodística. Potenciales pérdidas en la credibilidad debido a la inconsistencia se compensan potencialmente por sinergias con otras características de la propaganda contemporánea.

A pesar de las *fact checking*, las noticias falsas persisten. No sólo las noticias verificadoras no llegan a las mismas personas que visualizan las falsas *news* - una vez que cada una de ellas se encuentra en su burbuja de filtrado algorítmica, que tiende a rechazar contenido (o páginas y sitios) de las cuales el usuario diverja, pero la reiteración de las noticias “verdaderas” puede conceder aún más credibilidad a las falsas.

La conclusión, entonces, es alarmante: las *fake news* y los falsos rumores, que son uno de los mecanismos utilizados por el modelo ruso de propaganda, alcanzan a más personas, penetrando más profundamente en la red social y extendiéndose con más rapidez que la información precisa. En contraste, el “chequeo de hechos” puede acabar pareciendo una minoría y, por lo tanto, una opinión menos creíble, resultando en el más devastador problema de los tiempos de post-verdad: la desvalorización y deslegitimación de voces especialistas, instituciones autorizadas y el concepto de datos objetivos. Todo esto acaba minando la capacidad de la sociedad de involucrarse en un discurso racional basado en hechos compartidos, distorsiona lo que sería una visión mayoritaria, y el funcionamiento de la esfera pública, fabrica odios, miedo y mentiras, a través de un sistema policíaco de vigilancia y control permanente, que artificializa la inteligencia natural por la artificial, haciendo paráfrasis del Profesor Boaventura de Sousa Santos, y atinge la democracia y los derechos humanos, sobre todo por la recusa del diálogo y discusión con adversarios políticos, pues para la ola conservadora que hoy asuela el mundo y se utiliza de las herramientas tecnológicas disponibles en la actualidad, no existen adversarios sino enemigos a ser eliminados por la intolerancia, el odio y el miedo (SANTOS, 2019).

Referencias

BALKIN, Jack M. *Free Speech in the Algorithmic Society: Bid Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf

BALKIN, Jack M., “*Old-School/New-School Speech Regulation*” (2014). Faculty Scholarship Series. 4877. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4877

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014

PERSILY, Nathaniel. Can Democracy Survive the Internet ?, *28 Journal of Democracy n° 63 (2017)*.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “**As incessantes fábricas do ódio, do medo e da mentira**”. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/colunistas/geral/383746/As-incessante-f%C3%A1bricas-do-%C3%B3dio-do-medo-e-da-mentira.htm>. Acesso em 15fev2019

SOUZA, Carlos Affonso. Padrão, Vinicius. **Quem lê tanta notícia (falsa)? Entendendo o combate contra as “fake news”**. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/queml%C3%AA-tanta-not%C3%ADcia-falsaentendendo-o-combate-contra-as-fake-news70fa0db05aa5>

SUNSTEIN, Cass. R. *Human Agency and Behavioral Economics*. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan, 2017.

WU, Tim. *Is the First Amendment Obsolete? Columbia Public Law Research Paper No. 14-573*. (2017). p. 6. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3096337>

Informações Gráficas

Formato: 16 x 23cm

Mancha: 11,5 x 21cm

Tipologia: Adobe Garamond Pro

Papel: AP90 g/m² (miolo) – Triplex 250 g/m² (capa)

Tiragem: 100 exemplares

Projeto editorial, impressão e acabamento: Editar Editora Associada – Juiz de Fora/MG

Tel.: (32) 3213-2529 – (32) 3241-2670 – www.editar.com.br – contato@editar.com.br

Impresso em junho de 2020