

REVISTA DA AGU

Volume 23, número 3, Brasília-DF, setembro 2024



Qualis A2
ISSN-L 1981-2035
ISSN 2525328-X



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL

REVISTA DA AGU

Volume 23, número 3, Brasília-DF, setembro 2024

revistaagu.agu.gov.br

Revista da AGU	Brasília	Qualis A2	v. 23	n. 3	p. 1-354	setembro 2024
----------------	----------	--------------	-------	------	----------	------------------

Revista da AGU

Escola Superior da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG – Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo

CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil.

E-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br

© Advocacia-Geral da União – AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Flavio José Roman	Advogado-Geral da União Substituto
Clarice Costa Calixto	Secretaria-Geral de Consultoria
Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	Procurador-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

Revisão de texto:	Lohana Gregorim
Diagramação/Capa:	Walbert Kuhne / Kamilla Souza

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes

Leal. – Brasília : EAGU, 2002.

v. : 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU: Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

A partir de 2015, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328X (versão online)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

JOÃO CARLOS SOUTO

Diretor da Escola Superior da AGU

Mestre e Doutor (*Suma Cum Laude*) em Direito (CEUB). Procurador da Fazenda Nacional.

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado da União.

EDITOR-ASSISTENTE

CLÁUDIA DOS SANTOS VIEIRA

Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sens

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX – Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU – ferramenta (rede social acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO – Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR – Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros.

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

CARLA AMADO GOMES (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Lecciona cursos de mestrado e pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE SOUSA PINHEIRO (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência

Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPANHA)

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPANHA)

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

EDSON DAMAS DA SILVEIRA (UEA/UFRR/PR)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO (CESUPA)

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e da Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

MONICA TERESA COSTA SOUSA (UFMA)

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA (UNIFOR/CE)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (UFPE)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

ARTUR STAMFORD DA SILVA (UFPE)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO (UFBA)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR (UFBA)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

JEFFERSON CARÚS GUEDES (UNICEUB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY (AGU/UNICEUB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston (EUA), em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília (UnB). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES (UNB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws pela Harvard Law School. Doutor em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC-SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul (PUC-RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

REGINA LINDEN RUARO (PUC-RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ADELICIO MACHADO DOS SANTOS

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento UFSC. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Especialização em Segurança no Trabalho pela Faculdade Famart. Especialização em Ciência Política pela Faculdade Focus. Especialização em Direito e Negócios Internacionais pela UFSC. Graduação em Ciências Sociais, Universidade Cruzeiro do Sul pela UNICSUL. Graduação em Sociologia em Ciência Política pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogado.

ADRIANA FERREIRA SERAFIM OLIVEIRA

Pós-doutorado em Educação – Políticas Públicas pela Universidade Estadual Paulista de Rio Claro (UNESP-RC). Pós-doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Pós-doutorado em Direito e Arte pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Educação pela UNESP-RC. Estágio doutoral na Espanha, em Psicologia Social com bolsa PDSE-CAPES na Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, com apoio da Facultad de Derecho. Mestrado em Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Pós-graduação em Política e Relações Internacionais pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESP-SP). Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE). Licenciatura em Letras-Português pelo Centro Universitário Claretiano. Professora tutora EaD na Universidade Federal do ABC (UFABC) e Instituto Federal do Tocantins (IFTO).

AILENE DE OLIVEIRA FIGUEIREDO

Doutorado em Direito pela Universidade de Marília (Unimar). Mestra em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional e Sustentabilidade pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP). Especialista em Teoria do Estado, das Relações Privadas e Processo pela Escola de Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS) e em Docência em Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogada.

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES

Pós-doutorado na University of British Columbia (UBC, Canadá) (Centre for Feminist Legal Studies), na York University (YORKU, Canadá) (Osgoode Hall Law School) e na The University of Auckland na Nova Zelândia (Faculty of Law). Doutorado e Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza (Unifor).

CAMILA KÜHL PINTARELLI

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (UC). Doutorado e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Diretora do Fundo Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça do Brasil. Procuradora do Estado de São Paulo (PGE-SP).

CAROLINA IWANCOW FERREIRA

Pós-Doutorado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Doutora e mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela PUC-Campinas. Advogada.

EDUARDO ROCHA DIAS

Pós-doutorado em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre e graduado pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador Federal (categoria especial) da Advocacia-Geral da União e Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor).

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Doutor em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestrado em Direito pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Bolsista da CAPES em estágio doutoral na Universidade Clássica de Lisboa e como professor pesquisador da Fundação de

Apoio da UFMG (Fundep). Professor titular do doutorado, mestrado e graduação em Direito da Universidade de Itaúna. Professor da graduação na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG).

FLÁVIO COUTO BERNARDES

Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e graduado em Direito pela UFMG. Professor do curso de graduação em Direito Financeiro e do Programa de Pós-Graduação em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor do curso de graduação em Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Professor e Coordenador da Pós-Graduação em Direito Tributário e Aduaneiro da PUC Minas. Procurador do Município de Belo Horizonte.

GUSTAVO DA SILVA SANTANNA

Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Professor de graduação da Atitus Educação. Professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor das especializações em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual e Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

JALUSA PRESTES ABAIDE

Doutorado em Filosofia Jurídica Moral y Política pela Universitat de Barcelona. Mestrado em Ciências Políticas e Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Estudo pós-doutoral na Université du Saint Esprit de KASLIK/Lb. Pesquisadora e Líder GP/CNPq-LEIn (Laboratório de Estudos Internacionais) e do GP/CNPq-NEJURP (grupo pesquisa sobre Bens Naturais de Interesse Público).

JEFERSON SOUSA OLIVEIRA

Doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestrado em Justiça, Empresa e Sustentabilidade. Docente na pós-graduação lato sensu e extensão universitária em Direito Tributário da Fundação de

Apoio à Universidade Municipal de São Caetano do Sul (FAUSCS), e na graduação em Direito da Faculdade Nove de Julho (FNJ).

JULIA MAURMANN XIMENES

Pós-doutorado pela Universidade da Califórnia (UC). Doutorado em Sociologia Política pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Graduação em Direito pela UnB. Professora do corpo permanente do Mestrado e do Doutorado Profissional em Políticas Públicas da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Coordenadora Acadêmica da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso).

JULIANA DINIZ FONSECA CORVINO

Doutorado em Ciência Política. Estágio Pós-Doutoral em Letras pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Estágio Pós-Doutoral em Direito (PUC-RJ), mestrado em Direito Universidade Gama Filho (UGF). Bacharelado em Direito pela Faculdades Integradas Hélio Alonso (FACHA). Licenciatura em Letras Português e Literaturas de Língua Portuguesa pela UFV. Licenciatura em Segunda Licenciatura em Pedagogia pela Unyleya. Pós-graduação em Design Instrucional; Direito e Processo do Trabalho; Direito Civil Notáveis do Direito Civil; e Direito Médico. Docente do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASis) do INEP/MEC e Elaboradora de Itens para o Enade INEP/MEC na área de Língua Portuguesa e Literaturas. Docente na graduação tecnológica da FATEC SENAC RJ e na pós-graduação do SENAC RJ.

LEVI HULSE

Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduado no Curso Preparatório para Magistratura e Especialização em Direito Público, parceria entre a Universidade Regional de Blumenau (FURB) e a Escola da Magistratura de Santa Catarina ESMESC. Pós-graduado em Especialização em Formação Pedagógica para Docência no Ensino Superior pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). Pós-graduado em Tecnologias para Educação Profissional. Bacharel em Direito e em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor no curso de Direito na UNIARP. Professor na pós-graduação lato sensu. Professor titular nos mestrados em Desenvolvimento e Sociedade pelo Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Social

(PPGDS-UNIARP) e professor titular no mestrado em Educação Básica pelo Programa de Mestrado Profissional em Educação Básica (PPGEB-UNIARP).

MARCILENE MARGARETE CAVALCANTE MARQUES

Doutorado em Direito Previdenciário pela Universidade Veiga de Almeida (UVA). Mestrado em Direito Previdenciário pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário. Graduação em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professora e contuadista da área de Direito Previdenciário da Universidade Estácio de Sá.

MAURICIO DA CUNHA SAVINO FILÓ

Doutorado em Direito pela da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestrado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC). Pós-graduação lato sensu e graduação em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). Professor da Graduação em Direito.

MAURO SERGIO SANTOS

Doutorado em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal, título reconhecido pela Universidade de Brasília. Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Especialização em Direito Público pelo ICAT-AEUFDF. Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNIC. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) com dupla titulação em Dottorato di Ricerca na Universidade de Roma Sapienza - La Sapienza. Mestrado pela PUCPR. Especialização em Direito Constitucional pela ABDCONST. Especialização em Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups pela PUC Minas. Diretora Acadêmica da Associação Paranaense de Direito Economia (ADEPAR). Professora da FAE Centro Universitário.

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado.

PLINIO REGIS BAIMA DE ALMEIDA

Doutorado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (FND), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutorado Sanduíche (visiting scholar) no Departamento de Ciência Política da Universidade de Indiana (EUA.) Doutorado Sanduíche (visiting scholar) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialização lato sensu em Direito Tributário e em Direito Constitucional. Procurador do Município de Maceió (AL).

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Pós-doutorado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-doutorado em Desigualdades Globais e Justiça Social: Diálogos Sul e Norte pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) em parceria com a Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso). Doutorado em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutorando em Estado de Derecho Y Gobernanza Global pela Universidad del Salamanca na Espanha. Bacharel em Direito pela UFMA. Professor Permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito e Afirmação de Vulneráveis (mestrado profissional em Direito) da Universidade Ceuma. Professor Adjunto I do curso de Direito e Relações Interna da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e da graduação em Direito e da pós-graduação em Ciências Criminais em Direito na Universidade Ceuma. Professor Pesquisador I (CAPES/UAB) na Site do Núcleo de Tecnologias para Educação (UEMAnet) da UEMA. Professor integrante do Núcleo de Direitos Humanos e Biodiversidade (NEDH-Bio) da UFMA.

AUTORES

ADRIANO MARCOS SORIANO LOPES

Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Especialista em Ciências do Trabalho pela Faculdade Lions. Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

DENIS GLEYCE PINTO MOREIRA

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Neurociência e Comportamento pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado da União.

DENISE MERCEDES NUNEZ NASCIMENTO LOPES SALLES

Doutora em Ciência Política Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Senso em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Petrópolis (UCP).

DIANA BELLO

Pós-graduada em Advocacia Pública pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União (ESAGU). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procuradora da Fazenda Nacional.

EDUARDO NUNES DE SOUZA

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e professor permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

ELTHON BAIER NUNES

Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). MBA em Gestão de Negócios pelo Instituto de Ensino Superior no Rio de Janeiro (Ibmec). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Procurador Federal.

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Professor Titular da Universidade de Marília (Unimar).

EUGÊNIO BATTESINI

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Visiting Research Fellow in law pela Columbia University em Nova Iorque. Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Extensão em Law and Economics pela University of Chicago Law School. Extensão European law and Harmonization of law pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Procurador Federal.

FÁBIO LUCAS DE ALBUQUERQUE LIMA

Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Procurador Federal.

IAMARA FEITOSA FURTADO LUCENA

Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (Unimar). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos (UniSantos). Professora dos cursos de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA), do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio (Unileão) e da Centro Universitário Vale do Salgado (UNIVS). Advogada.

ISAURA ALBERTON DE LIMA

Doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Governança Pública da Universidade Tecnológica Federal do Paraná.

JOÃO PAULO FORNI

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília

(CEUB). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Auditor no Tribunal de Contas da União (TCU).

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE

Decano de la Facultad de Derecho de la Wisdom University (Nigeria). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Consultor jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Codirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia, Chile y Panamá.

KRISHINA DAY CARRILHO BENTES LOBATO RIBEIRO

Doutora em Desenvolvimento Socioambiental, Mestra em Planejamento do Desenvolvimento Regional e especialização em Educação Ambiental pelo Programa de Formação Interdisciplinar em Meio Ambiente da Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Professora permanente do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Professora do Mestrado Acadêmico em Direito (PPGD/ICJ/UFPA) e do Mestrado Profissional em Gestão Pública (NAEA/PPGGP/UFPA).

LEANDRO CAVALCANTE LIMA

Mestrando em Planejamento e Governança Pública pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Especialista em Advocacia Cível. Advogado.

MARCELO BENACCHIO

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor permanente do mestrado em Direito e da graduação na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor convidado da pós-graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).

MARCELO MATTOS FERNANDES

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

MARIA APARECIDA BARBOZA PREVOT

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Negociação, Mediação e Resolução de Conflitos pelo

Instituto de Formação e Certificação de Mediadores Lusófonos em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Especialista em Regulação da Saúde Suplementar pelo Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Sírio Libanês em parceria com a Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito de Empresas pelo Ibmec Business School. Procuradora Federal.

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do Departamento de Direito Público da UFMG e dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu da Fundação Mineira de Cultura (Universidade FUMEC).

MARIANGELA ARIOSI

Doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) em Relações Internacionais e Direito. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Oficial Titular de cartório em São Paulo.

MAURICIO GODINHO DELGADO

Doutor em Direito e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor titular na Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e Professor Decano do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas na UDF. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

OSCAR MAÚRTUA DE ROMAÑA

Diplomático, jurista y docente universitario. Ministro de Relaciones Exteriores (2021-2022 y 2005-2006). Director de la Academia Diplomática del Perú (2002-2003). Viceministro y Secretario General de Relaciones Exteriores. Jefe del Servicio Diplomático (2004). Estudios de postgrado en la Universidad de Oxford, Universidad John Hopkins y en el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

RAINER BOMFIM

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa CAPES. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bacharel em Direito pela UFOP. Professor Adjunto de Direito Previdenciário na Universidade Federal de Lavras.

TATIANA CAMPOS

Doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Mestra em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Graduada em Direito pela FDSBC. Convidada a orientar os estagiários do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC/SBC). Atualmente é professora assistente de Direito Civil II da FDSBC.

WALTER GODOY

Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 16

Autores convidados

Los Derechos Humanos Como eje de la Política Exterior del Perú: Su
Permanencia la Convención Americana de Derechos Humanos
*Human Rights as the Axis of Peru's Foreign Policy: Its Permanence the American
Convention on Human Rights*
Oscar Maúrtua de Romaña..... 19

Hacia un Nuevo Proceso Judicial Orientado a la Salvaguarda de
los Derechos Fundamentales Del Justiciable. Una Mirada Desde la
Democracia y Gobernabilidad
*Towards a New Judicial Process Oriented to Safeguarding the Fundamental Rights
of the of the Fundamental Rights of the Justiciable. A View From the Perspective
of Democracy and Governance*
Jorge Isaac Torres Manrique..... 37

ARTIGOS

A Ressignificação do Patamar Civilizatório Mínimo para a Compreensão
Devida da Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais Trabalhistas
*The Redefinition of the Minimum Civilizing Level for the Due Comprehension of
The Unavailability Of Fundamental Labor Rights*
Adriano Marcos Soriano Lopes
Maurício Godinbo Delgado..... 59

Negociações Tensas: Análise Neuropsicológica e Jurídica do Fator Raiva
nas Negociações
*Tense Negotiations: Neuropsychological and Legal Analysis of the Angry Factor
in the Negotiations*
Denis Gleyce Pinto Moreira..... 81

O Custo dos Direitos e o Habitar Digno e Seguro: Desafios à
Implementação do Direito à Moradia no Município de Petrópolis-RJ
*The Cost of Rights and the Decent and Safe Housing: Challenges to the
Implementation of the Right to Housing in the Municipality of Petrópolis-RJ*
Denise Mercedes Nunez Nascimento Lopes Salles
Maria Aparecida Barboza Prevot..... 109

Desconsideração Inversa das *Holdings* Patrimoniais Inativas com Base no
Desvio de Finalidade no Âmbito Administrativo

<i>Reverse Disregard of Inactive Equity Holdings Based on Misure of Purpose in the Administrative Scope</i> Diana Bello Eugênio Battesini	129
<i>Crítica aos Contratos Empresariais como Categoria Autônoma no Código Civil</i> <i>A Critique on Business Contracts as an Autonomous Category in the Civil Code</i> Eduardo Nunes de Souza Marcelo Mattos Fernandes.....	157
<i>Os Meios Adequados de Solução de Conflitos em Previdência Privada: A Câmara de Mediação e Arbitragem da Previc como Alternativa Viável aos Conflitos do Setor Fechado de Previdência</i> <i>The Appropriate Dispute Resolution in Pension Funds: Previc's Mediation and Arbitration Chamber as a Viable Alternative to Conflicts in the Closed Pension Sector</i> Elthon Baier Nunes Fábio Lucas de Albuquerque Lima.....	179
<i>A Competência Compartilhada do Ibs e seus Possíveis Reflexos na Economia e na Autonomia Legislativa dos Estados e Municípios</i> <i>The Shared Competence of the Ibs and its Potential Impacts on the Economy and The Legislative Autonomy of States and Municipalities</i> Emerson Ademir Borges de Oliveira Iamara Feitosa Furtado Lucena	201
<i>Nova Lei de Licitações e Contratos: O Reajuste de Preços na Ausência de Índices no Edital e no Contrato</i> <i>New Bidding and Public Contracts Law: Price Adjustment in the Absence of Indices in the Bidding Notice and Contract</i> João Paulo Forni Maria Tereza Fonseca Dias.....	223
<i>Medicamentos para todos: Como a Justiça Pode Garantir o Direito à Saúde?</i> <i>Medicine for all: How Justice Can Ensure the Right to Health?</i> Leandro Cavalcante Lima Krisbhina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro Isaura Alberton de Lima.....	253
<i>Os Direitos de Propriedade Intelectual Pensados Pelo Prisma dos Direitos Humanos</i> <i>Intellectual Property Rights Designed by the Human Rights</i> Mariangela Ariosi Walter Godoy.....	273

Dispositivo da Sexualidade e Juridificação das Corporalidades: Desvelando Inspirações da Teoria *Queer* a Partir das Contribuições de Michel Foucault e Judith Butler

Device of Sexuality and Juridification of Corporalities: Unveiling Inspirations From Queer Theory Based on the Contributions of Michel Foucault and Judith Butler
Rainer Bomfim.....297

A *Lex Mercatoria* e o Capitalismo Humanista: Rumo a uma Ordem Econômica Fraternal por meio da Empresa Transnacional

Lex Mercatoria and Humanist Capitalism: Towards a Fraternal Economic Order Through the Transnational Company

Tatiana Campos

Marcelo Benacchio327

EDITORIAL

Prezado leitor,

É com genuíno entusiasmo que a Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal divulga novo número da Revista da AGU, referente ao 3º trimestre do ano de 2024.

Esta edição é inaugurada por dois artigos de autores estrangeiros, ambos peruanos, que foram convidados pela Comissão Editorial do periódico a escrever sobre temas relacionados à democracia e à governabilidade na América Latina.

No primeiro deles, o professor e ex-Ministro de Relações Exteriores do Peru, Oscar Maúrtua de Romaña, disserta sobre o papel fundamental desempenhado pelos direitos humanos na política exterior peruana, razão pela qual conclui pela necessidade da manutenção do Peru no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No segundo, o professor Jorge Manrique apresenta um conjunto de propostas tendentes à implantação de um novo modelo de processo judicial, que, inspirado nos pilares da democracia, governabilidade e governança, adotaria como prioridade a salvaguarda dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Os demais artigos, sucintamente relatados a seguir, foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados em processo de “avaliação cega por pares”.

Adriano Lopes e Mauricio Godinho Delgado propõem a ressignificação da figura do patamar civilizatório mínimo em direção ao estabelecimento de um padrão civilizatório progressivo dos direitos trabalhistas, o qual deve ser capaz de garantir dignidade e novos direitos aos trabalhadores.

Em trabalho multidisciplinar que inclui contribuições advindas da Filosofia, da Psicologia, da Neurociência e da Economia Comportamental, Denis Moreira analisa os impactos das emoções, em especial da raiva, nas negociações tendentes à resolução de conflitos no campo jurídico.

Por meio de pesquisa empírica de enfoque qualitativo, Denise Salles e Maria Aparecida Prevot realizam mapeamento a respeito dos principais desafios suscitados durante a realização de audiências públicas quanto à efetivação do direito à moradia no Município de Petrópolis (RJ).

Diana Bello e Eugênio Battesini suscitam questionamentos à legitimidade da proteção da autonomia conferida às holdings patrimoniais. Nessa linha, defendem a viabilidade de desconsideração da personalidade

jurídica das holdings patrimoniais nas hipóteses de desvio de finalidade verificadas no âmbito administrativo.

Levando em conta as decisões consolidadas na Constituição de 1988, Eduardo Souza e Marcelo Fernandes formulam crítica direcionada à definição dos chamados contratos empresariais como uma categoria autônoma em relação aos demais contratos não consumeristas, tal como se depreende da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) e de outras propostas legislativas recentes.

Elthon Nunes e Fábio Lima debatem sobre a viabilidade e a eficiência da adoção de um modelo público de meios adequados de resolução de conflitos para ambientes altamente regulados, como é o caso do setor de previdência complementar fechada, em que assume destaque a Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Superintendência Nacional de Previdência Complementar.

Emerson Oliveira e Iamara Lucena investigam os possíveis impactos econômicos e arrecadatários decorrentes da implementação do Imposto sobre Bens e Serviços, especialmente diante da inauguração de uma competência tributária compartilhada entre os entes federativos.

João Paulo Forni e Maria Tereza Dias examinam o conflito entre o princípio da isonomia no processo licitatório e o postulado da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, notadamente nas hipóteses de ausência de previsão de índices de reajuste nos editais e nos contratos administrativos.

Valendo-se da técnica de análise de conteúdo, Leandro Lima, Krishina Ribeiro e Isaura Lima dedicam-se a desenvolver uma taxonomia hierarquizada de critérios para balizar o exame de pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos.

Mariangela Ariosi e Walter Godoy Junior exploram as possibilidades de diálogo entre os sistemas de proteção dos direitos humanos e dos direitos de propriedade intelectual. Ao final do artigo, os autores compartilham proposta de integração entre esses sistemas, de modo a atribuir aos direitos de propriedade intelectual uma tutela humanitária.

Adotando, como referenciais teóricos, contribuições extraídas das obras de Michel Foucault e de Judith Butler, Rainer Bomfim desvela questões fundamentais para as discussões relacionadas à teoria queer, que problematiza o padrão regulatório e as formas como são pensadas a sexualidade, principalmente no campo do Direito.

Por fim, considerando a centralidade do papel desempenhado pelas empresas transnacionais na economia mundial, Tatiana Campos e Marcelo Benacchio sustentam a inclusão das dimensões da fraternidade no complexo sistema econômico-cultural conhecido como *lex mercatoria*, em busca de promover os direitos humanos e de equilibrar o capitalismo.

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico, especialmente à professora Luz Amparo Llanos Villanueva, por sua indispensável colaboração na intermediação do contato da Escola com o Dr. Oscar Maúrtua de Romaña, e convida o leitor a apreciar os artigos científicos ora publicados, sugerindo o acesso à Revista da AGU eletrônica, disponível em: revistaagu.agu.gov.br.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Coordenador-Geral de Pós-Graduação da Escola Superior da AGU

Autor Convidado

LOS DERECHOS HUMANOS COMO EJE DE LA POLÍTICA EXTERIOR DEL PERÚ: SU PERMANENCIA LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*HUMAN RIGHTS AS THE AXIS OF PERU'S
FOREIGN POLICY: ITS PERMANENCE THE
AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*

Oscar Maúrtua de Romaña¹

SUMARIO: Introducción. 1. Los derechos humanos. 2. La cooperación en derechos humanos. 3. La política exterior como política pública. 4. Los derechos humanos como interés nacional y enfoque transversal en las políticas públicas. 5. La proyección internacional del Perú en materia de derechos humanos. 6. El derecho internacional de los derechos humanos y su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano. 7. Caso: controversia

¹ Diplomático, jurista y docente universitario. Ministro de Relaciones Exteriores (2021-2022 y 2005-2006). Director de la Academia Diplomática del Perú (2002-2003). Viceministro y Secretario General de Relaciones Exteriores. Jefe del Servicio Diplomático (2004). Estudios de postgrado en la Universidad de Oxford, Universidad John Hopkins y en el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

en torno a la salida del Perú de la Convención Americana de Derechos Humanos. Conclusiones.

RESUMEN: La política exterior del Perú, construida sobre la base de los intereses nacionales, se guía a partir del principio de respeto y promoción de los derechos humanos. Más allá de ser vistos como una cartera de derechos, los enfoques contemporáneos entienden a los derechos humanos como el eje transversal de toda intervención pública, sea que se desarrolle en el ámbito interno o externo. En ese sentido, el trabajo tiene como objetivo sustentar que los derechos humanos han sido a lo largo de la historia diplomática peruana una guía para el diseño de su despliegue internacional, por lo tanto, no resulta coherente el retiro del Perú del sistema interamericano de derechos humanos. Con el propósito de incidir en los motivos que sustentan mi posición, este trabajo empezará situando a los derechos humanos en un panorama regional, para luego establecer algunos vínculos con las dinámicas actuales de cooperación internacional en las que el Perú ha participado. Acto seguido, se enfocará analizar avances peruanos en la materia, lo que se explica a partir de la vinculación de su derecho interno con los instrumentos internacionales de derechos humanos, y las controversias surgidas en torno al mantenimiento de estos, para – finalmente – confirmar la importancia y necesidad de mantener al Perú en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos. Política exterior peruana. Multilateralismo. Instrumentos internacionales. Orden jurídico internacional. Orden jurídico peruano.

ABSTRACT: Peru's foreign policy, built on the basis of national interests, is guided by the principle of respect and promotion of human rights. Beyond being seen as a portfolio of rights, contemporary approaches understand human rights as the transversal axis of all public intervention, whether it is developed internally or externally. In that sense, the work aims to support that human rights have been a guide throughout Peruvian diplomatic history for the design of its international deployment, therefore, the withdrawal of Peru from the inter-American system of rights is not coherent. humans. With the purpose of influencing the reasons that support my position, this work will begin by placing human rights in a regional panorama, and then establish some links with the current dynamics of international cooperation in which Peru has participated. Next, the focus will be on analyzing Peruvian progress in the matter, which is explained from the link of its domestic law with international human rights instruments,

and the controversies that have arisen around the maintenance of these, to – finally – confirm the importance of keeping Peru in the Inter-American Human Rights System.

KEYWORDS: Human rights. Peruvian foreign policy. Multilateralism. International instruments. International legal order. Peruvian legal order.

INTRODUCCIÓN

Desde su consagración formal en diciembre de 1948, los derechos humanos se convirtieron en uno de los hitos más importantes que alcanzó la humanidad, con el objetivo de alcanzar un mundo más próspero, pacífico y justo. Asimismo, se volvieron la base sobre la cual los Estados debían alcanzar sus objetivos de desarrollo, priorizando un enfoque de derechos humanos o evaluando que cada respuesta institucional cumpla con requerimientos de impacto basados en una mejora del desarrollo humano (CEPLAN, 2022, p. 39). No obstante – y centrándonos en el caso peruano – estos avances no se alcanzaron de manera espontánea. Se tuvo que superar, primero, un proceso de adhesión y ratificación de los instrumentos que se firmaron en el sistema universal y regional de derechos humanos, incorporándose así, progresivamente, como un eje transversal a todo el ordenamiento jurídico interno.

En este sentido, el presente trabajo partirá desde una perspectiva general, donde se discutirá el desarrollo de los derechos humanos en la región latinoamericana y su particular vinculación con la cooperación internacional; a razón de que este espacio geográfico se caracteriza por la presencia de grandes brechas de desigualdad y ante la falta de recursos en ciertos Estados para hacer efectivo su deber de promover y garantizar los derechos humanos. Posterior a ello, se pondrá énfasis en el desarrollo de los derechos humanos en el caso peruano, aseverando que son un pilar fundamental en su política exterior, lo cual se sustenta en los documentos institucionales que el país ha diseñado, vale decir, en sus políticas públicas; y en la proyección internacional que ha tenido el Perú en los espacios multilaterales, tanto el ámbito universal como regional.

De igual manera, se analizará la cuestión relativa a la incorporación formal de los instrumentos de derechos humanos al ordenamiento jurídico peruano. La relevancia de este apartado se encuentra en los supuestos conflictos que se generan entre la ley interna y las normas de derecho internacional, los cuales son esclarecidos mediante una interpretación constitucional sustentada en los principios establecidos en la Convención de Viena de 1969. Finalmente, se discutirá en torno a la controversia surgida en el Perú ante una posible renuncia a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH),

promovida por ciertos sectores del Parlamento, y las implicancias que dicha decisión tendría para la política exterior peruana y sus intereses nacionales.

1. LOS DERECHOS HUMANOS

Elaborar una investigación centrada en los derechos humanos resulta ser siempre una tarea desafiante. Ya sea por la dificultad de ubicarla en su origen primigenio; por la diversidad de interpretaciones que surgen en torno a la mejor forma de satisfacerlos; y, sobre todo, por la complejidad de hacerlos efectivos en la praxis social por parte de los Estados (Vargas, 2020, p. 127). Más allá de ser vistos como una cartera de derechos – lo cual puede variar en torno al contexto y los desafíos emergentes – el vértice bajo el cual debe girar la esencia de los derechos humanos debe ser, en todo momento, la dignidad humana; es decir, la raíz de estos derechos se enmarca en concebir a la persona como una realidad única e incomparable, con vocación trascendente, y que se extiende a cada ser humano bajo el argumento de una igualdad jurídico-política (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 14).

En tal sentido, resulta oportuno aproximarse a una definición específica de derechos humanos que permita guiar el camino de este trabajo. En línea con lo señalado por Soto (2013, p.394), los derechos humanos son considerados como nociones ético-políticas – originadas sobre la base de reclamos políticos socialmente construidos – que expresan las máximas reglas de convivencia en una sociedad determinada (Martínez, 2016, p. 743). Esto se vincula con su dimensión material, pues los derechos humanos van a variar en función al contexto bajo el cual se encuentran y las *formas sociales de poder* que de ella emanan (Goodhart, 2016, p. 32). Esta concepción político-jurídica de los derechos humanos, permite resaltar su potencial transformador, tanto en el plano social como político.

Ahora bien, como señala Martínez (2016), un enfoque político de los derechos humanos debe tener en cuenta, con mayor énfasis, la dimensión pragmática de los derechos. Ello implica que es indispensable considerar los aspectos macroeconómicos de un país – vale decir, sus finanzas públicas y sus niveles de crecimiento económico – las circunstancias históricas, la capacidad estatal, sus formas de intervención pública y, en particular, los recursos disponibles. Este aspecto suele ser uno de los puntos más críticos cuando se hace referencia a países de renta media-baja y baja (Banco Mundial, 2005, p. 8), pues no disponen de los recursos suficientes para hacer efectivo el cumplimiento y la garantía de los derechos humanos en su territorio. De lo mencionado, es posible abrir el camino a uno de los mecanismos que, en los últimos años, ha cobrado mayor relevancia cuando se trata de trabajar por el desarrollo humano de los pueblos y la promoción de la democracia: la cooperación internacional.

2. LA COOPERACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Desde mediados del siglo XX, producto de la creciente interdependencia entre Estados y de los mayores alcances de la globalización, las redes globales de contacto se han interconectado a tal punto que los factores políticos, sociales y económicos – en mayor medida – han pasado a depender de la estabilidad de la hegemonía neoliberal (Restrepo, 2012, p. 288). Esto ha generado una fractura global entre países desarrollados y no desarrollados, que acrecienta la brecha de desigualdades en los denominados países del sur global. Como respuesta a esta problemática, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aplicó una serie de medidas en la búsqueda de promover un desarrollo equitativo entre todos los Estados que componen la comunidad internacional. Es en este marco que surge la Cooperación Internacional al Desarrollo (CID) y su variante operacional denominada Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD), que estará enfocada en el ámbito de los derechos humanos a escala regional (García, 2013, p. 162).

En particular, América Latina se ha caracterizado por ser una de las regiones más desiguales a nivel global (Restrepo, 2012, p. 276). Esto responde a causas estructurales, arraigadas en el pasado colonial, como una economía altamente dependiente de los mercados extranjeros, gobiernos autoritarios, y una constante influencia de los países desarrollados del norte. Si a esto se añaden las graves crisis humanitarias y las severas violaciones a los derechos humanos que se han presentado, Latinoamérica se vuelve uno de los principales focos de recepción de ayuda extranjera. Por las razones expuestas, países como los Estados Unidos, con USAID; el Japón, con JICA; España, con AECID; Alemania, con GTZ; entre otras agencias de cooperación, centraron su atención en focalizar sus programas de ayuda a los países de esta región.

Cabe resaltar que, como mencionan Tezanos y De La Cueva (2010, p.53), esta ayuda estuvo focalizada en dos aspectos clave: promover el régimen democrático y defender los derechos humanos. Es importante aclarar que estas priorizaciones, por parte de los países emisores de cooperación, respondían al contexto bajo el cual se encontraban; un contexto marcado por la Guerra Fría, donde se establecieron dos espectros ideológicos marcadamente definidos. Esto generó que la ayuda al desarrollo que se destinaban a los países de Latinoamérica se ideologicé y termine dejando de lado los objetivos que se habían establecido en un inicio. Año más tarde, producto de un nuevo orden multilateral, la cooperación internacional se enfocó en priorizar el desarrollo humano, que solo podía ser alcanzado si se garantizan los derechos humanos. En este sentido, la cooperación se afianzó en áreas como el desarrollo rural, resolución de conflictos, género, servicios públicos, entre otros; con financiamientos orientados a resultados.

En los últimos años, la cooperación internacional ha pasado de ser un fin en sí mismo, a tomar en cuenta un enfoque de derechos humanos

que sustenta la política exterior de un Estado (Prado, 2009, p. 71). Esta perspectiva ha priorizado una mayor apertura de participación y ha tomado en cuenta a diversos sectores de la sociedad civil en busca de responder a sus expectativas y necesidades. De esta manera, el fin último de la cooperación se ha centrado en el desarrollo humano – garantizando de forma efectiva el cumplimiento de los derechos humanos – y ha reforzado el papel del Estado, en sus diversos niveles, como principal encargado de brindar los bienes y servicios. Por tanto, para lograr una promoción efectiva de los derechos humanos, la cooperación debe ser entendida como un complemento para los planes y políticas que los Estados implementan para garantizar los derechos humanos de su población y afianzar su política externa.

3. LA POLÍTICA EXTERIOR COMO POLÍTICA PÚBLICA

Frente a lo anterior, es importante tener en cuenta que la política exterior, como señala Mejía Martínez (2019, p. 153), es también una política pública, la cual se sustenta en defender los intereses nacionales que la sociedad exige y legitima. En esa línea, la política exterior es – según Kegley y Wittkopf – el involucramiento de un país en el exterior, así como las metas, estrategias e instrumentos seleccionados por aquellos que diseñan las políticas gubernamentales. Se podría definir como las metas que se busca lograr en el exterior, los valores que sustentan dichos objetivos, y los medios utilizados para lograrlos (1991, p. 339). La política exterior, también, es el reflejo de la política interna. Los gobiernos y los Estados buscan una sintonía vital entre sus realidades internas y la proyección de su imagen y su gestión externa (Maúrtua, 2021, p. 223).

Para el caso de la política exterior peruana, esta se ha diseñado – y viene siendo conducida y ejecutada – con el propósito de proteger y defender los intereses nacionales que, en términos generales, están asociados a las principales aspiraciones compartidas por la sociedad nacional peruana referidos a la preservación de la soberanía, seguridad e identidad nacional, el desarrollo socioeconómico y cultural (Espronceda, 2021). En tal sentido, la política exterior se encuentra también vinculada a las Políticas de Estado, producidas en el marco del Acuerdo Nacional, que establecen la visión del país al 2050, es decir, las aspiraciones que se espera cumplir como país a mediano y largo plazo (CEPLAN, 2022, p. 23).

4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO INTERÉS NACIONAL Y ENFOQUE TRANSVERSAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú confirma lo anterior al señalar como Política de Estado para la seguridad y defensa nacional

“el ejercicio de su soberanía e independencia nacional, su existencia y la integridad de su territorio” (2006, p. 61). Por su parte, el Proyecto Educativo Nacional al 2036 propone como visión, los mismos Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) al expresar como aspiración: una sociedad democrática, equitativa, igualitaria e inclusiva, que respeta y valora la diversidad en todas sus expresiones y asegura la sostenibilidad ambiental. (MINEDU, 2020, p. 61). Como última e importante referencia, el “Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2050” elaborado por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), contempla como Visión del Perú al 2050: Sociedad democrática, pacífica, respetuosa de los derechos humanos y libre del temor y de la violencia (CEPLAN, 2022, p. 57).

En ese sentido, por el examen de diferentes documentos oficiales de política pública peruana, podemos concluir que el respeto y promoción de los derechos humanos es un interés nacional junto con la defensa de la soberanía e independencia nacional; la democracia; el valor de la diversidad y la sostenibilidad ambiental; el Estado de Derecho; la libertad; entre otros.

De ahí que, si se entiende a los derechos humanos, en específico, como interés nacional, se abre la posibilidad de citar dos fuentes que confirman esta hipótesis: la primera, es el Acuerdo Nacional que dispone en el segundo objetivo de la Sexta Política de Estado: **la promoción del respeto a los derechos humanos**, los valores de la democracia y del Estado de Derecho (2002, p. 3); y segundo, el Capítulo III del Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú referido a la Política de Estado para la Seguridad y la Defensa Nacional que expresa: “El Perú tiene como Política de Estado, el estricto respeto al Derecho Internacional...” y concibe como uno de sus fundamentos: (el) “respeto y cumplimiento de los tratados y convenios internacionales y *la firme adhesión a las normas y principios del Derecho Internacional, Derechos Humanos, Carta de la Naciones Unidas y del Sistema Interamericano*” (p. 61) (la cursiva es nuestra).

De lo expuesto, se puede determinar como una segunda conclusión: que la promoción y el respeto de los derechos humanos es un interés nacional íntimamente ligado a la seguridad y defensa nacional del Perú. Hoy en día, se identifica a la criminalidad transnacional como una amenaza a la seguridad nacional e internacional, y esto es debido a que actos delincuenciales como el narcotráfico, la trata de personas, la depredación ambiental, son también afectaciones a los derechos humanos de la ciudadanía a vivir en condiciones de dignidad, integridad y seguridad, entre otros aspectos que corresponde al Estado cautelar y preservar; y, que consagra la Carta Magna de 1993, desde su primer artículo, al señalar enfáticamente: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

5. LA PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL PERÚ EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En tal tesitura, al identificar a los derechos humanos como un interés nacional del Perú, podemos entender la larga tradición histórica de proyección internacional del país dirigida a la creación de espacios multilaterales, estructuras, declaraciones, tratados en aras de promover el desarrollo del corpus iuris internacional de protección de la persona humana. Siguiendo esa línea, se presentará una exposición de las principales acciones desplegadas por la diplomacia peruana en búsqueda de dicho objetivo.

A lo largo de la historia se evidencia el apoyo permanente del Perú a la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En efecto, el 26 de junio de 1945, cincuenta países firmaron el tratado constitutivo de la organización, siendo el Perú uno de ellos. Para promover la diplomacia multilateral que dio lugar al nacimiento de la organización internacional más importante del mundo, así como al tratado que fundamenta el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, el Perú envió una delegación encabezada por el entonces Canciller Manuel Carlos Gallagher e integrada por Víctor Andrés Belaunde, entre otras personalidades.

Con la misma coherencia, el Perú votó favorablemente para aprobar la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, instrumento que ha devenido en obligatorio cumplimiento gracias a la práctica permanente y reiterada de los Estados.

Igualmente, el Perú ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tratados de derechos humanos que desarrollan la DUDH así como numerosos tratados del Sistema de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tales como: la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Convención sobre los Derechos del Niño (y dos de sus protocolos facultativos), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre otros. De la misma manera, el Perú ha aceptado el procedimiento de comunicaciones de varios de dichos tratados a fin de brindar mayor protección a la ciudadanía que considere sus derechos vulnerados.

De la misma forma, varios representantes peruanos han sido parte activa de los órganos encargados de abordar la materia de derechos humanos

en la ONU. En enero de 2006, el Perú asumió la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos y, en mayo, fue elegido miembro del recién creado Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (St. John, 2017, p. 79). En el año 2017, la Dra. Luz Ibañez Carranza, fue elegida Magistrada de la Corte Penal Internacional, tribunal internacional encargado de punir crímenes internacionales producto de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

A nivel regional, el Perú también fue uno de los fundadores de la Organización de los Estados Americanos (OEA) al suscribir la Carta de los Estados Americanos el 30 de abril de 1948, la cual no sólo institucionalizó los deseos de cooperación regional y multilateral promovidos por el ancestral panamericanismo que siempre ha auspiciado el Perú, sino que también fundó lo que hoy se conoce como el Sistema Interamericano de Cooperación que aborda múltiples asuntos como ciencia y tecnología, comercio, cultura, desarme, desarrollo social, desminado, drogas, gobierno electrónico, educación, género, gestión pública, justicia, gobernabilidad, medio ambiente, migración, propiedad intelectual, paz, puertos, seguridad pública, telecomunicaciones, turismo, entre otros. Es de verse entonces que la cooperación en materia de derechos humanos es una de las principales materias que trata la OEA, mas no, la única.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos es el que hace factible las políticas de promoción y fortalecimiento de los derechos humanos a nivel regional. El Perú ha tenido como eje de su política exterior, el apoyo permanente al fortalecimiento de dicho sistema. Esto se evidencia en su participación en la redacción de la Carta de la OEA, el voto favorable a la adopción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en abril 1945 (meses antes de la DUDH); el respaldo a la aprobación del Protocolo de Buenos Aires de 1967, que creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (que dio lugar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y de numerosos tratados de alcance regional tales como Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, “Protocolo de San Salvador”: Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Convención de Belém do Pará”: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, así como la Carta Democrática Interamericana, cuya iniciativa fue eminentemente peruana (García-Sayán, 2015, p. 338).

Del mismo modo, varios expertos peruanos han sido magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de las relatorías temáticas.

Es de verse, entonces, que la convicción peruana de promover y defender los derechos ha implicado construir y fortalecer espacios multilaterales, participar con sus representantes en la formulación de documentos de trabajo sobre derechos humanos, así como cumplir y hacer cumplir los tratados internacionales de derechos humanos. Este permanente accionar ha logrado la inserción del Perú en un sistema de relaciones a nivel global y regional que comparten las mismas aspiraciones de convivencia digna, fraterna y de bienestar para toda la ciudadanía; y que al mismo tiempo genera el reconocimiento de la comunidad mundial por tal conducta. El Perú forma parte, como integrante respetado y contributivo al sistema universal y regional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo cual refleja los valores éticos y jurídicos que se esmera en cautelar en la comunidad global.

6. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En este orden de ideas que se viene argumentando, es oportuno conceptualizar qué es el derecho internacional y cómo se vincula con el ordenamiento jurídico peruano. Si bien hay enfoques y definiciones variadas, se recomienda empezar por una adecuada contextualización. Con la Carta de las Naciones Unidas y tras dos guerras mundiales, si bien el Estado prevalece como el centro de esta ciencia jurídica, ha surgido con fuerte influencia y gravitación, lo que se denomina como la cultura de los derechos humanos (Maúrtua, 2021, p. 219). Desde hace varias décadas, más de 70, lo que equivale a la vida de la ONU, el hombre emerge como el sujeto del Derecho Internacional. El individuo aparece como el que concentra la mayor atención y acción para hacer que se acaten los derechos contenidos en las distintas convenciones globales. El ser humano es el objeto de la comunidad internacional, su principio y fin esencial.

Luis Solari Tudela en su libro “Derecho Internacional Público” (1982) sustenta que dicha ciencia es la “disciplina jurídica encargada de regular fundamentalmente las relaciones de los estados y los organismos internacionales entre sí, así como la de estos con los individuos en la específica esfera de los derechos humanos”. De Casadevante (2011, p. 23), en referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), señala que este es un sector reciente en el ordenamiento internacional, que pone énfasis en el papel esencial del Estado, por un lado, desde las obligaciones que voluntariamente suscribe el adherirse a un tratado internacional; por otro, al ser el sujeto principal encargado de velar por la garantía y promoción de los derechos humanos. Según este autor, el DIDH se refiere a nomas

de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que protege derechos enfocados en la dignidad humana.

En el ámbito peruano, y por mandato constitucional, la política exterior es dispuesta y conducida por el Jefe de Estado, encargándosele al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Servicio Diplomático su correspondiente ejecución. Es una competencia, exclusiva y excluyente. Se trata de funciones que apuntan hacia el exterior para mantenerse en el plano de la comunidad internacional. Una presencia consecuente que esté de acuerdo a los intereses del Perú; y, que en tal actitud se centran en la concreción de negocios y promoción de inversiones foráneas de un lado; y, de la imagen democrática y vigente del Estado de Derecho dentro de un ambiente de pacificación y respeto a los derechos humanos, de otro.

La Constitución Política de 1993, vigente hace 30 años, establece en su artículo 55, una norma que proviene de una práctica ampliamente recogida por el derecho internacional contemporáneo: “los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional”. Por tanto, nuestra Carta Magna reconoce a la norma internacional –en este caso, el tratado- como una ley de su propio derecho interno y, en ese sentido, le brinda debida observancia y la aplica. Esta norma constitucional es un corolario implícito del principio jurídico universal que consagra que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno, conforme lo recordaba el constituyente y jurisconsulto Andrés Aramburú Menchaca, lo que ha quedado registrado en las actas de sesiones del Congreso Constituyente al analizar este trascendente tema.

Se debe señalar, además, que en caso de conflicto entre una ley interna y una disposición de un tratado que no se ha resuelto de esa manera ante los tribunales nacionales –es decir, prevalencia de la norma contenida en un tratado – debe entenderse que estaríamos ante un caso de una violación al derecho internacional. Al respecto, debo destacar que los tribunales internacionales (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI; Corte Interamericana de Derechos Humanos – CorteIDH; Corte Internacional de Justicia – CIJ), resuelven este tipo de conflictos reconociendo la primacía del derecho internacional sobre la norma del derecho interno nacional, cuando media un tratado vigente.

7. CASO: CONTROVERSIA EN TORNO A LA SALIDA DEL PERÚ DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Desde la última conformación del Parlamento peruano, diversas bancadas han presentado una serie de proyectos de ley donde se hace expresa la intención de retirar al Perú de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Esta propuesta, si bien contradice los parámetros

establecidos en la Carta Magna, ha cobrado mayor fuerza en sectores políticos con ideologías extremistas, justificando dicha decisión en la creciente ola de inseguridad que aqueja al país, pues se pretende instaurar la pena de muerte y la CADH es un impedimento para lograrlo.

Una de las primeras iniciativas en contra de la CADH fue presentada por el partido oficialista Perú Libre (PL), que, por medio del Proyecto de Ley N° 03494-CR, planteó la denuncia a la CADH con la intención expresa de restablecer la pena de muerte para determinados crímenes. Si bien esta propuesta obtuvo el respaldo de otras bancadas, fue rechazada por la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso bajo el argumento de que, técnicamente, se vulneraban atribuciones que son expresas del Poder Ejecutivo (Art. 57, Constitución Política del Perú de 1993). Una segunda iniciativa la propuso el partido Acción Popular (AP), mediante el congresista Ilich López, quien, mediante el Proyecto de Ley N° 04014/2022 CR, estableció como necesidad pública e interés nacional que se prohíba al Estado mantener a violadores, asesinos y funcionarios corruptos, a través del retiro de la CADH (Ojo Público, 2024).

Esta iniciativa se mantuvo a la espera de un próximo debate en la Comisión de Relaciones Exteriores. No obstante, el congresista Jorge Montoya, del partido Renovación Popular (RP), presentó una nueva iniciativa legislativa (N° 05216/2022-CR) a la Comisión de Constitución, donde señaló que el Estado peruano no requiere de la tutela de ningún órgano jurisdiccional supranacional. Esta iniciativa se sustenta bajo el argumento de que la Corte IDH (órgano jurisdiccional de la CADH) no está sujeta a ningún tipo de control funcional ni calidad, al tiempo que el Perú ya cuenta con los mecanismos jurisdiccional internos suficientes (El Comercio, 2024). Asimismo, agregó que la pena de muerte, para determinados delitos, es un objetivo específico que busca su iniciativa.

Ahora bien, es preciso realizar algunas aclaraciones respecto a la viabilidad de esta propuesta y si, a la luz del derecho internacional, es conveniente o no para el Perú su renuncia. Desde un enfoque constitucional, la Constitución Política del Perú, en su artículo 93, señala que todo aquello que esté relacionado a la política exterior es *competencia exclusiva y excluyente* del Poder Ejecutivo [la cursiva es nuestra] (Art. 93, Constitución Política del Perú de 1993). Por lo tanto, sería una falta al principio de separación de poderes por parte del Poder Legislativo frente al Ejecutivo; y una iniciativa inconstitucional por contravenir una disposición expresa de la Carta Magna. En otras palabras, no es viable desde un aspecto legal. Además, si aun así se decidiera someter a votación esta propuesta, debe ser aprobado por dos legislaturas consecutivas con 2/3 de los votos, es decir, 87 votos necesarios.

Por otro lado, desde un enfoque jurídico-político, es preciso señalar que la Corte IDH, así como todo órgano jurisdiccional supranacional, se

rige bajo el principio de subsidiariedad, el cual señala que, antes de acceder a cualquier instancia internacional, es indispensable haber agotado todos los recursos internos de justicia, es decir, haber pasado por todas las etapas previas que establece la justicia del país en cuestión (Salmón, 2019, p. 65). Ello implica que la Corte IDH no reemplaza ni subordina a los órganos de justicia de ningún Estado, al contrario, su esencia radica en ser un complemento y una instancia adicional cuando el Estado es el que vulnera los derechos humanos de sus habitantes. De igual forma, cabe señalar que la suscripción a la CADH no fue impuesta por algún tercero, sino que, bajo la soberanía y voluntad propia del Estado peruano, se ratificó este tratado internacional.

Cabe resaltar que el Perú no sería el único ni el primer país en presentar una denuncia antes la CADH. Tanto Trinidad y Tobago, así como Venezuela, en 1998 y 2012, notificaron su retiro de la Convención a través de un proceso formal de denuncia. De igual forma, si bien es interesante mencionar que tanto Estados Unidos como Canadá no forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, ello no es razón suficiente para justificar la salida de otro país. Finalmente, debe tenerse en cuenta que una posible salida de la CADH afectaría la larga trayectoria de respeto a los derechos humanos y promoción del régimen democrático, que son principios básicos del Estado peruano, suscritos en el Acuerdo Nacional y que forman parte de las políticas de Estado.

Frente a lo anterior, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI) – entidad autónoma que tiene por objeto promover, propagar y difundir el derecho internacional – se pronunció también en el marco de esta reciente controversia, presentando su respuesta en la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República. Mediante el Oficio 5216/2022-CR, de fecha 19 junio de 2023, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso solicitó opinión a la SPDI sobre el retiro del Perú de la Convención Americana de Derechos Humanos. Al respecto, el Consejo Directivo de la SPDI remitió el Oficio SPDI N° 114-2023 de fecha 20 de junio de 2023 señalando que:

A diferencia de otros países y con esta particularidad de origen (proviene del poder constituyente), estamos ante cláusulas pétreas, irrenunciables e irreversibles que no admiten pacto en contrario, y de ser el caso, el retiro o la denuncia afectaría la imagen y tradición del Perú de respeto a los derechos humanos y a los tratados en general. (...) Destacando que la cultura del respeto a derechos humanos ha devenido en un enfoque cuando no un pilar fundamental de las inversiones para Norteamérica y la Unión Europea. La propuesta de denuncia de la CADH debilitaría la seguridad jurídica que es fundamental para captar inversiones extranjeras. Los tratados de libre comercio contemplan cláusulas relativas

al cumplimiento de estándares mínimos de derechos humanos, así como de la implementación de garantías judiciales efectivas, que se verán debilitadas con la denuncia a la CADH.

CONCLUSIONES

A largo de este trabajo, se ha puesto énfasis en la constante evolución y progresividad que han tenido los derechos humanos a escala global. En un sistema internacional caracterizado por la multiplicidad de actores y crecientes desafíos, el multilateralismo se considera un enfoque globalista que permite enfrentar los problemas sociales de forma transversal. Entre los principales desafíos se encuentra la lucha por los mercados y la tecnología; el reagrupamiento de los países para promover economías integradas y sostenibles; la necesidad de captar inversión extranjera; la lucha por la preservación del medio ambiente; el respeto de los derechos humanos; la lucha contra el terrorismo –tanto internacional como nacional- la cada vez más extendida guerra contra el narcotráfico, así como el crimen y la delincuencia transnacional, que mereció la reciente convocatoria de la Comunidad Andina a una reunión de altos Autoridades de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, para concertar una estrategia común para combatir dicho flagelo.

Al respecto, es importante resaltar que la defensa y promoción de los derechos humanos es parte prioritaria de la agenda internacional (que también contempla asuntos referidos a la sostenibilidad ambiental, la lucha contra la criminalidad internacional, la paz mundial y el desarrollo de las nuevas tecnologías), por lo que existe un andamiaje legal que el Perú ha contribuido a crear y codificar; y en el que se encuentra incorporado a cabalidad, para promover su interés nacional apegado al poder del multilateralismo. Estos pilares constituyen la seguridad jurídica que exige la legalidad global.

Finalmente, es posible expresar una tercera conclusión referida a la importancia de continuar con una política de Estado – como es el caso de la política exterior – que priorice el respeto y la promoción de los derechos humanos. Cabe resaltar que ello incide en la gobernabilidad y estabilidad del país, lo cual - a su vez - promueve el desarrollo económico que tanto anhela nuestra patria. Esto es lo que el ilustre excanciller peruano Carlos García Bedoya llamaba “la concepción de desarrollo integral de un país”, vale decir, cómo la acción externa puede promover el desarrollo en diferentes ámbitos internos e irradia distintas áreas que componen la vida de un Estado (García Bedoya, p. 98) de ahí la importancia de que la política exterior mantenga coherencia con la defensa de los derechos humanos.

El despliegue internacional del Perú a lo largo de su historia republicana ha demostrado la orientación a integrar espacios multilaterales de cooperación en materia de derechos humanos, siendo inclusive fundador de varios de ellos.

Este comportamiento externo ha repercutido en el ámbito interno mediante la creación o modificación de legislación peruana (ya sea constitucional o de menor rango) dirigida a dar coherencia y a fortalecer a las acciones de la política exterior del Perú.

En ese sentido, y evaluando todos los antecedentes históricos, y acciones del Perú tanto en el frente internacional como interno, confirmamos que la propuesta de retirar al Perú de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en consecuencia, de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta discordante con la política de estado peruana permanente de defensa de los derechos humanos.

Por último, parafraseando al escritor y pensador francés, Jacques Atally, autor de “Historia del Futuro”, que Perú vislumbra el horizonte de la modernidad motivado en el acatamiento a los derechos humanos tal como persisten las naciones que perseveran en la cultura fomentada por las Naciones Unidas.

REFERENCIAS

DE CASADEVANTE, Carlos. *Derecho Internacional Humanitario*. Madrid: Dilex, 2011. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=469431>.

DE CASAVEDANTE, Carlos. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Dilex, 2003, p. 3.

ESPRONCEDA, Willian. La política exterior: un breve examen teórico. *Universidad de La Habana*, Cuba, v. 70, n. 294, mayo/ago. 2021. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0253-92762022000200006&lng=es&tlng=es

GARCÍA BEDOYA, Carlos. *Política Exterior Peruana*. Teoría y Práctica. Lima: Academia Diplomática del Perú, 1992.

GARCÍA-SAYÁN, Diego. Democracia y derechos humanos. En: NOVAK, Fabián. y GARCÍA, Julio (Org.). *La política exterior peruana en el siglo XXI: agenda y propuestas*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, 2015, p. 331-346.

GARCÍA, Mayka. *La cooperación internacional para el desarrollo de la Educación Inclusiva*. Algunas contradicciones en el caso España – Latinoamérica. Cádiz: Universidad de Cádiz. 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4335837>.

GOODHART, Michael. *Human Rights: Politics and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KEGLEY, Chris.; WITTKOPF, Edmund. *America foreign policy*. Patterns and process. Cambridge: St. Martin Press, 1991.

MARTÍNEZ, Alejandro. Repensar derechos humanos desde la liberación y la descolonialidad. *Revista Direito e Práxis*, n. 13, v. 7, p. 721-749, ene./abr. 2016. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350944882023.pdf>.

MARTÍNEZ, Asier. Enfoque basado en Derechos Humanos en la Cooperación Internacional. Una mirada crítica desde América Latina. *Estudios Latinoamericanos*: Nueva Época, v. 37, n. 64, p. 41-64, ene./jun. 2016. Disponible en: <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rel/article/view/54721>.

MAÚRTUA DE ROMAÑA, Óscar. *Apuntes para la política exterior peruana*. Lima: CIAC Ediciones, 2021.

MAÚRTUA DE ROMAÑA, Óscar. *Derecho internacional y política exterior*. Lima: [s.n.], 1995.

MEJÍA MARTÍNEZ, Leonardo. La paradiplomacia. *Una aproximación a las nuevas teorías*. Oasis, Bogotá, n. 30, p. 145-162, 2019. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/6088>

NUEVA YORK (Estados Unidos). Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Estado de ratificación de tratados de derechos humanos por país (Perú)*. 2024. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=136&Lang=SP.

PERÚ. Centro Nacional De Planeamiento Estratégico. *Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2050*. Decreto Supremo N° 103-2022-PCM. Lima: CEPLAN.

PERÚ. Congreso de la República. *Ley 22231 de 1978*. Aprueban Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lima: Congreso de la República.

PERÚ. Foro del Acuerdo Nacional. *Acuerdo Nacional 2002*. Disponible en: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/11108.pdf.

PERÚ. Ministerio de Defensa. *Libro Blanco de la Defensa Nacional*. Lima: Ministerio de Defensa, 2006. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/397073/Libro_blanco.pdf.

PERÚ. Ministerio de Educación (MINEDU). *Proyecto Educativo Nacional al 2020*. Lima: Ministerio de Educación, [s.d.].

PERÚ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS). *Los Derechos Humanos en el Perú: nociones básicas*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, [s.d.]. Disponible en: <https://observatoriorederechoshumanos.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Minjusdh-2013.-Los-derechos-humanos-en-el-Perú.-Nociones-básicas.pdf>.

PRADO, Juan. El impacto de la cooperación internacional en el desarrollo de la democracia y los derechos humanos. *Perfiles latinoamericanos*, v. 33, p. 65-90, ene./jun. 2009. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_artext&pid=S0188-76532009000100003.

RESTREPO, Manuela. La cooperación internacional al desarrollo como herramienta de protección y promoción de los derechos humanos: el caso latinoamericano. *Revista Facultad de Derecho y Ciencia Política*, v. 42, n. 116, p. 271-295, ene./jun. 2012. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151424089011>.

SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019. Disponible en: <https://www.fondoeditorial.pucp.edu.pe/derecho/883-introduccion-al-sistema-interamericano-de-derechos-humanos.html>.

SOLARI TUDELA, Luis. *Derecho internacional público*. Lima: Studium ediciones, 1982.

SOTO, Luis; HIERRO, Liborio L. Los derechos humanos. Una concepción de la justicia, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016. *Agora*, n. 2, v. 36, p. 393-399, 2017. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6168601>.

ST JOHN, Ronald. La política exterior peruana en el nuevo milenio: Continuidad y cambio. *Revista del Instituto Riva-Agüero*, n. 2, v. 2, p. 65-119, ene./jul. 2017. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/revistaira/article/view/18674/18924>.

TEZANOS, Sandra.; DE LA CUEVA, Andrés. América Latina y el Caribe: Ayuda Oficial al Desarrollo en el Punto de Inflexión del Milenio. *Problemas del Desarrollo*, n. 162, v. 41, p. 45-80, 2010. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4041740.pdf>.

VARGAS, Alfredo. Hacia una protección integral para los defensores(as) de derechos humanos en Colombia. *Vía Iuris*, [s.l.], n. 28, p. 123-142, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7384282>.

WASHINGTON (Estados Unidos). Banco Mundial (BM). *Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos*. [S.l.]: [s.n.], 2005. Disponible en: https://documents1.worldbank.org/curated/en/149261468321291234/pdf/305000wdr20051overvie_w1spanish.pdf.

Autor Convidado

HACIA UN NUEVO PROCESO JUDICIAL ORIENTADO A LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL JUSTICIABLE. UNA MIRADA DESDE LA DEMOCRACIA Y GOBERNABILIDAD

*TOWARDS A NEW JUDICIAL PROCESS ORIENTED
TO SAFEGUARDING THE FUNDAMENTAL
RIGHTS OF THE OF THE FUNDAMENTAL
RIGHTS OF THE JUSTICIABLE. A VIEW FROM
THE PERSPECTIVE OF DEMOCRACY AND
GOVERNANCE*

Jorge Isaac Torres Manrique¹

SUMARIO: Introducción. 1. Presupuestos imprescindibles. 1.1. Aplicación supletoria. 1.2. Los plazos judiciales no pueden ser los mismos que los

¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Wisdom University (Nigeria). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeinentia Iustitia (Perú). Consultor jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Miembro Honorario de los Ilustres Colegios de Abogados de Moquegua y Apurímac. autor, coautor, director y codirector de más de ciento cuarenta libros y tratados en diversas ramas jurídicas, con enfoques de derechos fundamentales e interdisciplinariedad, publicados en 15 países. Codirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia, Chile y Panamá.

tiempos en el derecho administrativo. 1.3. Conciliación judicial. 1.4. Mayor celeridad. 1.5 Mejor Derecho. 1.6. Plazos para magistrados deben ser también escrupulosamente cumplidos. 1.7. Juez natural. 1.8. Principio de autonomía procesal. 1.9. Principio de informalidad. 1.10. Solución del conflicto. 1.11 Prueba electrónica. 1.12. Nueva concepción del derecho fundamental a la pluralidad de instancias. 1.13. Nuevos derechos fundamentales. 1.14. Un enfoque de derechos fundamentales. 1.15. Interdisciplinariedad. 1.16. Principio de justeza. 2. La administración de justicia y la democracia. 3. El proceso judicial y su relación con la gobernanza y gobernabilidad. Conclusiones y sugerencias. Referencia.

RESUMEN: El proceso judicial en general se encuentra sumido en una grave como endémica crisis, producto de los serios cuestionamientos y reproches de los diversos actores de la administración de justicia, en especial por parte de los justiciables. Parece ser que se ha perdido el norte y sentido de la quintaesencia del poder judicial. En la presente entrega, el autor analiza, desentraña, sustenta y desarrolla, desde diversas aristas y perspectivas, sus observaciones planteadas al proceso judicial, conducentes a la implantación de un nuevo proceso judicial, que salvaguarde prioritaria y efectivamente los derechos fundamentales de los justiciables. Considerando en ello, la obligatoria observancia de la democracia y gobernabilidad y legitimidad.

PALABRAS CLAVE: Proceso judicial. Crisis del proceso judicial. Alternativas de solución al proceso judicial. Derechos fundamentales de los justiciables. Nuevo proceso judicial. Legitimidad estatal. Gobernabilidad. Democracia.

ABSTRACT: The judicial process in general is immersed in a serious and endemic crisis, as a result of the serious questioning and reproaches of the various actors in the administration of justice, especially by those who are subject to justice. It seems that the quintessence of the judiciary has been lost. In this paper, the author analyzes, unravels, sustains and develops, from various angles and perspectives, his observations on the judicial process, leading to the implementation of a new judicial process, which will safeguard, as a priority and effectively, the fundamental rights of the justiciable. Considering in this, the mandatory observance of democracy, governance and legitimacy.

KEYWORDS: Judicial process. Crisis of the judicial process. Alternative solutions to the judicial process. Fundamental rights of the justiciable. New judicial process. State legitimacy. Governance. Democracy.

INTRODUCCIÓN

El proceso en general viene siendo presa de serios y profundos cuestionamientos, por parte de los justiciables. El poder judicial viene abdicando sistemáticamente a su obligación de servicio. En ese orden de ideas, en la presente entrega nos ocupamos de desentrañar y desarrollar las vías de solución, a la luz, además, de la democracia, gobernabilidad y gobernanza. Paquete de propuestas que consideramos sea debatido y puesto en práctica de manera urgente e insoslayable.

1. PRESUPUESTOS IMPRESCINDIBLES

Consideramos, que resulta de capital importancia la observancia de los distintos puntos desarrollados a continuación:

1.1. Aplicación supletoria

Como primera propuesta, es de tener en cuenta a la estricta observancia que las diversas normas legales del ordenamiento jurídico, observen el correlato de la Norma Madre, vale decir, del Código Civil. Nos referimos a la aplicación supletoria en todas las demás normas, en lo que resulte pertinente.

Así tenemos, que el Art. IX. del Título preliminar de Código Civil peruano, que, en relación a la aplicación supletoria, juidiciza: “*Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza*”.

Si bien la aplicación supletoria, se encuentra textualmente establecida en el referido cuerpo legal, ello no implica, que en la práctica se cumpla de conformidad a lo establecido.

Prueba de ello, es que: i) La Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, Ley N° 30916, no registra la abstención por decoro, ni la recusación de los magistrados, ii) La Ley Orgánica del mismísimo Tribunal Constitucional peruano, tampoco establece las referidas figuras jurídicas.

Ello, solo por citar algunos ejemplos que lamentar. Demás está decir, que en no pocos casos de público se ha presentado dichos conflictos de intereses. Lo sorprendente y penoso, es que cuando se emplazó a los magistrados correspondientes, se limitaron campantes a señalar que tanto la abstención por decoro, como la recusación, no se encontraban reguladas en sus leyes orgánicas respectivas y que por lo cual, nadie podía ampararse en tales figuras jurídicas en contra de ellos.

1.2. Los plazos judiciales no pueden ser los mismos que los tiempos en el derecho administrativo

En el presente ítem, resulta necesario entender que el proceso judicial no inicia desde dicha sede. Esto es, que cuenta con antecedentes.

Ello, en tanto que para acceder a la vía judicial deviene en obligatorio agotar la vía administrativa (**salvo muy contadas excepciones**). Por otro lado, es de considerar que agotar la vía administrativa comporta aproximadamente tres años.

Por su parte, apuntamos que el agotamiento de la vía judicial implica un promedio de diez años. Es decir, para obtener en una decisión firme y en última instancia.

Entonces, se tiene que antes de iniciar el proceso judicial, el justiciable tuvo que atravesar el proceso administrativo en su contra o de naturaleza denegatoria, el mismo que tuvo lugar un espacio de tres años.

Así, en vista que el justiciable, al inicio del proceso judicial, se constituye en una surte de sobreviviente del proceso administrativo, deviene en abusivo e indolente, la imposición de nuevos plazos, incluso más extensos, que, a mayor abundamiento, el poder judicial inobserva.

Mención aparte, merece hacer mención a la abierta vulneración del principio de economía procesal. Esto es, el tiempo, dinero y esfuerzo, que el justiciable invirtió en sede administrativa, para que a continuación, tenga que nuevamente ser vulnerado en sede judicial.

En ese sentido, debería más bien considerarse un proceso más célere y asertivo con el justiciable.

1.3. Conciliación judicial

Resulta de orden, el que para acceder al proceso judicial se debe agotar la conciliación judicial. Si bien es cierto, que la misma es obligatoria como acto y no como acuerdo (vale decir, que se exige que se busque una solución que evite y haga innecesario el proceso judicial), deviene en evidente que en no pocas oportunidades que el justiciable perjudicado, luego de hacer sus sumas y restas, concluya en que es supuestamente mejor un mal y desventajoso arreglo, en lugar de embarcarse en el padecimiento de un proceso judicial, que le termine resultando, en principio, en una sistemática vulneración del principio de economía procesal.

1.4. Mayor celeridad

En el presente espacio, desarrollamos el significado y capital importancia del principio de mayor celeridad, que debe amparar al justiciable.

A propósito, a priori, es preciso dejar constancia, que el principio de mayor celeridad y el principio de celeridad, no les asiste una naturaleza de sinonimia entre sí.

Al respecto, se tiene que el Tribunal Constitucional peruano estableció como doctrina jurisprudencial vinculante la obligación de todos los órganos jurisdiccionales de otorgar, bajo responsabilidad, mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas adultas mayores, “cuanto mayor sea la edad de dichas personas”. La misma fue dispuesta en la sentencia recaída en el Expediente N.º 02214-2014-PA/TC que, en ejecución de una sentencia de amparo favorable al demandante, resolvió el recurso de agravio constitucional promovido por don Inocente Puluche Cárdenas. En este caso, el TC verificó que el demandante es una persona de 99 años de edad y que, desde la presentación de su demanda de amparo hasta la actualidad, han transcurrido doce (12) años en total, y que de ellos diez (10) años, en la etapa de ejecución de una sentencia estimatoria. Por ello, el TC establece que, en los casos de las personas adultas mayores, la Constitución exige, conforme a sus artículos 1º y 4º, que el Estado asuma como uno de sus fines supremos la defensa, respeto y trato especial de los derechos fundamentales de dichas personas, lo que en el ámbito judicial implica que los jueces, bajo responsabilidad, resguarden los derechos de las personas adultas mayores mediante una “efectiva” tutela jurisdiccional en los procesos judiciales en materia previsional. En el caso bajo comentario, el TC ordenó al respectivo juez de ejecución que resuelva y se asegure de que el demandante cobre efectivamente el monto que le corresponda por todos sus adeudos en materia previsional, incluidos los respectivos intereses, en un plazo de 30 días hábiles, bajo responsabilidad (Tribunal Constitucional Peruano, 2015).

En ese sentido y dado cuenta del interminable plazo de duración en la práctica de los procesos judiciales, proponemos que el principio de mayor celeridad, sea también de aplicación de la totalidad de justiciables.

1.5. Mejor Derecho

La presente institución jurídica que registra una naturaleza supra, esto es, por encima o de manera preeminente respecto de un derecho.

Así tenemos, que se encuentra vigente el mejor de derecho de propiedad, el mejor de derecho de posesión, el mejor derecho de sucesión, entre otros.

No obstante, ello no debe limitarse a los mismos, puesto que existen otros casos en los que se encuentra igual razón y, en consecuencia, igual derecho (a tener mejor derecho).

Y a propósito, es de traer a colación los casos de los pobladores de las localidades, en las que opera la minería formal e informal.

Al respecto, se tiene por aceptado que la actividad minera altera, contamina el medio ambiente. Ello, al margen de la adopción de las medidas necesarias para eliminar el negativo impacto. Así, dicho impacto solo podrá ser disminuido, pero no, eliminado.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que existe el derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente sano, saludable y propicio para la vida, que le asiste a la totalidad de justiciables; de manera alguna se puede pretender que ese mismo derecho salvaguardará debidamente a los pobladores de las comunidades aledañas donde operan las compañías mineras.

En tal sentido, consideramos que estos últimos les asiste el mejor derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, saludable y propicio para la vida. Y así debe ser entendido y asumido por la totalidad de actores de la administración de justicia.

1.6. Plazos para magistrados deben ser también escrupulosamente cumplidos

Por otro lado, resulta menester ocuparse de una realidad lacerante en la que los, plazos solamente son obligatorios para el justiciable, de conformidad a la norma legal. Pero, distinta es la tratativa para el poder judicial.

Así somos testigos, de cómo el poder judicial, por un lado, es infinitamente estricto en hacer cumplir los plazos, los vencimientos y preclusiones; pero, de manera muy penosa y preocupante resulta incapaz de poder observar, cumplir con los mismos. Entonces, el poder judicial se muestra deshabilitado, extranjero, reacio, rebelde, prevaricadizador, a lo preconizado por la Ley y la Constitución.

Ello, no solamente lo deslegitima, sino, que, además, lo convierte de manera increíble como paradógica, en el vulnerador sistemático del proceso judicial y de los derechos fundamentales de los justiciables.

1.7. Juez natural

El derecho que todo ciudadano tiene al “juez natural” forma parte del derecho a un debido proceso judicial (*due process of law*); y se manifiesta cuando un acusado es procesado por el juez o tribunal que le corresponde según las reglas fijadas anticipadamente por la Constitución Política. En consecuencia, el justiciable debe saber que el juez que lo va a juzgar es imparcial y fue nombrado con anterioridad de acuerdo a la ley (Haro Bustamante, 2001, p. 6).

Luego, tenemos que el derecho al juez natural también puede ser expresado de forma o manera negativa, en cuyo caso podemos afirmar que se encuentra terminante prohibido a los Estados expedir normas o realizar acciones tendientes a desviar de la justicia que para el ciudadano

sometido a proceso le resulta ordinaria, natural; lo que importa, también, la prohibición de alejar al justiciable del juez que conforme a la ley de la materia le correspondería de acuerdo a la determinación efectuada de modo previo y objetivo por la norma pertinente.

Por su parte, el Inc. 3., del Art. 139°, de la Constitución Política peruana, en relación a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, respecto de los principios y derechos de la función jurisdiccional, juridiza: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Así también tenemos, el Inc. 1., del Art. 8., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acerca de las garantías judiciales, preconiza: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En términos más específicos, la noción de competencia, consagrada en el Art. 8 de la Convención ha sido asimilada al concepto de juez natural, que exige no solo el establecimiento del tribunal por ley previa, sino también que respeten determinados principios de atribución de la competencia (Thea, s.d., p. 141).

Ello, al margen que el Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) haya señalado en el Fund.6., del Exp. 1934-2003-AA/TC, que el contenido protegido por el Inc. 3) del Art. 139° de la Constitución Política, se basa en el empleo del *nomen iuris* “derecho al juez natural” no debe entenderse sino en el sentido que se le utiliza por la tradición por la que cuenta y la aceptación que tiene en la comunidad jurídica nacional (García Belaúnde, 2009, p. 389).

No obstante, las propuestas de la doctrina en su calidad de fuente del Derecho siempre, no son pacíficas. Ergo, no tiene que encontrarse necesariamente de acuerdo con lo señalado con el TC. Ello, en razón a que el mismo se encuentra situado en la constitucionalidad y nosotros, en el balcón en la legitimidad, justeza.

En ese sentido, a diferencia de lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano, somos de la opinión que se vulnera también el principio de al juez natural, cuando se inobserva la especialidad que debe contar el magistrado competente.

En mérito a lo sustentado, es de resaltar el gran aporte que proporciona el arribo del derecho fundamental al juez natural. Ello, en tanto que se constituye en una piedra angular no solamente de protección

de la observancia de los derechos fundamentales de los justiciables, sino, además, de salvaguarda y protección del debido proceso, seguridad jurídica, independencia, imparcialidad, principalmente.

1.8. Principio de autonomía procesal

La estricta observancia de los principios procesales, debe constituirse en piedra angular del debido proceso y de los derechos procesales del justiciable.

Ello cobra mayor relevancia y cuidado, cuando se trata de no sola la administración de justicia, sino, de una institución tutelar del sistema jurídico, del máximo intérprete de la Constitución, esto es, del mismísimo Tribunal Constitucional peruano (TC). El mismo que, increíblemente ha encontrado la llave maestra para favorecer conveniente su labor a favor suyo, al crear el principio de autonomía procesal.

Así tenemos, que la autonomía procesal suele utilizarse de forma innecesaria por los TC en el sentido siguiente. Cuando dentro de la tramitación de algún proceso constitucional surge alguna cuestión anormal, como, por ejemplo, en un amparo donde se pide la tutela del derecho a la vida o a la salud de una persona que se encuentra en riesgo inminente de muerte, el tribunal seguramente optará por saltarse alguna fase del proceso para agilizar su decisión. Eso no es uso de su autonomía procesal, como suele manejarse, simplemente se trata de excepcionar una regla con base en un principio que la subyace (la vida y la salud del demandante). Por último, a modo de conclusión, considero que la doctrina de la autonomía procesal de los TC atenta contra la separación orgánica de funciones, base fundamental de todo Estado Constitucional de Derecho, pues el TC se arroga potestades normativas propias del poder legislativo. Un TC nunca puede legislar o “cuasilegislar”. Esto abre la puerta al activismo judicial, perjudicial para una democracia constitucional desde todo punto de vista. En fin, lo que quiso exponerse fue que las lagunas normativas que surjan en la actividad procesal de los TC pueden colmarse sin necesidad de acudir a la denominada autonomía procesal. Basta con valerse de las herramientas que el mismo Derecho proporciona (Merino Menjívar, 2020).

1.9. Principio de informalidad

La excesiva formalidad que trajo consigo la vigencia del Código Procesal Civil peruano, marcó un antes y un después en lo relativo a las nuevas exigencias que preponderantemente debía observar el justiciable en el proceso.

El impacto fue tal contundente como preocupante, que se habló de casos en que el referido cuerpo legal había ocasionado la jubilación de no pocos letrados.

El tema cobra grave preocupación, cuando existen casos que, por ceñirse estrictamente el poder judicial a la observancia de las formas, se incurra en abierta vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, que le asiste al justiciable, por poner un ejemplo.

En consecuencia, sostenemos que para aquellos casos que al justiciable le sea absolutamente inviable la observancia de la formalidad procesal y que, a su vez, dicho requisito pueda convalidarse en razón a su evidente carácter innecesario, pueda perfectamente ser acogida la salvaguarda de los derechos procesales del justiciable, en atención al principio de informalismo.

1.10. Solución del conflicto

La función por excelencia del poder judicial, es procurar y preservar la paz de la sociedad. Esa paz que es abrazable por el justiciable cuando el poder judicial, no solamente expida sentencias justas, sino, que pongan fin a las diferencias irreconciliables entre las partes. Esto es, que logre abordar el fondo de la problemática de un expediente, para concluir el caso, con la eliminación del conflicto existente de manera anterior al inicio del proceso judicial.

1.11. Prueba electrónica

Otro elemento de basilar importancia, es la utilización de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales. La prueba electrónica se constituye en un claro ejemplo, la misma que va ganándole terreno a la prueba documental.

No obstante, ocurre un hecho sumamente preocupante, pues, lejos de buscar lograr una legítima adaptación a la contemporaneidad, se incurre en el cambio, pero solo de nombre, pues, en líneas generales, el tratamiento de la prueba electrónica, se lleva a cabo con las consideraciones de la prueba documental.

Pues, de lo que estamos hablando finalmente, es acerca de derecho a probar como garantía constitucional. Entonces, “jugar” a las meras etiquetas electrónicas o digitales, no constituye un tema menor.

Entonces, se trata del derecho fundamental a probar en medios electrónicos. Para ello, amerita observar lo relacionado de manera específica a ello.

Es de considerar que, los registros o soportes electrónicos constituyen verdaderos documentos, pues en ellos se recogen expresiones de pensamiento humano o de un hecho, incorporándolos a su contenido, que es lo que los hace capaces de acreditar la realidad de determinados hechos. Los documentos electrónicos se apreciarán bajo la libre apreciación de la prueba, tomando en cuenta la seguridad y la fiabilidad de los medios con los cuales se la

envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso; sin perjuicio que dicha valoración se efectúe con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y la tecnología. Otra situación a advertir es la designación de peritos si se considera necesario, para un mejor análisis de la seguridad y fiabilidad del documento electrónico. El examen de la evidencia electrónica requiere conocimientos, criterio y tino; además, sería óptimo que la especialización del perito fuere en pericias informáticas (Ledesma Narváez, 2016, p. 22-23).

Así, el valor probatorio del documento con soporte electrónico puede producir suficiente grado de certeza, conforme a las reglas de la informática y por el principio de libertad probatoria. La información transmitida por Internet puede tomarse como un indicio probatorio, así como aumentar su eficacia si obra en el proceso un reconocimiento tácito o si, al igual que un resultado de su confrontación con otros documentos públicos y privados, hagan referencia al mismo. En el supuesto que exista suficiente evidencia electrónica y el juez la valorase como tal, deberá fundamentar su análisis en el informe pericial que determine el nivel de fiabilidad y seguridad de los documentos electrónicos (Ledesma Narváez, 2016, p. 25).

Y es que hablar de la prueba electrónica, comporta considerar en principio las normas para la confiabilidad y recopilación de evidencias digitales.

Así, tenemos que la Norma UNE 71505 – 2013 que define conceptos sobre la seguridad y controles de las evidencias informáticas. Indica las propiedades básicas de confiabilidad y procesos de originalidad, reservas y cumplimiento. Además, el periodo en que desarrolla la generación, guardado, comunicación y traslado de las evidencias digitales. Establece registros y desarrollo en la gerencia de seguridad de las evidencias, tales como: la confiabilidad, la autenticación y la integridad, asegurando el poder ser ubicada, rescatada y presentada y la completitud que nos muestra la publicación del contenido de la evidencia. Tiene como objetivo garantizar la legitimidad y plenitud de la evidencia digital conservando su legalidad probatoria ante el juez, brindando al perito informático el poder analizar y verificar, la validez y que la evidencia se encuentre intacta. La firma electrónica y sello del tiempo son procedimientos en el que se aplican para tal efecto. Dicha norma desarrolla un método cuyo objeto es la preservación, adquisición, documentación, análisis y presentación de evidencias digitales (Osco Escobedo, 2019, p. 151-152).

Entre los criterios que se deben considerarse en la admisibilidad de la evidencia digital, tenemos: i) Autenticidad – considerando situaciones como que la misma se haya generado y registrado en un lugar determinado y/o determinable que guarde vínculo con el suceso que se investiga, asimismo que pueda probarse que no se ha alterado los medios originales, esto último puede acreditarse mediante software especializado, asimismo se puede llevar

adelante un “lacrado digital” que permita la contratación de copias de trabajo utilizadas en el proceso penal, ii) Confiabilidad – atendiendo a la fuente de origen, que la misma en la creación de esta evidencia digital existan medios que permitan acreditar un funcionamiento adecuado, sin alteración en el sistema de origen. Los sistemas informáticos estos reportan por medio del denominado Log files, las acciones y comandos ejecutados en un sistema en tiempo real, y es almacenado de manera temporal, iii) Suficiencia – será suficiente la prueba si es completa, necesitamos mecanismos que nos permita determinar la integridad, sincronización de reportes y centralización de información, como reportes que emitan sistemas operativos o sistemas informáticos, iv) Legalidad – basados en la normativa especial y vigente respecto al tratamiento de evidencia digital de manera concordada con normas procesales y respeto a los derechos constitucionales desde su recopilación (Osco Escobedo, 2019, p. 153-154).

Al respecto, es de apuntar que el Estado peruano en previsión de amenazas internas o externas, dictó la Ley 30096, Ley de delitos informáticos tipificando una serie ilícitos penales que tienen que ver con el uso de las TIC. Asimismo, ha creado la DIVINDAT, unidad especializada de la Policía Nacional del Perú, para que se encargue de investigar los ilícitos penales informáticos. Pero, lo hecho hasta ahora resulta insuficiente falta regulación de normas de carácter procesal para el hallazgo, recojo, tratamiento y traslado de la evidencia digital, así mismo la Unidad Especializada de la Policía no cuenta con el personal y equipos necesarios para enfrentar eficazmente la lucha contra la ciberdelincuencia (Osco Escobedo, 2019, p. 205).

Por su parte la Norma ISO 27037:2012 está claramente orientada al procedimiento de la actuación pericial en el escenario de la recogida, identificación y secuestro de la evidencia digital, no entra en la fase de análisis de la evidencia (López Rivera, 2012).

Los principios básicos en los que se basa la norma ISO 27037 son (López Rivera, 2012): i) Aplicación de Métodos. La evidencia digital debe ser adquirida del modo menos intrusivo posible tratando de preservar la originalidad de la prueba y en la medida de lo posible obteniendo copias de respaldo, ii) Proceso Auditable. Los procedimientos seguidos y la documentación generada deben haber sido validados y contrastados por las buenas prácticas profesionales. Se debe proporcionar trazas y evidencias de lo realizado y sus resultados, iii) Proceso Reproducible. Los métodos y procedimientos aplicados deben de ser reproducibles, verificables y argumentables al nivel de comprensión de los entendidos en la materia, quienes puedan dar validez y respaldo a las actuaciones realizadas, y iv) Proceso Defendible. Las herramientas utilizadas deben de ser mencionadas y éstas deben de haber sido validadas y contrastadas en su uso para el fin en el cual se utilizan en la actuación.

La misma va dirigida a los siguientes dispositivos, sin que ello no implique su no aplicación analógica para los restantes dispositivos o soportes informáticos (Pérez Palací, s.d., p. 20): i) Medios de almacenamiento digitales utilizados en ordenadores tales como discos duros, discos flexibles, discos ópticos y magneto ópticos, dispositivos de datos con funciones similares, ii) Teléfonos móviles, asistentes digitales personales (PDA), dispositivos, electrónicos personales (PED), tarjetas de memoria, iii) Sistemas de navegación móvil, iv) Cámaras digitales y de video (incluyendo CCTV), v) Ordenadores de uso generalizado conectados a redes, vi) Redes basadas en protocolos TCP / IP y otros, vii) Dispositivos con funciones similares a las anteriores.

A pesar de que el Derecho Penal ha cedido la presión del avance tecnológico de la informática, no existe un tratamiento especial de la evidencia digital en el Nuevo Código Procesal Penal, ya que el manejo se dá bajo la observancia del Art. 185° dentro de la prueba documental; es decir, las evidencias de los delitos que se cometen a través de correos electrónicos, publicaciones a través de páginas web, WhatsApp, redes sociales como Twitter, Facebook, entre otros que constituyen evidencia digital, son tratados como prueba documental. A ello se suma los operadores de justicia jueces, fiscales, abogados litigantes y el personal de la Policía Nacional no están capacitados en el manejo de procedimientos de hallazgo, recojo, tratamiento y traslado de las evidencias digitales que es la Cadena de custodia ya que la evidencia digital es tratada como una evidencia física en común, al no existir procedimientos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no se garantiza la preservación de su integridad y autenticidad, muy por el contrario se contamina, perdiendo su valor probatorio para un proceso judicial. Actualmente existe un Manual de evidencia digital, en nuestro país formulado por representantes del Ministerio Público y la Divindat PNP auspiciado por el gobierno de EEUU. En el cual, se ha diseñado procedimientos y acciones sofisticadas en aseguramiento, protección y análisis, con conocimientos y técnicas avanzadas en impedir la alteración y destrucción de la evidencia digital. No obstante, actualmente no está autorizado su empleo en la PNP (Osco Escobedo, 2019, p. 211-212).

Existen normas internacionales en la Unión Europea (UNES), así como, del Organismo Internacional de Estandarización (ISOS) que brindan procedimientos tecnológicos para el valor probatorio de la evidencia digital, orientación, coordinación, simplificación y unificación de criterios a las empresas y organizaciones. Además, herramientas como el sellado del tiempo que sirven para mostrar que determinados datos existen y que no han sido modificados desde su origen, como: *Computer Forensic*, *Móvil Forensic*, *Network Forensic*, *Database Forensic*, *Metadatos*, *Live Forensics*. Todas ellas buscan preservar integridad y originalidad a la evidencia digital (Osco Escobedo, 2019, p. 212).

Cabe señalar que en el modelo colombiano, para que un documento digital sea aprobado como prueba judicial dentro del desarrollo de un

proceso, se hace necesario por parte de los peritos llevar a cabo un protocolo; dicho protocolo será aprobado por el juez del caso al determinar los tres aspectos fundamentales de la prueba: calidad de la información, la fuente y el contenido (Acevedo Surmay, 2011, p. 411).

El Ministerio Público a nivel nacional carece de una implementación tecnológica para dar un tratamiento adecuado a las pruebas digitales, además carecen de software, equipos y salas especializadas de visualización para una adecuada transcripción de los medios digitales (Zarzosa Cadillo, 2018, p. 114).

A mayor abundamiento, es de verse lo estipulado respecto de la prueba electrónica por el Tribunal Constitucional peruano.

Y un caso específico de la ilicitud en la obtención prueba digital con vulneración de derechos fundamentales, que hemos conocido por la prensa mediática, fue la absolución del caso de Alberto Quimper, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia absolvió, señalando que la prueba digital (audio) materia de acusación, había sido obtenido con vulneración a sus derechos fundamentales, por lo tanto, era prueba ilícita o prohibida. Lo que implica de ninguna manera se puede valorar las pruebas obtenidas con vulneración a los derechos constitucionales, el audio que se utilizó en el proceso fue una grabación de una interceptación telefónica, es decir, fue una evidencia digital, lo cual no fue valorado por el juez, por lo que en su obtención se vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones, en consecuencia, se excluyó porque se consideró como una prueba ilícita (STC N° 00655-2010-PHC/TC) (Zarzosa Cadillo, 2018, p. 116).

En efecto, es de verse los Funds. 20. y 21., de la referida resolución, que respectivamente señalan:

(...) se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado (...). En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional (...). Asimismo debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se legitima (...) Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Según la posición del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se halla de un principio, incluso teniendo una relación directa con el derecho de dignidad humana tipificado en el Artículo 1º de la norma fundamental, así como en el principio pro hómíne que es una categoría de los Derechos Humanos [STC 10107-2005-PHC/TC]. En esta misma perspectiva la prueba digital tiene las mismas prerrogativas que la prueba tradicional, es decir, representa la garantía constitucional de la presunción de inocencia, que deben ser valorados por el juzgador dentro de la etapa de juicio de un proceso judicial (Zarzosa Cadillo, 2018, p. 116-117).

Finalmente te, tenemos que la prueba documental presenta un importante desarrollo a nivel legal, jurisprudencial y doctrinario. Distinto es el caso de la prueba electrónica, donde se advierte una imparidad entre el relativo avance normativo y jurisprudencial en desmedro de las condiciones para poder materializarla. Ello no solamente afecta a los justiciables, sino también, a la lucha contra la ciber delincuencia y criminalidad organizada electrónicas. Así también, se aprecia serias limitaciones a nivel logístico, tecnológico, como cultural. Ello genera cuanto menos, indefensión en los justiciables y ministerio público, ante la imposibilidad mayoritaria de poder obtener y presentar medios probatorios electrónicos y que, además, puedan convertirse en prueba en el proceso, en razón a las correspondientes limitaciones del poder judicial. Resulta imprescindible que en sede constitucional también encuentre registrada de modo expreso el derecho fundamental a la prueba. Amerita la urgente sintonización y armonización de la prueba electrónica con los niveles de desarrollo de la prueba documental, así también, con realidad contemporánea del gran auge y desarrollo de las nuevas tecnologías. Apuntando con ello, a la disminución de la brecha normativa y jurisprudencial entre las mismas. Así también, a efectos de fortalecer en términos de probanza electrónica, la lucha contra las nuevas modalidades de criminalidad que se presenta en el cada vez más protagónico escenario de las nuevas tecnologías. Corresponde la adopción de las urgentes políticas de Estado, a efectos de fomentar la eficiencia y eficacia en la obtención de medios probatorios electrónicos y posteriormente concreción en pruebas en el proceso. Las mismas deberán contener el respectivo diagnóstico situacional, presupuesto, capacitación y difusión de derechos a la totalidad de actores de la administración de justicia.

1.12. Nueva concepción del derecho fundamental a la pluralidad de instancias

Comúnmente, se tiene bajo aceptación consensuada la plausible vigencia del derecho fundamental a la pluralidad de instancias. No obstante, nuestra propuesta se encuentra relacionada en sentido distinto, utilitarista. Esto es, que, en principio, se debe considerar que, en virtud a ello, no se

puede someter al justiciable a tener que acudir, casi de manera obligatoria a la decisión firme y de última instancia del Tribunal Constitucional.

Y es que agotar la vía interna de cada Estado parte, toma en promedio unos diez años.

En consecuencia, el justiciable no obtiene una real salvaguarda a su derecho a la pluralidad de instancias, cuando el sistema jurídico le garantiza que podrá apelar o recurrir en vía de apelación. El justiciable tendrá dicha garantía, cuando de manera extraordinaria se vea obligado a acudir a la segunda instancia. Pues, se entiende que la primera sentencia, debe estar muy bien expedida, sustentada y que resuelva la Litis, de manera tal que no amerite ir en apelación. Es momento de dejar atrás la consabida, peligrosa como indolente frase de no pocos magistrados, cuando le señalan al justiciable: “Si no está de acuerdo con mi decisión puede acudir a su derecho constitucional a la doble instancia”.

1.13. Nuevos derechos fundamentales

Atravesamos por nuevos tiempos y el mundo del Derecho no puede ser la excepción. Los mismos se caracterizan por la imperiosa necesidad, en el presente caso, de la protección o salvaguarda de los derechos del justiciable.

Entonces, al igual que el Derecho de Pandemia, se hace urgente e insoslayable el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, por los que se posibilite una efectiva sintonización de la administración de justicia, con la presente nueva coyuntura.

Si bien cierto, que el reconocimiento de los mismos, tendrá relación directa a cada sistema jurídico, es también cierto, que es factible considerar de manera general, por ejemplo, los derechos fundamentales a: i) contar con un órgano rector que se encargue de garantizar la debida legitimidad de los ingresos, ratificaciones y ascensos de los magistrados, ii) contar con magistrados que ostenten un perfil que se adecue a los requerimientos de estos nuevos tiempos, entre otros.

1.14. Un enfoque de derechos fundamentales

Resulta imprescindible entender y asumir en consecuencia la naturaleza del actual sistema jurídico vigente. El mismo se denomina Estado Constitucional de Derecho.

Entonces, en el cual ya no manda la Ley, sino, la Constitución, generando que todo el aparato normativo de un Estado, se alinee o registre ineludible sintonía con lo preceptuado en la Constitución Política, el Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales.

En la misma hicieron su aparición los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. Dicho sea de paso, conviene reiterar que la presente otra Ola, es la actualmente nos rige y nos encontramos.

Además, dejan de tener vigencia las tradicionales ramas jurídicas, para volver renovadas indisolublemente, desde el Derecho Constitucional. Entonces, hablar de derecho civil, derecho penal, derecho empresarial, entre otros, equivale a hablar de derechos o ramas jurídicas que ya no existen. Ello, en vista que los que rigen actualmente son: el derecho civil constitucional, derecho penal constitucional, derecho empresarial constitucional y lo propio con la totalidad de ramas jurídicas.

Entonces, se sede judicial se tiene que observar las referidas consideraciones y alcances.

1.15. Interdisciplinariedad

La concepción de lo que comportan los sistemas jurídicos, suele ser entendida y asumida desde el mundo de Derecho solamente.

No obstante, no se toma en consideración que la temática y problemática jurídicas, no únicamente inicia y culmina en sede legal.

Entonces, es de verse la innegable presencia de las disciplinas y ciencias ajenas al Derecho. La que también tendrán que ser consideradas en la resolución de los casos judiciales.

1.1.6 Principio de justeza

Comúnmente se suele aceptar sin reparos que la administración de justicia, única y exclusivamente, debe alinearse a lo preceptuado a lo registrado en la Constitución Política. Sin embargo, ello no es correcto, al margen que nos encontremos en la vigencia del Estado Constitucional de Derecho y que, por ende, sea efectivamente la Constitución Política el modelo supremo a observar.

En ese sentido, pasamos a desarrollar a continuación.

Para ubicarnos en el contexto, pasamos a desarrollar las etapas de la evolución de los sistemas jurídicos. En ese sentido, consideramos que los mismos comportan estadios o etapas, tales como: i) Estado de naturaleza, ii) Estado de derecho, iii) Estado constitucional de derecho, iv) Estado convencional de derecho, v) Estado restaurador de derecho y vi) Estado de Justicia.

En ese sentido, tenemos que:

i) Estado de Naturaleza. También denominada venganza privada o la justicia privada (justicia por mano propia, ojo por ojo...), aquella caracterizada por la justicia hecha por propia mano del afectado.

ii) Estado de Derecho. En la cual, es el Derecho (y no las personas) quien toma las riendas de la administración y organización del poder. Específicamente, la Ley quien tiene el respectivo protagonismo. En suma, la legalidad, los Códigos, postergan al libre albedrío de la administración de justicia.

iii) Estado Constitucional de Derecho. Respecto del cual hicimos referencia en el acápite denominado: “Un enfoque de derechos fundamentales”.

iv) Estado Convencional de Derecho. En la que los ordenamientos jurídicos de los países signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, observarán lo preceptuado en la misma, como un alcance de mayor protección a los derechos fundamente, incluso, más que la Constitución Política, esto es, superior al Estado Constitucional de Derecho.

v) Estado Restaurador de justicia. Caracterizada por fortalecer o humanizar los mandatos de la Constitución Política, esto es, a la luz de lo preceptuado por la Justicia Restaurativa. Es decir, lograr que la eventual vulneración de los derechos fundamentales se vea debidamente resarcida, restituida, reconstruida, restaurada. La presente fase, sería la que eventualmente en no poco tiempo, arribaríamos.

Señalamos que, de manera uniforme, los preceptos de la justicia restaurativa se asumen y aplica, con una orientación solamente penal y procesal penal. Sin embargo, de conformidad a los postulados contenidos en la Constitución Política, conforme corresponde a un Estado Constitucional de Derecho; debe ser también de aplicación a la totalidad de ramas del Derecho.

vi) Estado de Justicia. Esta etapa se encontraría abocada al aterrizaje total en la justicia propiamente dicha, la única que existe.

La que se ajusta a definición de justicia de Ulpiano, que a la fecha no ha podido ser superada: “La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde”.

Entonces, en esta fase no habrá cabida para denominaciones desafortunadas y erróneas, como: “justicia privada”, “justicia legal”, “justicia constitucional”, “justicia convencional” o “justicia restaurativa”.

Analizando lo desarrollado, cabe reflexionar si es que cada ordenamiento jurídico atraviesa por solo una de las etapas de la evolución de los sistemas jurídicos. Y la respuesta es negativa pues, pueden ser varias a la vez. Por ejemplo: a) En Perú rigen 2 etapas al mismo tiempo (Estado Constitucional de derecho y Estado Convencional de Derecho), y b) En Brasil, tres (Estado Constitucional de derecho, Estado Convencional de Derecho, y Estado Restaurador de justicia).

No obstante, lo desarrollado no debe implicar en extremo alguno, el que, por encontrarnos en la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, debamos aceptar que las decisiones judiciales por ejemplo se ciñan únicamente a lo establecido en la Constitución Política. Ello, en tanto que

lo que al justiciable le asiste es contar con una efectiva Administración de Justicia. Entonces, la misma deberá administrar justicia, en estricto sentido, desde la legitimidad, justicia o justeza y no limitadamente desde la mera constitucionalidad.

En consecuencia, en extremo alguno implica que el justiciable deba esperar al establecimiento de la vigencia del Estado de Justicia, sino, que bien podría exigir al poder judicial, que su demanda sea acogida a atención al principio de legitimidad.

2. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA DEMOCRACIA

A efectos de entender el presente acápite, amerita analizar desde la creación del Estado. En antiguo no existía el Estado, entonces, no había quien se encargue de las tareas propias del mismo, esto es, de la seguridad, salud, educación, entre otros, de la población. Luego y ante dicha situación, las poblaciones se organizaron a efectos de hacerse cargo de lo señalado. No obstante, con el transcurso de los tiempos ello se tornó inmanejable, puesto, que las poblaciones experimentaban un incontenible crecimiento poblacional.

Es entonces, que tuvieron a bien crear un ente que se encargue de asistirlos en las necesidades elementales para poder subsistir de manera ordenada y orgánica; aparece así el Estado, el aparato abstracto que a través de las carteras ministeriales y demás instituciones, llevan a cabo lo propio. En consecuencia, cuando una persona acude a una comisaria o entidad estatal cualquiera y no recibe una atención adecuada o se le niega la misma, es entonces, que el Estado se desvirtúa, tornándose en contra de su creador, la población.

Por tal razón, el Estado y por ende los funcionarios públicos, se encuentran obligados a observar estrictamente la naturaleza del aparato estatal, que es actuar únicamente en beneficio de la población y sobre to de quienes menos tienen. Ello, en tanto que la población no solamente tuvo a bien crear el Estado, si no, además, lo solventa sistemáticamente día a día, segundo a segundo.

Así, tenemos que los impuestos son sufragados, de manera directa e indirecta, por la población en situaciones cotidianas. Por ejemplo, cuando se compra productos en una tienda de abarrotes, supermercado, cuando se acude a una gasolinera para echar combustible al vehículo, cuando se abona a la municipalidad, entre otros. Dichos impuestos se canalizan hacia el Ministerio de Economía, el cual los recauda de manera consolidada a nivel nacional. Entonces, cada fin de año los representantes de los diversos ministerios y organismos descentralizados, acuden al Congreso de la República a efectos de sustentar el presupuesto que requieren para poder llevar a cabo su gestión

para el siguiente año fiscal. Finalmente, el Ministerio de Economía adjudica las partidas presupuestarias.

En tal sentido, el accionar de la administración de justicia se desnaturaliza, contraría, la quintaesencia de la democracia y del Estado y de los legítimos intereses y derechos fundamentales de la población, en lo relativo a su rol de administrar justicia; cuando basilarmente inobserva la razón de ser del Estado, de su función pública y de la tutela procesal efectiva. Así, se aprecia una relación directamente proporcional entre administración de justicia y democracia.

3. EL PROCESO JUDICIAL Y SU RELACIÓN CON LA GOBERNANZA Y GOBERNABILIDAD

Bajo los términos y alcances desarrollados en el ítem anterior, se colige claramente que siendo el Estado una creación de la población y que, además, lo solvente con los impuestos que sufraga, le asiste a la población, los derechos fundamentales a la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas, entre otros.

No obstante, le corresponde además a la población el derecho a una buena gobernanza estatal. Esto es, que el Estado le consulte y obtenga de primera mano sus necesidades más urgentes, de la propia población que primera mano conoce la realidad que vive y que le circunda.

Adicionalmente, le corresponde al Estado, la obligatoriedad de observar estrictamente los principios de la gobernanza en la totalidad de políticas de Estado.

Consecuentemente, el Estado tiene que consultarle al justiciable: i) La evaluación de su gestión, ii) la administración de justicia que necesita, iii) qué ajustes o mejoras debería observar la administración de justicia, a efectos de cumplir su verdadero, legítimo rol y desafíos, en beneficio del justiciable y la justicia, entre otros.

Seguidamente, toca ocuparnos de la gobernabilidad. En principio, ninguna sociedad es viable si no es gobernable. La gobernabilidad no es, por eso, un asunto que compete sólo al gobierno sino también a las instituciones y a la sociedad. Las sociedades que no son gobernables se fragmentan y desaparecen. La gobernabilidad democrática no se refiere tanto a los atributos de un régimen democrático cuanto a las capacidades de una determinada sociedad democrática para enfrentar los retos y oportunidades específicos que tiene planteados. La gobernabilidad se refiere a las condiciones sistémicas más generales bajo las cuales se ejerce el poder en una sociedad dada, tales como las características del régimen político (democracia o autoritarismo), la forma de gobierno (parlamentarista o presidencialista), las relaciones entre los poderes (mayor o menor asimetría), los sistemas de partido (pluripartidismo

o bipartidismo), el sistema de intermediación de intereses (corporativo o pluralista) y el nivel de ciudadanía efectiva, entre otros (CAROSIO, s.d., p. 23).

La gobernabilidad garantizará un proceso judicial y administración de justicia, justos y debidos, en tanto: i) Se observe la efectiva selección meritatoria para la elección, ratificación y ascensión de magistrados, ii) El Congreso de la República no interfiera en las funciones del Poder Judicial, iii) El Poder Ejecutivo, no pretenda tomar el control del sistema de administración de justicia, entre otros.

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

A la luz de los diversas propuestas debidamente sustentadas y desarrolladas, ha quedado ampliamente demostrado, que el proceso judicial no se encuentra pensado y plasmado, en función de efectivamente garantizar la debida salvaguarda de los derechos fundamentales del justiciable en sede judicial.

Es más, el proceso judicial se encuentra establecido, en favor de la institución (poder judicial) y de los magistrados; y a la vez, en abierta y sistemática vulneración de los derechos fundamentales de los justiciables.

Como consecuencia de ello, la administración de justicia, vulnera también sistemáticamente, la democracia, gobernabilidad y gobernanza, que devienen en pilares para la gestión estatal.

Consideramos de muy urgente como insoslayable necesidad, el debate y posterior reconocimiento legal y constitucional, de los distintos presupuestos imprescindibles que hemos tenido a bien plantear, sustentar y desarrolla. Y así lograr el cambio, de lograr que el proceso judicial, se encuentre configurado exclusivamente, en favor del justiciable.

Adicionalmente, amerita la insoslayable capacitación y concientización a los funcionarios públicos de la administración de justicia, en temas de principios de democracia, gobernanza, gobernabilidad y justicia.

Finalmente, deviene en imprescindible la incorporación en la curricular de los diversos niveles educativos, las asignaturas de: creación y naturaleza del Estado, administración de justicia, gobernanza, gobernabilidad, democracia, legitimidad.

REFERENCIAS

ACEVEDO SURMAY, Deisy Yanet; GÓMEZ USTARIS, Élber Enrique. *Los documentos electrónicos y su valor probatorio*: en procesos de carácter judicial. Bucaramanga: [s.n.], 2011. Disponible en: <http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/view/905>. Acceso en: 26 feb. 2024.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. *Revista Ius Et Veritas*, Lima, n. 14, 1997.

CAROSIO, Alba. *Treinta años de democracia en América Latina: procesos de democratización y amenazas*. Caracas: [s.n.], [s.d.]. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/celarg/20170102042611/pdf_316.pdf. Acceso en: 26 feb. 2024.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2009.

HARO BUSTAMANTE, Roger L. *El derecho al “juez natural” en el Perú*. Lima: [s.n.], 2001. Disponible en: <http://lasa.international.pitt.edu/lasa2001/harobustamanteroger.pdf>. Acceso en: 26 feb. 2024.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. La prueba documental electrónica. *Revista Foro Jurídico*, Lima, 2016.

LÓPEZ RIVERA, Rafael. *ISO/IEC 27037:2012 Nueva norma para la Recopilación de Evidencias*. España: [s.n.], 2012. Disponible en: <https://peritokit.com/2012/10/23/isoiec-270372012-nueva-norma-para-la-recopilacion-de-evidencias/>. Acceso en: 26 feb. 2024.

MERINO MENJÍVAR, Manuel Adrián. *La falacia de la autonomía procesal de los tribunales constitucionales*. Santiago de Chile: [s.n.], 2020. Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2020/11/la-falacia-de-la-autonomia-procesal-de-los-tribunales-constitucionales/>. Acceso en: 26 feb. 2024.

OSCO ESCOBEDO, Miguel Ángel. *La admisibilidad y el valor probatorio de la evidencia digital en el Sistema Jurídico Peruano 2018*. Lima: [s.n.], 2019. Disponible en: <http://181.224.246.201/handle/UCV/26623>. Acceso en: 26 feb. 2024.

THEA, Federico G. *Artículo 8. Garantías Judiciales*. Buenos Aires: [s.n.], [s.d.]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>. Acceso en: 26 feb. 2024.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. *TC establece la obligación judicial de actuar con la mayor celeridad en casos de personas adultas mayores*. Lima: [s.n.], 2015. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/not-5ca49587b46bad3926295aea59de207/?fbclid=IwAR3eUAIUz1>

5waPmJtj_JZ6LGOoglCBE17nWo2PkfK11Luv-SFRSgBrl5CT8. Acceso en: 26 feb. 2024.

ZARZOSA CADILLO, Edgardo Simón. *Tratamiento de la prueba digital ofrecida por las partes en el Proceso Penal del Ministerio Público de Ventanilla*. Callao - 2017. Lima: [s.n.], 2018. Disponible en: <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/21042>. Acceso en: 26 feb. 2024.

Recebido: 03/05/2024

Aprovado: 16/05/2024

A RESSIGNIFICAÇÃO DO PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO PARA A COMPREENSÃO DEVIDA DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

THE REDEFINITION OF THE MINIMUM CIVILIZING LEVEL FOR THE DUE COMPREHENSION OF THE UNAVAILABILITY OF FUNDAMENTAL LABOR RIGHTS

Adriano Marcos Soriano Lopes¹

Mauricio Godinho Delgado²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A fundamentalidade dos direitos trabalhistas: a concertação teórica. 2. A escorreta interpretação da indisponibilidade dos direitos trabalhistas: novos caminhos. 3. O padrão civilizatório progressivo: o resultado combinatório

¹ Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Especialista em Ciências do Trabalho pela Faculdade Lions. Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

² Doutor em Direito e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor titular na Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas; Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

entre o mínimo intangível e o patamar civilizatório mínimo. Conclusão. Referências.

RESUMO: A fundamentalidade dos direitos trabalhistas não encontra espaço apenas nos comandos constitucionais, já que se deve entendê-la de forma ampla e progressiva, por força da própria CRFB/88. O escopo deste estudo é dar um novo significado à figura do patamar civilizatório mínimo, a fim de agregá-lo a uma perspectiva gradual da indisponibilidade dos direitos trabalhistas para definição dos contornos do patrimônio jurídico do trabalhador. A partir do método hipotético-dedutivo, a primeira parte deste trabalho percorrerá o exame da fundamentalidade dos direitos trabalhistas, com as contribuições da doutrina e da legislação pátrias, observando ainda a construção histórica desse conjunto de direitos fundamentais. Na sequência, será abordada a análise doutrinária da teoria da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e sua imanente vinculação com a teoria da limitação dos direitos fundamentais para apurar o seu real alcance. No mesmo capítulo, será tratado sobre a negociação coletiva e os limites que os entes coletivos devem observar na modulação dos direitos trabalhistas, consagrados, inclusive, na tese firmada no Tema 1.046 pelo e. Supremo Tribunal Federal (STF). Por fim, será analisado o patamar civilizatório mínimo com uma nova roupagem (padrão civilizatório progressivo), concluindo-se que esta é a melhor forma de assegurar um patrimônio justralista progressivo e que promova o ideário de vida digna do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais trabalhistas. Princípio da indisponibilidade. Negociação coletiva. Patamar civilizatório mínimo ressignificado.

ABSTRACT: The fundamentality of labor rights does not find space only in constitutional commands, since it must be understood in a broad and progressive way, by virtue of CRFB/88 itself. The scope of this study is to give a new meaning to the figure of the minimum civilizing level in order to add it to a gradual perspective of the unavailability of labor rights to define the contours of the worker's legal heritage. Based on the hypothetical-deductive method, the first part of this work will examine the fundamentality of labor rights, with the contributions of national doctrine and legislation, also observing the historical construction of this set of fundamental rights. Next, the doctrinal analysis of the theory of the unavailability of labor rights and its immanent connection with the theory of limitation of fundamental rights will be addressed in order to determine its real scope. In the same chapter, collective bargaining will be dealt with and the limits that collective entities must observe in the modulation of

labor rights, enshrined even in the thesis signed in Theme 1.046 by Federal Supreme Court (STF). Finally, the minimum civilizing level will be analyzed in a new guise (progressive civilizing standard), concluding that this is the best way to ensure a progressive just-labor heritage that promotes the ideal of a dignified life for the worker.

KEYWORDS: Fundamental labor rights. Principle of unavailability. Collective bargaining. Re-signified minimum civilizing level.

INTRODUÇÃO

Os direitos trabalhistas são instrumentos civilizatórios fundamentais no Estado Humanista e Social, cabendo ressaltar que o destinatário de sua proteção efetiva é o trabalhador. A compreensão do trabalhador como membro inserido em uma comunidade só existe enquanto alvo das prerrogativas da cidadania laboral. E isso perpassa pela vereda de também compreender que a própria sociedade e o Estado são responsáveis por garantir que os valores políticos, econômicos e sociais que resultam do trabalho sejam pelo trabalhador amealhados e insuscetíveis de derruição.

Justifica-se este estudo pelo fato de que, com certa frequência, tem se vinculado o fenômeno da flexibilização dos direitos fundamentais trabalhistas em razão de contingências políticas, sociais e econômicas, que seriam obstativas de sua completa efetividade. Entretanto, não se tem observado, com a mesma justeza, que tal conjunto de direitos tem caráter social de trato sucessivo e, justamente por isso, a hermenêutica jurídica deve ponderar que os accertamentos coletivos das condições de trabalho pactuadas periodicamente não devem afrontar normas que integram o patrimônio justralhista do trabalhador.

O objetivo deste estudo é ressignificar o patamar civilizatório mínimo obreiro, considerando a concepção prospectiva dos direitos fundamentais trabalhistas e da indisponibilidade desse conjunto de direitos, de modo a prestigiar a melhoria gradual das condições de vida do trabalhador. Com isso, o patrimônio jurídico do empregado, gradativamente formado e garantido, resistirá às vicissitudes do mundo jurídico, político e econômico.

Fruto do método hipotético-dedutivo, a primeira parte deste estudo pervagará a construção histórica, legal e doutrinária da fundamentalidade dos direitos trabalhistas no Estado Democrático de Direito. Na sequência, será abordada a possibilidade de negociação coletiva desse conjunto de direitos a partir da principiologia que demarca o Direito Coletivo do Trabalho, bem como a teoria da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e sua vinculação indissociável com a teoria da limitação dos direitos fundamentais, analisando-se, ainda, o posicionamento atual da excelsa Corte a respeito. Por fim, será

tratado o patamar civilizatório mínimo em sua propedêutica ressignificada, a fim de propiciar a evolução perene dos direitos dos trabalhadores.

1. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: A CONCERTAÇÃO TEÓRICA

Não há consenso doutrinário quanto ao conceito e terminologia do que venha a ser direitos fundamentais, diante da heterogeneidade e ambiguidade nas nomenclaturas utilizadas no mundo jurídico. Vale dizer que a expressão não é a única existente nas Leis Magnas dos Estados Constitucionais modernos, podendo-se encontrar identificações várias, como “liberdades individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos públicos subjetivos, direitos da pessoa humana, direitos naturais, direitos subjetivos” (Dimoulis; Martins, 2022, p. 60).

Na visão de Dimoulis e Martins (2022, p. 60), os direitos fundamentais são direitos “público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado. Sua finalidade essencial é limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Para mais, tais direitos constituem o núcleo da estrutura do ordenamento jurídico (Sarlet, 2011b) potencialmente irradiador de efeitos para o exercício dos demais direitos em uma organização social e política e que devem ser assegurados, efetivados e progressivamente ampliados.

Em âmbito internacional, os direitos fundamentais, por semântica conceitual, são conhecidos como direitos humanos, expressão conceituada por Ramos (2005, p. 49) como “conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas”. Ao assimilar ambas as nomenclaturas, Sarlet (2011a, p. 33) consagra a expressão direitos humanos fundamentais, ressaltando a unidade indissolúvel dos valores humanos essenciais e destacando a fundamentalidade não só em sentido formal, mas também material.

Malgrado a existência de uma dupla nomenclatura seja correntemente aceita, em verdade, refere-se a um mesmo estuário de direitos básicos de dupla vocação: afirmadora da dignidade humana e preventiva do sofrimento humano (Piovesan, 2013). Na prática, todo direito humano declarado em âmbito internacional também é reconhecido pela norma jurídica interna como direito fundamental, por vezes, de modo mais abrangente, mais completo e com menos ressalvas. E isso se dá pela viga mestra normativa do Estado, a Constituição.

Partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais se originam e se desenvolvem com a lei interna máxima de um país, deve-

se ter em mente a presença incondicional de três elementos para o seu reconhecimento: Estado, indivíduo e norma jurídica reguladora da relação entre os dois primeiros. Sem o Estado, os direitos fundamentais não podem ser declarados e efetivados, enquanto que, ao se reconhecer a condição de sujeitos de direitos aos indivíduos, estes passam a se constituir como destinatários daqueles direitos, o que deve ser pactuado por meio da lei maior do ordenamento jurídico estatal.

No que tange à origem histórica dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2022, p. 25) observam que a maioria dos autores sustenta que esse conjunto de direitos tem uma longa história. Há quem perceba sua incipiência no direito da Babilônia, por volta do ano 2000 a.C., quem os visualize no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana, e quem entenda que se trata de uma ideia teológica cristã, expressada no direito da Europa medieval.

Entrementes, apenas com o constitucionalismo moderno os direitos fundamentais passaram a ser dotados de envergadura jurídica constitucional, já que a Carta Máxima sedimenta os princípios e valores destinados a servir de diretriz norteadora à organização do Estado e da sociedade (Nobre Júnior, 2014). No Estado Liberal (séculos XVII e XVIII), primeiro marco do constitucionalismo, os direitos de liberdades individuais foram reconhecidos como forma de limitação do poder do Estado (direitos fundamentais de primeira dimensão), sem proteção aos direitos sociais, portanto. Somente com o Estado Social (séculos XIX e XX), segundo paradigma constitucional, reconheceu-se a natureza fundamental dos direitos sociais trabalhistas e da seguridade, de modo a dar relevância prática aos direitos de igualdade.

Ressalvam Delgado e Delgado (2013, p. 40) que o Estado Social é apenas um “modelo jurídico e político de transição, uma fase intermediária do constitucionalismo; é expressão de uma crise no paradigma originário, sem que se tenha ainda construído, com plenitude, novo e próprio paradigma”. Nessa perspectiva, a evolução para o paradigma do Estado Social foi uma tentativa de preservar as bases capitalistas que edificavam o controle governamental posto, ensejando a possibilidade de prever a existência de direitos de segunda dimensão.

Com o intuito de aprofundar os direitos nascidos nos modelos anteriores, bem como efetivar direitos de terceira dimensão, erigiu-se o paradigma do Estado Democrático, a partir da segunda metade do século XX. A distinção ocorrida no período posterior à Segunda Grande Guerra com o processo de transformação política, cultural e jurídica ao reconhecer o ser humano como centro da ordem jurídica (Ramos, 2020), a natureza normativa dos princípios e o aprofundamento da abrangência dos direitos de natureza social com o avanço da Democracia e dos direitos humanos no trabalho (Süssekind, 2000), demarcaram esse novo paradigma constitucional, cuja representação no Brasil se insere na Constituição Cidadã de 1988.

Frise-se que “o conceito de Estado Democrático de Direito funda-se em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e includente; sociedade civil, também concebida como democrática e includente” (Delgado; Delgado, 2013, p. 42). Referido paradigma consagra os direitos trabalhistas como direitos fundamentais a partir de uma perspectiva humanista e social, pois o ser humano passou a constituir o centro do organismo político e social, digno de proteção e munido de garantias para fruição do completo estado de bem-estar.

Ademais, a garantia dos direitos fundamentais trabalhistas é uma exigência inafastável do princípio da dignidade humana e da possibilidade de sua fruição plena, bem como da própria concepção de Estado Democrático de Direito, que nele se fundamenta (Almeida; Almeida, 2017). Nesse sentido, a fundamentalidade dos direitos trabalhistas está concatenada à preservação das necessidades básicas do indivíduo e de um mínimo existencial da dignidade material como direito social (Hachem, 2013b), bem como associada ao próprio papel do Direito do Trabalho no decorrer da história. Desde sua origem, esse ramo da ciência jurídica representa relevância ímpar na vida econômica, social e cultural da humanidade, rompendo com as normas do paradigma liberalista de exclusão jurídica, coadunando-se com os postulados mais elementares da proteção social (Nicoli, 2016).

No cenário pátrio, a Constituição da República de 1988, já em seu preâmbulo, prevê a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, o bem-estar, a igualdade e a justiça em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Demais disso, a dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem fundamentos deste Estado (art. 1º, III e IV), bem como os direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (art. 7º), estão inseridos no Capítulo II (Direitos Sociais) do Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.

O próprio *caput* do art. 7º da CRFB entoa o caráter da progressividade ou ampliação continuada da garantia dos direitos trabalhistas fundamentais, não os resumindo, portanto, ao estuário restrito dos incisos do mesmo dispositivo. Isso significa dizer que a modulação de sua abrangência implica não só em vilipêndio ao teor teleológico e axiológico desse conjunto de direitos, como também viola o núcleo do próprio sistema jurídico do Estado, por se tratar de direitos fundamentais, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, em que pese a existência de vozes doutrinárias em sentido contrário.

Aliás, o princípio da vedação do retrocesso resolve a cizânia doutrinária de modo peremptório, na medida em que projeta o núcleo essencial do direito para outras garantias, tornando inconstitucional, por decorrência, qualquer tentativa de inviabilizar a ampliação ou promover a neutralização

do próprio núcleo. É necessário acrescentar, por referido princípio, “que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (Barroso, 1996, p. 158).

E permitir a incorporação gradativa dos direitos trabalhistas ao patrimônio subjetivo do trabalhador é garantir a maximização do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB/88, de modo a vincular não só o Poder Público, mas também o particular. Não se sustenta a inaplicabilidade do referido dispositivo ao conjunto de direitos trabalhistas fundamentais motivada pela interpretação literal do art. 60, § 4º, IV, da CF, não só pelo fato de inexistir diferenciação nuclear entre direitos de liberdade e direitos sociais, mas também por desconsiderar que se assim o fosse, outrossim, não seriam imantados como cláusula pétrea os direitos de nacionalidade, coletivos e políticos.

Demais disso, o próprio princípio da vedação do retrocesso guarda estreita concatenação com a segurança jurídica, princípio concretizador da ordem jurídica estatal no Estado Democrático de Direito, estando presente, inclusive, nas Convenções da OIT (Muradas, 2010). Isso ocorre no sentido de viabilizar a elaboração e realização de projetos de vida do trabalhador, de sorte que a ideia de segurança jurídica se entrelaça com a noção de dignidade da pessoa humana ao garantir certa estabilidade nas relações jurídicas e, por consequência, da própria ordem jurídica como tal (Sarlet, 2011a, p. 33).

Convém ressaltar que os direitos fundamentais são princípios sob o prisma da estrutura das normas. Nesse diapasão, um direito fundamental pode ser aplicado em uma situação concreta em detrimento de outro direito fundamental quando há conflito entre eles, de acordo com a aplicação da regra da ponderação formulada por Robert Alexy, já que se trata, mormente, de conflitos entre princípios jurídicos, observando que se aquilatam como direitos de idêntica magnitude.

Elucida-se que, quando um princípio prepondera em face de outro, não implica na perda da validade nem eficácia do sucumbente, havendo apenas no caso concreto uma preponderância. A máxima da proporcionalidade (Alexy, 2015) aplica-se a partir da verificação da adequação (existência ou não de coerência entre o direito fundamental a ser limitado e a finalidade que a norma deseja alcançar), necessidade (no caso concreto, se o meio escolhido foi o que representou o menor sacrifício para o direito colidente) e proporcionalidade em sentido estrito (buscar a solução mais adequada, de modo a ensejar mais benefícios do que malefícios), ressaltando Contreras (2011, p. 17) que:

A colisão de princípios, diferentemente do caso das regras, exige a ponderação ou o sopesamento entre eles no caso concreto para determinar

qual dos princípios em jogo deve ceder frente ao outro. Se trata de valorizar o peso relativo de ambos e não de um problema de validade, como ocorre com as regras. Essa ponderação não significa declarar inválido o princípio desprezado nem, tampouco, o estabelecimento de uma cláusula de exceção, mas apenas que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede diante de outro.

Malgrado a cizânia doutrinária acerca da extensão da fundamentalidade dos direitos trabalhistas, compreende-se que não existem direitos trabalhistas menos fundamentais do que outros, como se pode deduzir do próprio *caput* do art. 7º da CRFB/88, o que não importa concluir que sejam absolutos. Partindo-se da concepção de que os direitos trabalhistas são nítidos direitos fundamentais individuais e sociais de caráter progressivo, o que justifica a sua supressão ou redução por mera norma autônoma ou heterônoma estatal? Se existe um conteúdo primordial dos direitos fundamentais, qual o limite máximo de seu alcance e restrição?

2. A ESCORREITA INTERPRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: NOVOS CAMINHOS

O Estado Democrático de Direito tem por função envidar todos os esforços institucionais possíveis para que o trabalhador seja respeitado na comunidade em que está inserido, como sujeito de direitos e deveres. Os direitos trabalhistas, na ordem constitucional vigente, são, ao mesmo tempo, fundamentais, individuais e sociais, constituindo o principal mecanismo revelador de princípios e regras constitucionais atinentes à dignidade da pessoa humana e à efetivação da justiça social. Em que pese a fundamentalidade ínsita, as normas trabalhistas não são absolutas, podendo sofrer restrição na ordem jurídica, como qualquer outro direito.

Quanto ao alcance da restrição de direitos fundamentais, há duas teorias explanativas. Pela teoria absoluta, o conteúdo essencial desses é identificado de modo abstrato, decorrente do próprio sistema que fornece o seu limite imanente e sua possibilidade de restrição, garantindo a sua integridade mínima. Pela teoria relativa, adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias, não é possível identificar *a priori* o núcleo duro imodificável dos direitos fundamentais, pois isso depende das condições do caso concreto, a ser regido pela máxima da proporcionalidade (Silva, 2014, p. 27-28).

Porém, se todo direito fundamental pode ser relativizado em si mesmo ou considerando a contraposição de outro, há que ponderar também que existe um mínimo de conteúdo normativo no núcleo do direito em relação ao qual não caberia qualquer redução (Teoria dos limites dos limites ou

restrição das restrições). Pela referida teoria, originada no direito alemão (Schranken-schranken), a redução não pode atingir a essência dos direitos fundamentais, devendo ser estabelecida uma contenção da ação do Estado a fim de evitar a restrição irrazoável e inapropriada, sob pena de negá-los ou desfigurá-los (Sarlet, 2007, p. 123).

Desse modo, existe um mínimo insuscetível de redução em todo direito fundamental, como forma de proteger o seu núcleo e evitar o esvaziamento do seu conteúdo, de modo a afastar limitações descabidas, desmesuradas ou desproporcionais (Mendes, 2009, p. 41). Ademais, para ser possível, a restrição deve observar a abstração, clareza, determinação e generalidade, bem como o postulado da proporcionalidade (proibição do excesso), em toda a sua completude (Canotilho, 2010, p. 451). E no caso dos direitos fundamentais trabalhistas, o princípio da indisponibilidade constitui instrumento básico para o sopesamento de sua relativização.

Princípio basilar do Direito do Trabalho, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (CLT, art. 9º, 444 e 468) tem por função impedir a erosão dos direitos dos trabalhadores amalgamando-os de substrato normativo inexorável. Isso se dá porque os trabalhadores não podem deles dispor, não só em razão da hipossuficiência que normalmente imanta esse agrupamento social como forma de conceder superioridade jurídica a quem tem inferioridade econômica, mas também por se tratar de direitos fundamentais.

No entender de Delgado (2019, p. 238), a indisponibilidade decorre da imperatividade na norma trabalhista, traduzindo a “inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”. Representa o modo utilizado pelo Direito do Trabalho de buscar o equilíbrio jurídico da assimetria econômica existente na relação de emprego, não se tratando de restrição da liberdade obreira, mas de sua efetivação.

Os direitos trabalhistas são tradicionalmente divididos entre dois grupos quanto à indisponibilidade: os absolutamente e os relativamente indisponíveis. Os primeiros, em que pese existir impasse doutrinário acerca de seu alcance, são aqueles tutelados por interesse público e por constituírem um mínimo de direitos que não podem ser flexibilizados. São eles, consensualmente: anotação na CTPS, salário-mínimo, normas de medicina e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios e liberdade de trabalho (Delgado, 2019, p. 139). Todos vinculados à dignidade humana e à valorização mínima do trabalho e que a sociedade concebe como intocáveis.

Já os direitos relativamente indisponíveis dizem respeito àqueles de interesse individual ou bilateral simples, que não representam um padrão civilizatório mínimo e que podem ser modificados por norma autônoma ou heterônoma. Cabe ponderar que, mesmo que se trate de direito relativamente

indisponível, existem limites intangíveis que devem ser observados, não podendo significar anulação ou desfiguração da essência do direito em prejuízo do empregado, ante o próprio caráter indisponível deste e a necessária observância da amplitude continuada do âmbito da proteção dos direitos trabalhistas definida pela CRFB/88 no *caput* do art. 7º.

Não custa rememorar que o legislador se vincula aos direitos fundamentais reconhecidos, de modo a respeitá-los ao estipular regras gerais e abstratas de caráter infraconstitucional, o que decorre da dogmática constitucional da efetividade emancipatória ou da dogmática constitucional transformadora, já que o compromisso constitucionalmente estabelecido de respeito ao ser humano não é teórico, mas político (Clève, 2003). Deve, ainda, observar a máxima da proporcionalidade que, no entendimento de Dimoulis e Martins (2022, p. 230), é norma basilar constitucional que “objetiva verificar a constitucionalidade de intervenções estatais a um direito fundamental mediante a avaliação de sua licitude e da licitude dos fins pretendidos, assim como da adequação e necessidade da intervenção para fomentar determinada finalidade”.

Isso significa que os direitos trabalhistas de indisponibilidade relativa somente podem admitir ponderação circunstanciada de aplicação com base no princípio da legalidade (restrição a direito fundamental somente pode decorrer da norma jurídica) e nos critérios da adequação (limitação que alcança o objetivo colimado), necessidade (a restrição é a menos gravosa entre as possíveis) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre sacrifícios e benefícios da contenção empreendida) para avaliar se há ou não vilipêndio ao núcleo essencial do direito.

É nesse ideário que se convergem as teorias da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e da limitação dos direitos fundamentais, pois em ambas o núcleo essencial dos direitos fundamentais é divisado casuisticamente, considerando sua relatividade e não a *absolutes*, em comparação harmônica com outros direitos, mediante a ponderação entre meios e fins. Desse modo, desconsidera-se a imanência interna e imponderável da interpretação do direito em si, sem a interferência de outras normas, mas identificando o conteúdo amplamente protegido *prima facie* para se definir os limites das restrições decorrentes da necessidade de conciliação externa.

Convém registrar que a própria Constituição da República, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a possibilidade de modulação dos direitos trabalhistas por meio da negociação coletiva. Reconheceu-se validade às convenções e acordos coletivos de trabalho firmados pelas entidades coletivas, como forma de pacificar conflitos, gerenciar a autonormatização e estabilizar as relações trabalhistas, harmonizando os interesses empresariais e as necessidades obreiras. Tal possibilidade também encontra amparo na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), às quais o Brasil aderiu.

A negociação coletiva, nesses moldes, é direito fundamental trabalhista, revelado por negócio jurídico social celebrado por entes privados e que produzem regras jurídicas com o fim de pacificar autônoma e democraticamente o conflito coletivo. Tal negociação firmada pelo ente coletivo obreiro pressupõe o consentimento dos trabalhadores que o compõem para ser legítima. Nesse diapasão, promove o diálogo coletivo e possibilita um entendimento propedêutico sobre a contenda entre capital e trabalho, viabilizando a criação de regras e concedendo aos partícipes a ressignificação do próprio conflito.

Acerca da função do Direito Coletivo de possibilitar tratamento jurídico mais equilibrado às partes envolvidas, bem esclarece Delgado (2019, p. 1568) que os meios disponibilizados aos sindicatos “(garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidades de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve, etc.) reduziriam [...] a disparidade [...] que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário”.

Ressalta-se que os contratos sociais normativos produzidos pela negociação coletiva, para terem validade, devem observar o princípio da lealdade, que orbita em torno das entidades coletivas e estabelece que os acordos coletivos e as convenções devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência, de modo a evitar tergiversações. Com efeito, não se aplica o princípio protetivo do Direito Individual do Trabalho, uma vez que os seres coletivos são, em tese, equivalentes (princípio da equivalência entre as entidades coletivas), ao contrário do que ocorre no ramo individual trabalhista.

Como apontam Pamplona Filho e Amaral (2020, p. 158), a autonomia coletiva da vontade deve ser “interpretada partindo-se da premissa de que os entes se encontram em equivalência técnico-jurídica, bem como ambos possuem meios eficazes de atuação e pressão. E, por tais motivos [...] diferencia-se da autonomia privada individual no direito do trabalho”. Assim, de modo geral, resta presumido o equilíbrio entre as entidades juscoletivas, sem se refletir sobre as externalidades que possam interferir na consistência da representatividade ou na própria assimetria dos seres coletivos.

Ao contrário do que sói acontecer no âmbito do Direito Individual do Trabalho, a juscoletividade trabalhista observa a interação entre a categoria econômica (representante do capital) e a categoria profissional (representante dos despojados dos meios de capital), ambos dotados de condições de barganha. Deve-se considerar, porém, que as atuações sociais indutivas ou coativas da categoria obreira sempre se encontram em desvantagem mobilizante ao se comparar com o poder de pressão do capital, em razão da necessidade de manutenção da própria subsistência do trabalhador que invariavelmente o coage.

Em que pese a participação dialética das dimensões individual e coletiva na construção das normas trabalhistas, há que se notar, porém, a

existência de primazia dos direitos individuais e sociais trabalhistas estipulados em diplomas normativos estatais sobre o estuário normativo autônomo coletivo, como ensinam Delgado e Delgado (2013, p. 49):

De fato, considerou a Constituição que o Direito Individual do Trabalho tem maior aptidão para atingir, com maior celeridade, eficiência e generalização, o conjunto da economia e da sociedade brasileira, de modo a realizar um efetivo Estado Democrático de Direito no país. Com efeito, o Direito Individual tem plenas condições de estar presente, ao mesmo tempo, em todas os rincões e segmentos da realidade brasileira, independentemente da conjuntura política ou sindical, da maior ou menor organização da classe trabalhadora nas múltiplas áreas do mercado de trabalho e regiões do país. Em face dessas suas características, que bem se ajustam à enorme dimensão geográfica e populacional do Brasil, o Direito Individual do Trabalho despontaria como mais inclusivo, rápido e universal, mesmo em contexto de incentivos normativos constitucionais manifestos ao avanço e aperfeiçoamento do Direito Coletivo do Trabalho.

Justamente por isso que, no Direito Coletivo do Trabalho, a autonomia privada coletiva deve ser conjugada com os princípios da criatividade coletiva e o princípio da adequação setorial negociada, de modo a permitir o aperfeiçoamento das regras estatais. A criatividade coletiva é princípio imanente à autonomia da vontade coletiva que possibilita a produção de norma jurídica em harmonia com a normatividade estatal, ao passo que a adequação setorial negociada baliza a resolução de conflitos entre normas autônomas e estatais; definindo, em conjunto, a harmonização dos interesses na negociação coletiva com o sistema normativo estatal.

Nesse sentido, as normas autônomas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo estatal desde que observem critérios objetivos e limitadores aquilatados no princípio da adequação setorial negociada, quais sejam, quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável e quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa e não de indisponibilidade absoluta (Delgado, 1999, p. 163).

Complementa essa tese Silva (1993, p. 22) ao defender que o âmbito da negociação coletiva “é o que ainda não foi ocupado pela Constituição e pelas leis imperativas. Não há a alternativa do primado do contrato coletivo sobre a lei e, muito menos, sobre a Constituição. Aqui haveria quebra até mesmo do próprio estado de direito”. A relação entre as normas coletivas e estatais estrutura-se de forma que a estas cabe o tratamento normativo

mínimo, a cuja observância àquelas se obriga, de forma a possibilitar o alcance de condições mais favoráveis aos trabalhadores (Santos, 2009, p. 274).

Nesse sentido, a criatividade autônoma e a adequação setorial negociada são princípios que limitam a autonomia privada, por não autorizarem a redução de direitos imantados por norma indisponível vinculada à medicina, segurança e dignidade do trabalhador, considerando que a autonomia negocial coletiva não é absoluta. Ademais, na flexibilização de direitos trabalhistas relativamente indisponíveis, não se deve menosprezar o limite intransponível da manutenção mínima da regra protetiva laboral (núcleo essencial do direito), o que impede a supressão de qualquer direito trabalhista (anulação) ou modificação *in pejus* (desfiguração).

Da mesma forma, o desprestígio não deve partir da norma heterônoma estatal. Contudo, a Lei n. 13.467/2017 estabeleceu no art. 611-B da CLT as normas que, em tese, seriam de indisponibilidade absoluta, mas também fixou temas passíveis de relativização no art. 611-A da CLT (prevalência do negociado sobre o legislado), definindo de forma positiva e negativa os direitos passíveis de negociação coletiva. Cotejando ambos os dispositivos, observa-se que houve uma tentativa legislativa de recrudescer as parcelas de indisponibilidade relativa, sem se atentar ao conjunto, já vistos, de princípios e regras trabalhistas que limitam a autonomia privada coletiva.

Nesses moldes, o regulamento de exceções ou de regras menos rígidas de direitos trabalhistas relativamente indisponíveis pela autonomia privada coletiva ou intervenção estatal deve respeitar um limite intransponível (núcleo essencial do direito). Por essa âncora, a flexibilização responsável (clareza), manejada quando permitida (legalidade) e sem abuso (proporcional), resulta em verdadeira negociação de direitos e condições de trabalho (abstração e generalidade), em que as partes fazem concessões recíprocas (transação) e não renúncia, o que deve implicar sempre na concessão de condição mais vantajosa ao trabalhador (determinação).

Nessa quadratura, as regras de flexibilização dos direitos trabalhistas encontram limites no próprio ordenamento jurídico como, por exemplo, normas acerca da remuneração (art. 7º, VI, da CRFB) e da jornada (art. 7º, XIII e XIV da CRFB), como entoa a jurisprudência tanto do e. Supremo Tribunal Federal (STF) quanto do c. Tribunal Superior do Trabalho (TST), não podendo haver relativização sem autorização do próprio sistema jurídico. Aliás, a excelsa Corte, num primeiro momento (RE 590.415; RE 895.759), manifestou-se acerca da flexibilização de direitos trabalhistas, desde que houvesse a concessão de vantagens específicas aos trabalhadores, observando a melhoria das condições sociais dos obreiros e o caráter sinalagmático da norma coletiva, consagrando a máxima da proporcionalidade na limitação dos direitos fundamentais.

Nessa medida, seriam excepcionais as hipóteses em que acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho pudessem reduzir as garantias previstas no padrão geral heterônomo justabalhista. Isso ocorreria somente nos casos em que a norma jurídica expressamente autoriza a modulação do direito do trabalhador. No mesmo sentido, é o entendimento de Santos, para quem: “as normas coletivas só podem estabelecer condições menos favoráveis quando a própria lei instituidora do direito o permitir, como as hipóteses previstas no art. 7º, VI, XIII, XIV, XXVI, da Constituição” (Santos, 2009, p. 274).

Recentemente, porém, ao julgar o Tema 1.046, o e. STF (ARE 1121633) definiu a seguinte tese de que são constitucionais as convenções e os acordos coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, avançam restrições ou afastamentos de direitos trabalhistas, ainda que sem a explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis. Cabe ponderar que a questão dos “custos dos direitos” sociais para o capital, no referido caso, foi tratada de forma simplificada pela excelsa Corte, o que é corriqueiro quando o debate envolve a justiciabilidade dos direitos sociais (Wang, 2008).

No entanto, pelo último entendimento perfilhado, entende-se que a autonomia da vontade coletiva na autocomposição dos conflitos, valorizada no art. 7º, XXVI, da CRFB, não se sobrepõe aos demais incisos e ao próprio *caput* do art. 7º, que é o seu farol hermenêutico normativo. Nessa medida, o e. STF chancelou que a barreira da intransponibilidade da autonomia coletiva da vontade é composta pelos direitos absolutamente indisponíveis, bem como considerando a perspectiva da adequação setorial negociada para os direitos relativamente indisponíveis, em toda sua completude, preservando-se o núcleo essencial do direito.

Entretanto, convém indagar: será que esse limite é suficiente para demarcar uma condição de respeito e dignidade aos direitos mínimos do trabalhador? Ou seja, os parâmetros mínimos de civilidade laboral e social fixados estão condizentes com a centralidade humana materializada na Constituição da República?

3. O PADRÃO CIVILIZATÓRIO PROGRESSIVO: O RESULTADO COMBINATÓRIO ENTRE O MÍNIMO INTANGÍVEL E O PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO

O patamar civilizatório mínimo é o conjunto de normas cogentes e imperativas estatais (de ordem pública) sem os quais o trabalhador estaria em condições precarizantes em âmbito laboral e social. Tal conjunto normativo abrange as normas constitucionais, tratados e convenções internacionais ratificados e leis infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania

ao trabalhador, observadas as ressalvas expressamente previstas no próprio sistema jurídico.

Delgado (2019, p. 1684) entende que tal instituto trata de verdadeiro piso civilizatório heterônomo estatal, uma vez que não é apenas trabalhista, mas também previdenciário e fiscal. Decorre dos direitos absolutamente indisponíveis e dos princípios fundamentais da valorização social do trabalho e da livre iniciativa, da centralidade do ser humano no sistema jurídico, da dignidade humana, da igualdade substancial, da justiça social, da garantia da segurança e do bem-estar do trabalhador, bem como da subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

O art. 7º da CRFB/88 estabelece um padrão mínimo e exemplificativo de direitos fundamentais trabalhistas, cujo *caput* norteia axiológica e teleologicamente toda formulação, interpretação e aplicação da norma trabalhista. Isso cria um campo propício de sustentação do patamar civilizatório mínimo, bem como o art. 5º, § 2º c/c art. 7º, XXVI, do mesmo diploma tornam esse mesmo patamar mais fértil no sentido de dotá-lo de caráter progressivo na proteção desses direitos, o que mitiga a possibilidade de derruição autônoma deles por via coletiva e permite a criação da barreira progressiva da intransponibilidade dos direitos trabalhistas.

Com efeito, a autonomia privada coletiva ao encontrar limites nos princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico como um todo, prestigia o próprio direito de liberdade em que ela se fundamenta. Isso ocorre porque o patamar civilizatório mínimo também se sustenta nessa mesma liberdade, mas em sua concepção digna, de modo a evitar qualquer retrocesso na indisponibilidade dos direitos. Dessa forma, os limites encontram suas próprias barreiras intransponíveis.

Acrescenta-se que a construção dos direitos essenciais dos trabalhadores ocorreu somente em razão da relevância concedida a demandas trabalhistas, dando-se voz ao clamor pelo aumento de proteção desse agrupamento social, pressupondo a imanente intenção de gradatividade tuitiva. Com isso, por força do princípio da indisponibilidade aliado ao patamar civilizatório mínimo, confere-se equilíbrio hermenêutico e social às próprias normas e entidades coletivas (princípio da equivalência negocial dinâmica coletiva), em que o próprio capital não se sobrepõe ao trabalho, fixando-se um limite normativo intransponível a fim de evitar precarizações.

É necessário estabelecer aqui um diferencial entre o princípio da equivalência entre as entidades coletivas e o princípio da equivalência negocial dinâmica coletiva. Isso porque aquele limita a compreensão do equilíbrio entre os seres coletivos de forma fixa, sem considerar que as pressões do capital sobre o trabalho também incidem sobre o ente coletivo obreiro, de modo que invariavelmente este tenta evitar a perda de direitos dos representados pela negociação coletiva. Já o último princípio leva em conta tal característica,

servindo a barreira progressiva da intransponibilidade dos direitos trabalhistas como tradutora do real equilíbrio entre eles.

Salienta-se que ambos os institutos (direitos absolutamente indisponíveis e patamar civilizatório mínimo) estão intimamente vinculados à concepção de mínimo existencial, como piso mínimo e não como teto máximo de realização dos direitos fundamentais socioeconômicos, subjacente a uma concepção de justiça social delimitada pela CRFB/88 (Hachem, 2013a). Ademais, é pertinente trazer à baila a lição de Sarlet (2011, p. 452) para quem:

a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira da farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.

Pela atual jurisprudência da excelsa Corte, como visto, o mínimo inegociável não se limita ao patamar civilizatório mínimo e aos direitos absolutamente indisponíveis, mas também considera a adequação setorial negociada. Nesse ínterim, o conteúdo da norma autônoma coletiva deve observar direitos imperativos oriundos da Constituição da República, das leis brasileiras e das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, bem como a implementação de um modelo setorial de direitos mais benéfico do que o disposto nas normas imperativas do Estado.

O mínimo intangível ou inegociável dos direitos trabalhistas, nesses contornos, é uma barreira de intransponibilidade que deve ser respeitada pelo Estado ao editar a norma jurídica e pelos entes juscoletivos ao entabularem instrumentos normativos, já que, do contrário, estar-se-ia negando a própria natureza fundamental dos direitos trabalhistas. O que se convencionou denominar de patamar civilizatório mínimo, protetor de condições básicas de trabalho digno vinculado a normas de indisponibilidade absoluta, é o núcleo duro desse mínimo intangível, mas com ele não se confunde.

Ademais, os direitos absolutamente indisponíveis são o farol irradiante da consideração desse conceito jurídico indeterminado (patamar civilizatório mínimo) na negociação coletiva, mas não devem ser o seu limite. Isso porque a condição mínima de vida digna de qualquer trabalhador não deve se limitar ao respeito da anotação da CTPS, do valor do salário-mínimo como

contraprestação, das normas antidiscriminatórias, da liberdade do trabalho e da observância das normas concernentes à medicina e segurança do trabalho.

É mais do que isso. A própria CRFB/88, ao aduzir no art. 114, § 2º, acerca dos parâmetros de decisão em dissídio coletivo, estabeleceu que fossem obedecidas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e as normas anteriormente convencionadas pelas categorias profissional e econômica. Assim, se a própria norma constitucional traça critérios para que o Estado decida os conflitos coletivos, tais requisitos também devem ser observados por todos, inclusive pelos contendentes quando da missão de resolvê-los autonomamente, em razão da equivalência normativa mínima existente entre as regras trabalhistas autônomas e heterônomas.

Propõe-se, então, ampliar a barreira da intransponibilidade dos direitos trabalhistas para evitar retrocessos na margem de proteção de direitos e observar o objetivo nodal dos direitos trabalhistas que é a melhoria das condições de vida dos trabalhadores, à luz do próprio art. 114, § 2º, da CRFB/88. Nesse sentido, a possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas deve se ater a um outro reflexo: evitar a regressividade das normas de proteção. Uma vez cunhado o direito trabalhista no sistema jurídico e não havendo previsão por norma imperativa do Estado de sua maleabilidade, não se pode permitir o mínimo desgaste em sua efetividade.

Com isso, a inobservância pura e simples de um direito fundamental do trabalhador atinge o cerne legislativamente cristalizado do núcleo essencial mínimo de um conjunto de direitos, vilipendiando a própria dignidade humana. A escorreita interpretação do art. 7º, *caput*, c/c art. 5º, § 2º, e art. 114, § 2º, todos da CRFB, exige o reconhecimento da natureza tuitivamente progressiva dos direitos trabalhistas, o que significa dizer que não se permite qualquer retrocesso na margem protetiva desses direitos fundamentais.

Isso conduz à criação de uma barreira de intransponibilidade progressiva dos direitos trabalhistas, o que reduz dinamicamente a margem de negociação coletiva quanto às garantias trabalhistas já reconhecidas. Assim, identifica-se o patamar civilizatório mínimo a partir da assimilação dos conceitos de direitos absolutamente indisponíveis e do mínimo intangível, de modo a resultar em um padrão civilizatório progressivo das condições de vida do trabalhador, permitindo-se o acréscimo de direitos, que passam a ser dotados de indisponibilidade absoluta.

CONCLUSÃO

A fundamentalidade dos direitos trabalhistas implica dizer que não são *commodities*, cujos valores são modificados ao sabor dos ventos do mercado, mas, sim, que a proteção da dignidade de seus destinatários (despossuídos dos meios de capital) é função primordial e inarredável do organismo

sociopolítico, composto pela sociedade e pelo Estado. Tal denotação jurídica contribui para o equilíbrio jurídico da assimétrica relação entre capital e trabalho existente no curso da história e que só encontrou terreno político, jurídico e social sustentável no paradigma do Estado Democrático de Direito após um longo percurso histórico-evolutivo.

A indisponibilidade de um direito está vinculada não só ao fato de que o seu titular não pode dele abrir mão, como também ao fato de que não se pode admitir a sua negação, e isso se justifica pela simples concepção de que todos os direitos trabalhistas são fundamentais e que possuem um mínimo intocável. Assim, a indisponibilidade limita o poder da pactuação coletiva de diminuir ou esvaziar o padrão geral de direitos trabalhistas previsto na legislação, salvo quando houver autorização legal ou constitucional expressa, o que significa dizer que os instrumentos coletivos apenas podem tratar de parcelas justtrabalhistas de indisponibilidade relativa.

A negociação coletiva, nesses moldes, se limita à ocupação de um espaço que a norma imperativa estatal benéfica ao trabalhador ainda não ocupou. Isso impõe que a inviabilidade da negociação coletiva não se limita às normas de ordem pública constantes do rol do art. 7º da CRFB/88 ou mesmo às normas de indisponibilidade absoluta e que integram o patamar civilizatório mínimo e que desbordam da previsão constitucional. Abrangem também direitos garantidos em tratados e convenções internacionais, bem como em leis infraconstitucionais imperativas, por conferirem densidade à fundamentalidade do bloco de constitucionalidade.

A adequação setorial negociada lida em conformidade com a teoria da limitação dos direitos fundamentais e protege, a um só tempo, o núcleo essencial dos direitos trabalhistas e a prospecção de novas garantias laborais. O próprio sistema de tutela dos direitos trabalhistas garante a existência de padrões mínimos sociais de caráter progressivo, já que a efetivação desses direitos fundamentais exige a consolidação da rede de proteção ao trabalhador. Nesse sentido, medidas mitigadoras desse conjunto de direitos implicam na erosão do próprio sistema de garantia e esvaziam a orientação e o sentido da negociação coletiva.

O mínimo intangível ou inegociável dos direitos trabalhistas considera o caráter de indisponibilidade ampla exteriorizado pelo princípio da adequação setorial negociada e a vedação do retrocesso, adequando-se ao próprio ideário da melhoria paulatina da dignidade do trabalho e do trabalhador. Ambos são fundamentos constitucionais e compõem o instituto do patamar civilizatório mínimo. E para realizar esse escopo, é necessário elastecer a concepção dos direitos absolutamente indisponíveis, nos moldes do art. 114, § 2º, da CRFB/88, para que tal padrão social seja assegurado de modo perene e progressivo ao trabalhador, impossibilitando a flexibilização.

Sendo assim, o patamar civilizatório mínimo não deve ser analisado de forma estanque, como um conjunto de direitos mínimos que devem ser observados, mas, sim, apto a constituir um patrimônio progressivo da proteção de direitos trabalhistas que se aperfeiçoa com o acréscimo de outros direitos, que passam a se tornar absolutamente indisponíveis. Isso leva à conclusão da existência de um padrão civilizatório progressivo dos direitos trabalhistas com o fim de garantir ao trabalhador a realização dos ideais de uma vida com dignidade e viabilizar a conquista de novos direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *Direito do Trabalho e Constituição: a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 20 abr. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1121633*, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 02/06/2022, DJe 28/04/2023. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso em: 20 abr. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 590.415*, Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 30/04/2015, DJe 29/05/2015. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2015]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629027>. Acesso em: 20 abr. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 895.759*, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 08/09/2016, DJe 13/09/2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2016]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>. Acesso em: 25 abr. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Crítica Jurídica*, Curitiba, v. 22, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

CONTRERAS, Sérgio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

_____. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais*: dignidade da pessoa humana, justiça gratuita e direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 9. ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jul. 2013a.

_____. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Merosul*: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013b.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *Fundamentos de Direito Internacional Social*: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga; AMARAL, Felipe Marinho. Anulação de cláusulas normativas e a atuação do poder judiciário na autonomia privada coletiva. *Revista dos Tribunais*, jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas*. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. *Espaço jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 325-344, jul./dez. 2011b.

_____. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Antônio Álvares da. Contratação Coletiva. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 3-23, abr./jun, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

Recebido: 22/03/2022
Aprovado: 21/11/2022

NEGOCIAÇÕES TENSAS: ANÁLISE NEUROPSICOLÓGICA E JURÍDICA DO FATOR RAIVA NAS NEGOCIAÇÕES

*TENSE NEGOTIATIONS: NEUROPSYCHOLOGICAL
AND LEGAL ANALYSIS OF THE ANGRY FACTOR
IN THE NEGOTIATIONS*

Denis Gleyce Pinto Moreira¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Resolução consensual de conflitos e negociação. 2. Raiva: neurociência e comportamento. 3. As duas faces da raiva. 4. Aspectos comportamentais da tomada de decisões. 5. O impacto da raiva na negociação. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Neurociência e Comportamento pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado da União.

RESUMO: Este artigo investiga vários aspectos da raiva em negociações tensas. Enfoca a análise neuropsicológica e jurídica desse fator nas negociações e algumas das repercussões dessa emoção na cognição, nos relacionamentos e no campo jurídico. Nesse sentido, a pesquisa incluiu uma revisão de literatura multidisciplinar que abrange contribuições da filosofia, psicologia, neurociência e economia comportamental. Esclarece aspectos positivos e negativos da raiva, inclusive em negociações cujo escopo seja a resolução de conflitos. O objetivo do artigo é demonstrar a complexidade, a relevância do tema e como cuidar dessa emoção tão presente nas negociações.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação. Resolução de conflitos. Fator Raiva. Tomada de Decisão. Neurociência e Comportamento.

ABSTRACT: This article investigates multiple aspects of anger in tense negotiations. It focuses on the neuropsychological and legal analysis of this factor in negotiations and some of the repercussions of this emotion on cognition, relationships and the legal field. In that regard, the research included a multidisciplinary literature review that covers contributions from philosophy, psychology, neuroscience, and behavioral economics. It clarifies positive and negative aspects of anger, including in negotiations whose scope is conflict resolution. The objective of the article is to demonstrate the complexity, the relevance of the theme and how to take care of this emotion so present in negotiations.

KEYWORDS: Negotiation. Conflict Resolution. Anger Factor. Decision Making. Neuroscience and Behavior.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar, sob o prisma neuropsicológico e jurídico, o fator raiva nas negociações² tensas. Como se sabe, muitas negociações acontecem sob o forte clima psicoemocional de tensão, alimentado pela raiva de um ou mais negociadores.

O artigo apresenta várias perspectivas do assunto, que ainda é explorado superficialmente e sem a riqueza que a análise multidisciplinar oferta.

A hipótese de trabalho é demonstrar que a raiva tem funções específicas e é potencialmente híbrida. Ou seja, em um processo de negociação, apresenta potencial destrutivo, mas também transformador.

1. RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS E A NEGOCIAÇÃO

A complexidade é uma das características das sociedades pós-modernas e esse traço também está presente em muitos conflitos. O filósofo e sociólogo Edgar Morin (2007, p. 68) ensina que a complexidade abrange polos aparentemente contraditórios, como ordem e caos, coerência e paradoxo, certeza e incerteza, controle e descontrole.

Essas dimensões da complexidade se tornam mais evidentes quando o conflito ocorre entre órgãos públicos que, portanto, fazem parte da estrutura do Estado. É o Estado contra o Estado. Não só isso, é um Estado que não consegue acompanhar e responder adequadamente ao ritmo de mudanças conflituosas do Antropoceno.³ Na prática, por vezes, o conflito impacta políticas públicas relevantes e gera uma pulsão de tensão que se irradia nas estruturas estatais e não raro reverbera em expressivas faixas da população que se vê atingida pelo conflito.

Aqui é a construção da estrada obstruída pela ação do poder de polícia do órgão ambiental, ali é o assentamento da reforma agrária no entorno de uma unidade de conservação, acolá é a construção de prédios urbanos paralisada por desentendimentos burocráticos entre estruturas estatais ou paraestatais, aqueloutro é o não uso de tecnologias por controvérsias operacionais.

Em comum em quase todos esses conflitos, estão os prejuízos ao funcionamento do Estado e à prestação de serviço público, bem como a pressão para se resolver o conflito e a tensão, que abriga, em suas camadas

2 Embora a negociação seja considerada, pela maioria dos autores, como um meio específico de solução de conflitos, neste artigo será abordada como um método transversal, presente em outras modalidades, tais como na conciliação, arbitragem, mediação, a exemplo do que ocorre na chamada Mediação Linear, baseada na Teoria de Negociação de Harvard.

3 No artigo *Populações tradicionais e as mudanças socioambientais do antropoceno: resistência, resiliência ou ruptura* (2017, p. 450) explica-se que "(...) entre as procelas das incertezas e complexidade do Antropoceno, o Estado boia hesitante e fragilizado, em meio à tempestade de forças econômicas, políticas, jurídicas e sociais. Em verdade, o atual designe do Estado não comporta a complexidade da interdependência".

mais profundas, sentimentos e emoções fortes como frustração, impotência, injustiça, ressentimento e raiva.

Quando as partes sentam na mesa de negociação, inevitavelmente trazem consigo esses sentimentos e emoções. As vezes estão calibradas, às vezes pulsantes, à flor da pele. Apesar disso, nem sempre são tratadas adequadamente. Não raro, negociadores, conciliadores e mediadores silenciam esses sentimentos, negam, obstruem, desviam o foco. E assim, essas emoções e sentimentos seguem inconscientes, intensos e afetam não apenas a percepção do conflito, a capacidade de diálogo, a cognição dos negociadores, mas também a tomada de decisão das partes envolvidas, tal como mostram várias pesquisas, a exemplo das que usam o jogo Ultimato.⁴

Infelizmente, esse negacionismo emocional ainda é resquício do mito simplista e já ultrapassado de que as emoções prejudicam a tomada de decisão. A questão é bem mais complexa e hoje se sabe que emoções fazem parte do processo decisório e que – nas condições adequadas – são excelentes indicadores para melhores escolhas.

Em decorrência desse negacionismo, raramente as partes e os profissionais envolvidos no esforço de resolução do conflito têm preparação para lidar com seus próprios sentimentos e emoções e tampouco com o mundo afetivo da outra parte. O que se vê, de regra, são improvisos, esforços às cegas, ações intuitivas, nada próximo de uma abordagem consciente e técnica que promova o tratamento e direcionamento desses afetos e esteja ancorada no estado da arte de pesquisas científicas de várias áreas do conhecimento.

Pragmaticamente, o não tratamento adequado de emoções poderosas, como a raiva, pode não só aumentar a temperatura de negociações já tensas, como pode obstruí-las, assim como também pode levar a decisões aparentemente racionais, mas efetivamente desastrosas, quando se considera a amplitude do potencial de resolução pacífica dos conflitos, quase sempre restringido pelo fator raiva na negociação.

Atualmente, com tanto conhecimento acumulado sobre o impacto das emoções na cognição, na tomada de decisões e na própria evolução do Direito,⁵ ignorar, subestimar ou não enfrentar essa realidade já não pode ser encarado apenas como mera negligência ou incompetência, deve ser

4 Robert M. Sapolsky (2021, p. 44), no seu denso livro *Comporte-se*, esclarece que o jogo Ultimato é um jogo econômico envolvendo dois competidores. Um competidor recebe uma quantidade de dinheiro em um pote. Ele tem que fazer uma oferta para o outro competidor. O outro competidor pode aceitar ou negar a oferta. Se ele aceitar a proposta, o dinheiro é dividido nos termos propostos. Se ele negar a proposta, ambos competidores não ganham nada do dinheiro. Sapolsky explica que estudos mostram que a recusa da proposta é uma decisão emocional provocada pela raiva de ter recebido uma oferta ruim. Ou seja, o segundo competidor prefere não ganhar nada a ter que aceitar uma proposta que considera injusta. A raiva, atestam os estudos, decorre da ativação da amígdala. Quanto maior a ativação da amígdala do competidor que se sente injustiçado, maior será sua raiva e a probabilidade de recusar a proposta, assumindo um prejuízo, mas inviabilizando o acordo para punir o outro competidor.

5 No instigante livro *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*, a autora Lynn Hunt (2009, p. 35) defende a tese de que novas experiências individuais compartilhadas, sobretudo a partir do século XVIII, fortaleceram sentimentos como a empatia e o senso de igualdade, que, por sua vez, viabilizaram o surgimento de novos conceitos políticos e sociais como os direitos humanos.

entendido como uma violação às diretrizes constitucionais, que impõem que o Estado tome as melhores decisões, no menor tempo possível, com eficiência e razoabilidade e promova o bem-estar geral de seus cidadãos, atento à emocionalidade como quintessência da dignidade humana.⁶

É nesse prisma que o Ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 247) ensina que uma Constituição não é só técnica. Ela deve ter a capacidade de simbolizar conquistas, mobilizar o imaginário das pessoas e gerar no cidadão um “sentimento constitucional” desses avanços. Mas, como sociedade, podemos desenvolver esse “sentimento constitucional” quando interesses públicos e direitos fundamentais são desrespeitados, porque as práticas dos próprios órgãos do Estado e seus agentes públicos desprezam o mundo afetivo – o que inclui os sentimentos – tão presente nos conflitos?

Em verdade, essas diretrizes constitucionais se tornam ocultas quando o próprio Estado não consegue lidar com seus conflitos internos, não apenas por superposição e choque de interesses e políticas públicas, mas por não considerar a dimensão humana de seus agentes públicos e dos cidadãos afetados pelos conflitos.

Esse é o contexto do presente artigo, que se propõe a debater tecnicamente a raiva em suas múltiplas dimensões, como também trazer contribuições de várias áreas do conhecimento para que o assunto não seja tratado de maneira simplista e enviesada, mas, antes, de forma multidisciplinar, técnica e, sobretudo, humanizada.

2. RAIVA: NEUROCIÊNCIA E COMPORTAMENTO

Duas são as raízes etimológicas da palavra “emoção”. A raiz mais antiga vem do latim. Forma-se com a junção do “e”, que significa “fora”, com a palavra “*movere*”, que significa “movimento”. No século XVI surge no idioma francês a palavra “*émotion*”, que é uma derivação da palavra “*émouvoir*”, esta significando excitar.

De uma forma resumida, pode-se asseverar que as emoções se expressam, automática e inconscientemente, através do organismo. Sob forte emoção, o corpo reage, por exemplo, com aumento do fluxo sanguíneo, com os batimentos cardíacos ou a sudorese. Já os sentimentos são representações subjetivas da experiência emocional.

O debate filosófico sobre as emoções é antigo e congrega pensadores de peso como Platão, Aristóteles, Hipócrates, Descartes e David Hume, dentre outros. O estudo científico das emoções não surgiu agora, embora se possa afirmar que é relativamente novo. Conta com pouco mais de um

6 Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2018, p. 181), no excelente artigo *A Emocionalidade em áreas jurídicas específicas*, demonstra a importância da emocionalidade no discurso jurídico de várias áreas do Direito e sua centralidade na valoração axiológica da dignidade humana, tanto no plano legal, como constitucional e internacional.

século, cuja vanguarda tem nomes importantes como Charles Darwin, William James e Carl Georg Lange.

Atualmente, vários modelos e teorias convivem e apresentam explicações sobre as emoções.⁷ Independentemente da diversidade de modelos teóricos, é ponto de consenso que – pela perspectiva evolutiva – toda emoção tem sua função no processo evolutivo da espécie. No caso da raiva, entende-se que sua função evolucionária é provocar uma reação a alguma ameaça, real ou imaginária. Portanto, a raiva, em si, não é necessariamente ruim. Pode, por exemplo, servir para nos proteger de um ataque perigoso e iminente. No entanto, a raiva também pode escalar descontroladamente por meio de respostas violentas e levar, inclusive, a crimes graves como o assassinato.

Antes de nos aprofundarmos sobre o comportamento raivoso, impõe-se traçar aspectos gerais da emoção raiva. Trata-se de uma das emoções universais, presente em todos os seres humanos, independentemente de época, idade, gênero, condições econômicas, sociais e culturais. A raiva se manifesta, dentre outras coisas, através do corpo, notadamente de expressões faciais que podem ser percebidas por outros seres humanos através da ressonância empática ou da teoria da mente.⁸

Com o avanço da Neurociência, é possível constatar as áreas e os circuitos cerebrais envolvidos na experiência emocional da raiva. Daniel Goleman (1998, p. 73), quando trata da “superpotência da raiva” explica que a percepção de uma ameaça dispara uma “onda límbica”, desencadeada pela liberação de catecolaminas – responsáveis por um rápido e episódico surto de energia – e pela ativação da amígdala, percorre o sistema nervoso e cria prontidão para ação.

A rigor, a experiência da raiva aciona tanto o cérebro reptiliano, como o sistema límbico e o córtex, variando de fluxo e intensidade conforme alguns fatores como, por exemplo, o temperamento, o contexto e a integridade das áreas cerebrais.

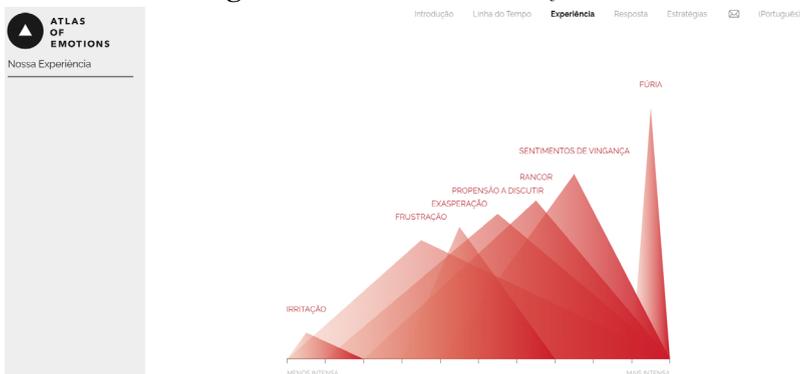
Outro elemento central no processamento da emoção raiva é o hormônio cortisol. Esse é o hormônio responsável pelo estresse. Em negociações, é evidente a relação entre raiva e estresse. Como veremos, a experiência da raiva pode manifestar-se em diversas intensidades. Quanto mais intensa, mais estressado fica o sujeito e mais tensa fica a negociação. Por isso que o dever de urbanidade, exigência ética e processual, não é mero enfeite jurídico e deontológico, tem estratégica finalidade comportamental.

7 São exemplos: as teorias somáticas, as teorias cognitivas, as teorias da sociologia e a teoria da perspectiva.

8 Teoria da mente é a capacidade humana de perceber, em si e nos outros, aspectos cognitivos como intenção, crenças, desejos.

No site *Atlas of Emotions*,⁹ criado em parceria entre vários neurocientistas e o Dalai-Lama,¹⁰ pode-se verificar as múltiplas variações de emoções secundárias¹¹ a partir da emoção primária raiva. Vê-se que a raiva pode começar com uma simples irritação e evoluir, em espiral, em direção à fúria, ponto mais extremo dessa experiência emocional que, na prática, anula a capacidade de raciocínio do furioso, conforme demonstra a Figura 1.

Figura 1 – Escala e manifestações da raiva



Fonte: The Ekman's Atlas of Emotions.

Como se pode verificar nas figuras do sobredito site, dependendo da intensidade da raiva, essa emoção pode desencadear diferentes tipos de respostas, de comportamentos mais amenos a comportamentos extremamente agressivos. Vejamos o que mostra a Figura 2:

Figura 2 – Respostas possíveis para a raiva



Fonte: The Ekman's Atlas of Emotions.

9 Disponível em: <https://atlasofemotions.org/#triggers/>. Acesso em: 1º mar. 2022.

10 Líder espiritual e político do Budismo Tibetano.

11 São as emoções sociais e aprendidas, que não geram mudanças nas expressões faciais, tais como ciúme, culpa e vaidade.

Nessas manifestações mais extremas acontece o que os especialistas chamam de sequestro emocional ou sequestro da amígdala. Esse fenômeno comportamental acontece quando a raiva sobrecarrega a amígdala e enche o corpo de cortisol.¹² Na prática, minimiza as atividades do córtex e sua capacidade de modulação das emoções.

Nesse estado crítico, o ser humano torna-se um animal perigoso. Pode cometer atos – como de fato comete – não só incivilizados, como também brutais e monstruosos. Nesse estado, não há escuta. Nenhuma. A capacidade de escutar, dialogar e pensar racionalmente é sequestrada pelo animal furioso em surto emocional cujo foco é afastar-se ou repelir a ameaça que ele identifica em determinada pessoa, coisa ou situação. Nesse estado, qualquer negociação estará prejudicada não só pela incapacidade de escuta e diálogo, como pelo sequestro de regiões importantes do cérebro para tomada de decisões. Nessas situações, decisões devem ser evitadas e a negociação deve ser suspensa.

De tudo quanto dito anteriormente, surgem muitas questões. Vejamos algumas: se a raiva tem o potencial de sequestrar a capacidade de escutar, dialogar e pensar racionalmente, convém negociar com pessoas em experiência emocional de raiva? A raiva é um obstáculo ao novo paradigma jurídico da colaboração, pilar do CPC/2015? A raiva pode ser um elemento que afete a capacidade de discernimento ao ponto de gerar um efetivo vício de consentimento? A espiral crescente de raiva pode ser evitada? Antes de enfrentar essas questões, impõe-se desconstruir a visão simplista da raiva e percebê-la em sua complexidade a partir de perspectivas diferentes.

3. AS DUAS FACES DA RAIVA

Em toda história da filosofia, o livro mais penetrante sobre a raiva é da escola estoica, assinado por Sêneca e intitulado *Sobre a ira*. O ensaio de Sêneca (2018, p. 11) é implacável sobre a gravidade da ira e a considera a mais hedionda e selvagem das paixões.¹³ Afirma que, em outras paixões, há algum grau de paz e sossego, o que não acontece com quem está irado. Pondera que outros vícios podem ser escondidos e alimentados em segredo, o que não acontece com a ira, que se mostra abertamente e se denuncia no próprio corpo, especialmente no semblante.

Daniel Goleman (1998, p. 14) assinala que de todos os sentimentos que as pessoas querem se livrar a raiva é o mais intransigente. Citando Diane Tice, afirma que essa pesquisadora atestou que a raiva é a mais sedutora das

¹² Some-se a tudo isso alguns estados patológicos que pioram o quadro, a exemplo dos transtornos de humor, das lesões em certas regiões cerebrais e da psicopatia.

¹³ Etimologicamente, o termo paixão vem da raiz grega *pathos* e significa um estado de emoção agudo.

emoções negativas e a mais difícil de controlar. Ao contrário da tristeza, a raiva energiza e até exalta.

Sêneca considera a ira um estado de pequena loucura, que torna a pessoa surda à razão e ao conselho, afirmação confirmada pela neurociência dois mil anos depois ao atestar o fenômeno do sequestro emocional, que basicamente neutraliza as áreas do cérebro que modulam as emoções através de processos cognitivos. Em seu libelo acusatório sobre a raiva, Sêneca (2018, p. 12) vaticina: “(...) se você analisar seus resultados e a maldade que fez, nenhuma praga custou à raça humana mais caro: você verá abates e envenenamentos, acusações e contra-acusações, saques de cidades, ruína de povos inteiros (...)”.

O referido filósofo estoico afirma que a definição de ira de Aristóteles não se afasta muito da dele, pois este ensina que a ira é o desejo de devolver uma dor (Sêneca, 2018, p. 14). Porém, é preciso apartar as duas concepções sobre a raiva. A rigor, são entendimentos divergentes sobre a natureza dessa emoção e como devemos agir em face dela. Enquanto Sêneca entende que a raiva é sempre ruim, extremamente perigosa e destrutiva, Aristóteles entende que a raiva tem o duplo aspecto. Ou seja, pode ser positiva ou negativa.

Essa diferença na percepção vai repercutir na posição também diferente dos dois filósofos. Enquanto Sêneca defende que uma pessoa distinta nunca deve ser tomada pela raiva e, caso isso aconteça, deve esforçar-se para controlar-se imediatamente, Aristóteles entende que a questão não é sobre se teremos raiva ou não, mas se a raiva será justa ou injusta.

No seu clássico livro *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (2012, p. 86) assinala:

Os homens que se encolerizam por motivos justos, com coisas ou pessoas certas e, além disso, como, quando e enquanto devem, são dignos de serem louvados. Tais homens, então, serão calmos, pois a calma é louvada. Homens assim tendem a não se deixar perturbar nem conduzir pela paixão, mas a encolerizar-se apenas da maneira, com as coisas e durante o tempo que a regra justa prescreve.

Na sequência, Aristóteles (2012, p. 87) afirma que aqueles que não sentem raiva com coisas que deveriam provocar sua ira são tolos e insensíveis, tanto quanto aqueles que sentem raiva de maneira equivocada, em momento não apropriado e com as pessoas erradas, embora reconheça que não é fácil definir o ponto onde termina a raiva justa da raiva injusta.

Discussões éticas e morais – como as decorrentes do que é justo ou não é justo – não estão dissociadas do avanço da Neurociência, que empreende busca pelas áreas cerebrais e suas correlações com a tomada de decisões morais, o que abrange o fator emocional.

No tocante a decisões morais, Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez (2008, p. 187) assinalam que há dois conjuntos de estruturas cerebrais em competição: as velhas regiões emocionais e as novas regiões racionais. Ponderam que experimentos da Neurociência cognitiva indicam que não estamos diante de dois juízos reciprocamente excludentes, mas diferentes e que ativam áreas cerebrais distintas, conforme circunstâncias e aspectos pessoais do agente.

Citando Casebeer aduzem que é possível associar determinadas áreas cerebrais às três principais filosofias morais do ocidente: o Utilitarismo de Stuart Mill, a Deontologia de Kant e a Teoria da Virtude de Aristóteles, que propõe cultivar as virtudes em vez dos vícios. E concluem: “(...) Assim como poderíamos dizer (...) que estes três enfoques situam-se em diversas zonas: frontal (Kant); pré-frontal, límbica e sensorial (Mill); a ação corretamente coordenada de todo cérebro (Aristóteles)” (Fernandez; Fernandez, 2008, p. 187).

Ou seja, temos um cérebro equipado para executar e expressar as múltiplas visões das principais filosofias morais mediadas pela razão e pela emoção.

Para além de discussões filosóficas e éticas, a percepção cultural sobre a raiva e suas consequências afeta comportamentos individuais e o grau de tolerância que as sociedades adotam em relação a atitudes raivosas. No denso e volumoso livro *Os anjos bons da nossa natureza: por que a violência diminuiu*, o prestigiado psicólogo e linguista canadense Steven Pinker mostra como a tolerância à raiva e as demonstrações de força e violência foram perdendo espaço no curso dos anos.

Pinker (2017, p. 53) dá como exemplo um incidente ocorrido em 1950, quando o presidente norte-americano Harry Truman, em evidente surto de raiva, ameaçou – via carta com timbre oficial da Casa Branca – agredir um jornalista, pois este tinha escrito uma crítica pesada publicada no Washington Post sobre a atuação da filha do presidente, então aspirante à cantora. O referido autor noticia que, na época, Truman foi admirado por seu “cavalheirismo paterno”, mas assinala que isso ficou no passado, que houve uma mudança cultural e, no geral, há maior intolerância a exibições de raiva e força e que, atualmente, posturas como a de Truman seriam consideradas sinal de grosseria, sintoma de um distúrbio do controle dos impulsos e indicaria uma prescrição de controle da raiva.

Entendo que a raiva deva ser estudada dentro de um contexto maior que é o fenômeno emocional. A raiva faz parte de um amplo rol de emoções e sentimentos que compõem a riqueza da experiência humana. Em verdade, não há experiência humana destituída de emoção. Somos seres emocionais e essa condição nos impõe aprendermos a nos relacionar com as emoções, nossas e dos outros. Essa nossa relação com as emoções perpassa múltiplas

dimensões, porém a mais em voga foca na decisão sobre controlar ou não controlar as emoções.

Antônio Damásio (2015, p. 56) fala em onipresença da emoção. Aduz que essa onipresença afeta nossa experiência cotidiana, o que abrange recompensa e punição, prazer e dor, aproximação e afastamento, vantagem ou desvantagem pessoal e, inevitavelmente, bem (no sentido de sobrevivência) e mal (no sentido de morte). Fala sobre “tirania onipresente da emoção” e sobre o esforço de controle por meio da razão. Quando esse esforço se torna coletivo, transforma-se em um aspecto cultural, que se expressa mediante um padrão geral de comportamento. Foi o que aconteceu aos poucos na cultura ocidental e seu esforço de controle da raiva.

Na medida em que a tolerância à raiva diminuiu e que a visão estoica da raiva como algo prejudicial se consolidou, houve também uma resposta cultural no sentido de se evitar essa emoção. O historiador e escritor israelense Yuval Harari (2014, p. 474) anota que:

A maioria das pessoas se identifica, de maneira errônea, com suas sensações, pensamentos, gostos e desgostos. Quando sentem raiva, pensam: “Eu estou com raiva. Esta é minha raiva”. Em consequência, passam a vida evitando certos tipos de sensação e almejando outros. Elas nunca percebem que não são suas sensações e que a busca incessante por determinadas sensações só as aprisiona ao sofrimento.

Yuval Harari (2014, p. 474) pondera que esse esforço, por se livrar de certas sensações e emoções ou buscar outras supostamente melhores, só gera mais sofrimento. Baseando-se na tradição Budista de meditação, explica-se que a verdadeira libertação do sofrimento não acontecerá evitando-se a raiva e outras emoções, mas compreendendo sua natureza transitória, impermanente. Na linha do que ensinou Buda sobre a felicidade, esclarece-se que esta não depende de condições externas ou de sensações interiores.

No livro *A virtude da raiva*, Arun Gandhi (2018, p. 12), neto de Mahatma Gandhi, explica que o avô confessou que sentia raiva o tempo todo. Contudo, ensinou-lhe que era imprescindível aprender a utilizar a raiva como combustível motivador de ações transformadoras. Gandhi teria dito: “A raiva é uma energia que nos impele a definir o que é justo e o que não é”.

Veremos mais à frente que Mahatma Gandhi não deixou que a raiva que sentida fosse um obstáculo à cooperação dentro de muitas negociações que participou, assim como também sustentou comportamentos não cooperativos como expressão da sua filosofia de não violência.¹⁴

¹⁴ A rigor, o que definia a cooperação ou não cooperação de Gandhi era o firme propósito de romper com uma cultura violenta de exclusão, na qual apenas os colonizadores ganhavam.

E aqui convém refletir, a partir do princípio jurídico da colaboração, sobre a relação direta entre raiva e cooperação. A raiva pode ser um entrave comportamental para a aplicação plena do princípio da cooperação,¹⁵ pilar axiológico do CPC/2015 e aplicado subsidiariamente e supletivamente ao processo administrativo e às modalidades de solução de conflito?

Steven Pinker (2017, p. 124) noticia que uma das grandes descobertas da Psicologia Positiva é que a cooperação humana e as emoções sociais foram selecionadas no processo evolutivo da espécie porque permitem às pessoas que prosperem em jogos de soma positiva. Jogos de soma positiva são aqueles em que os agentes têm escolhas que podem melhorar a situação dos dois jogadores ao mesmo tempo. Dentre as emoções sociais que facilitam esse fenômeno, Pinker destaca: a compaixão, a confiança, a gratidão, a culpa e, também, a raiva.

Raiva e cooperação são temas entrelaçados. A raiva não é um impedimento à cooperação. Pode mesmo suscitar questões centrais que precisem de maior esforço relacional e cooperativo. Assim como também pode se tornar um entrave. Pode, ainda, emergir como reação emocional a partir de uma manipulação da boa vontade cooperativa, quando uma das partes se aproveita indevidamente da boa vontade da outra.

Sobre isso, Pinker (2007, p 532) pondera que comportamentos cooperativos entre amigos e pessoas com interesses comuns é fácil entender. A dificuldade surge onde há interesses divergentes e quando o comportamento cooperativo de um pode ser explorado pelo outro em benefício próprio.

Cada vez mais autores defendem que a cooperação é o problema central da existência social (Greene, 2018, p. 410). Não é sem razão que o Direito tem se ocupado em estudar e incentivar a cooperação. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, como inovação cardeal ao sistema jurídico pátrio, o princípio da cooperação, inserto no seu art. 6º.¹⁶

É nessa toada que Erik Navarro Wolkart (2020, p. 231), em seu brilhante livro *Análise Econômica do Direito*, ensina que na odisséia evolutiva de nossa espécie, a cooperação nos conferiu vantagens competitivas em relação a outras espécies e conclui: “paradoxalmente, coopera-se em um nível para competir-se em outro, inclusive entre espécies ou entre grupos da mesma espécie”.

Noutra dicção, a forma como cuidamos da emoção raiva pode ser determinante para estimularmos ou não comportamentos cooperativos ou competitivos e, por consequência, pode ser determinante para os rumos e resultado de uma negociação.

15 A doutrina tem destacado que a finalidade última do princípio da colaboração é viabilizar o processo justo e equilibrado que garanta a construção colaborativa de decisões justas (Marinoni, Mitidiero, Sarlet, 2013, p. 710).

16 Segundo a Lei n. 13.105 (Brasil, 2015): “art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Essas visões opostas sobre a raiva são importantes para não perdermos de vista a complexidade do tema e fugirmos de simplismos reducionistas. Sendo uma das emoções universais e considerando a atestada onipresença das emoções em nossas vidas, nada mais prudente do que refletirmos a partir de uma visão multidisciplinar sobre o impacto da raiva no contexto de um processo de negociação.

5. ASPECTOS COMPORTAMENTAIS DA TOMADA DE DECISÕES

Dentro do processo de negociação, a tomada de decisão é um elemento central. No curso de uma negociação, vários são os momentos decisórios. Pode-se dizer, pois, que o processo negocial abrange a soma de microdecisões e relevantes decisões estratégicas, que começam mesmo antes da instauração oficial da negociação e transpõem os limites temporais e formais da negociação, estendendo-se para a fase pós-negociação.

No centro nevrálgico desse processo, está a tomada de decisões. É um tema fascinante. Há décadas várias áreas do conhecimento tentam especular e investigar o que acontece quando estamos decidindo. No espectro das discussões sobre a tomada de decisões, estão as instigantes teorias e os debates sobre a racionalidade humana.

No Direito, o tema é objeto da teoria da decisão e abrange especulações filosóficas e jurídicas que perpassam subtemas como a hermenêutica.

No âmbito da Psicologia, destaca-se, desde as décadas de 1940-1950, o campo de pesquisa chamado de Julgamento e Tomada de Decisões (JTD). O ponto de partida era testar o modelo de racionalidade da Economia Neoclássica, que propunha um conceito de racionalidade assentado na capacidade de seguir regras matemáticas de estatística, cálculo probalístico e proposições lógicas, dentre outros (Goldstein; Hogarth, 1997, p. 1-65).

Dois eram os focos dos pesquisadores de JTD: o julgamento e a escolha (tomada de decisão). O primeiro busca entender como as pessoas compreendem e avaliam as informações para fazerem suas ilações (julgamentos). O segundo foco estuda a escolha em si, ou seja, a tomada de decisão que define o curso da ação.

Na medida em que as pesquisas avançaram, logo surgiram evidências que infirmavam aspectos importantes da Teoria da Utilidade Esperada e, por conseguinte, o modelo de racionalidade da Economia Neoclássica, que propõe a capacidade racional de maximizar utilidade nas suas decisões. Na prática dos experimentos, foram constatadas sérias dificuldades para se revolver problemas utilizando-se de cálculos estatísticos ou da lógica, por exemplo. Ponderou-se que decisões eram tomadas sob a pressão do tempo, com informações incompletas e em cenários de incerteza, aspectos

desconsiderados pelo modelo anterior, ou seja, o conceito de racionalidade, nos termos então proposto, não se sustentava.

Dentre as consequências dessa constatação, podemos destacar o surgimento de novos conceitos, como o de “racionalidade limitada” proposto por Herbert Simon e, sobretudo, o nascimento na década de 1960 do que se chamou de Economia Comportamental e que reúne uma plêiade de especialistas de diversas áreas, a exemplo de psicólogos, economistas, sociólogos, neurocientistas, juristas etc.

Nesse novo campo de conhecimento, merecem menção as pesquisas conduzidas por Daniel Kahneman e Amos Tversky (2012, p. 127), algumas das quais, mais tarde, foram encartadas no famoso livro *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, que trata da teoria do duplo processo, baseada no programa de heurísticas e vieses. Heurísticas são atalhos mentais. Segundo Kahneman é “(...) um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”. Vieses são erros comuns no processo mental e predisposições que afetam a crença das pessoas e o entendimento do mundo (Magalhães, 2020, p. 52-53).

Por trás desses conceitos, está uma formulação inovadora: a de que o raciocínio opera com dois sistemas complementares, porém diferentes. O primeiro sistema é o rápido, automático, intuitivo. É esse o sistema predominante na tomada de decisões. Já o sistema dois é devagar, consciente e racional. Esse é o sistema mais próximo do modelo de racionalidade da Economia Neoclássica. Trata-se de uma teoria poderosamente inovadora, que traz à tona dinâmicas inconscientes da racionalidade.

O supracitado livro *Rápido e Devagar: duas formas de pensar* é dedicado para demonstrar o funcionamento do sistema 1 (rápido), cujo fluxo é dinamizado por vieses e heurísticas. O sucesso desse livro apenas reflete o sucesso da Teoria do Duplo Processo, que se expandiu para várias áreas e ainda hoje ocupa local de destaque nas ciências comportamentais, nomeadamente na Economia Comportamental.

Há bons motivos para o sucesso dessa teoria. O primeiro deles é ter mostrado evidências que o modelo de racionalidade da Teoria da Utilidade Esperada da Economia Neoclássica não era suficiente para explicar a racionalidade. O segundo é apresentar o modelo de uma racionalidade baseado em dinâmicas de uma mente inconsciente. E o terceiro é que se trata de um modelo aplicável em várias áreas e passível de verificação.

Ricardo Lins Horta (2019, p. 90) sustenta que, nas últimas décadas, a compreensão da mente inconsciente – aquela que não está diretamente acessível a monitoramento e controle – passou a ser um dos problemas cardeais da Psicologia. Esclarece que um dos problemas metodológicos dos estudos dos processos inconscientes que influenciam a tomada de decisão é que eles operam fora do alcance do radar consciente.

Pondera, ainda, que a linha behaviorista de psicologia experimental refutava o uso da introspecção como método de pesquisa e defendia, como método substituto, a observação do comportamento. Explica que, com o surgimento da Psicologia Cognitiva nos anos 60, houve uma mudança importante de conceito de pensamento. Este deixa de ser percebido como um fluxo de consciência e passa a ser descrito em termos de processamento de informações na mente.

De tudo quanto anteriormente dito, atualmente, pode-se afirmar que o fator emoção é considerado um elemento essencial dentro do processo decisório. Muitas vezes, a experiência emocional faz parte do mecanismo inconsciente que alimenta heurísticas e vieses e inclina a pessoa a certa tomada de decisão.

André Bueno da Silveira (Silveira, 2022, p. 112) dá como exemplo a heurística do afeto na tomada de decisão. Explica que é comum à cognição se utilizar de uma resposta a uma pergunta fácil (“Como me sinto sobre isso?”) para também responder a uma pergunta muito mais difícil (“O que penso sobre isso?”).

Em um contexto de conflito, em que as emoções estão fortemente presentes, é de se esperar que esse fator emocional influencie a tomada de decisões e, por conseguinte, os rumos da negociação.

6. O IMPACTO DA RAIVA NA NEGOCIAÇÃO

Já vimos que a raiva é uma emoção universal e que tem como função evolutiva nos preparar para responder a ameaças. Também pudemos constatar que a raiva tem aspectos positivos e negativos e que, sendo uma emoção poderosa, ela influencia a tomada de decisão e está diretamente associada com um dos elementos centrais do processo de negociação e do Direito atual: a colaboração.

Essa influência quase sempre é subestimada, sobretudo em conflitos complexos, que, muitas vezes, migram para a mesa de negociação, conciliação ou mediação com um plexo de emoções em ebulição, notadamente a raiva. Em 2019, por exemplo, três anos após o desastre de Mariana, uma equipe de reportagem da Folha de São Paulo, que esteve nos municípios atingidos, atestou que os moradores sentiam medo e raiva (Barbon; Carazzai, 2019, p. 2).

Em 2019, uma pesquisa realizada pela AP/Exata se valeu de um sistema de análise de sentimentos criado pela Universidade do Minho, em Portugal, que utilizou tecnologia baseada em redes neurais artificiais e em *machine learning* para leitura e análise de dados colhidos on-line sobre os efeitos do desastre de Brumadinho em usuários de redes sociais. A pesquisa atestou que as emoções mais presentes em decorrência do referido desastre são: raiva, tristeza e medo. Ou seja, conflitos complexos e de grande escala

hospedam raiva, seja na opinião pública, seja entre as partes, os interessados e os negociadores.

Arun Gandhi (2018, p. 20) relata história de uma greve dos trabalhadores da South African Railways – empresa responsável pelas ferrovias da África do Sul. Eles reivindicavam melhores condições de trabalho. Arun ressalta que os trabalhadores estavam com muita raiva. O clima pesado foi ao ápice com o uso desproporcional da força pela polícia, que esmagou a greve. Depois de quatro dias, os trabalhadores voltaram ao trabalho, ainda com raiva, mas sem nenhuma conquista.

Logo em seguida desse episódio, Mahatma Gandhi lançou uma campanha contra a discriminação. “Ele estabeleceu um tom de protesto silencioso, sem raiva”, explicou Arun (2018, p. 19). Quando os policiais chegaram para prendê-lo, ele e seus seguidores se entregaram calmamente. Nas duas semanas que se seguiram, centenas de seguidores fizeram o mesmo até as cadeias não terem mais vagas. O primeiro-ministro general Jan C. Smuts chamou Gandhi para negociar um acordo e confessou: “vocês são sempre tão respeitosos, amáveis e atenciosos que é difícil reprimi-los com violência. Foi muito mais fácil atacar os grevistas cheios de raiva”.

Arun Gandhi (2018 p. 20) conclui:

Manter a calma diante da raiva nem sempre é fácil, mas, quando você experimenta essa estratégia e vê os resultados, passa a acreditar nela. Você não precisa esperar por um grande acontecimento ou protesto para isso. Trata-se de um método que pode ser aplicado diariamente com pessoas mais próximas. À medida que aumentamos nossa habilidade de canalizar a raiva, vamos vendo a mudança nas pessoas ao nosso redor. Ninguém quer ser maltratado. Todo mundo prefere ser compreendido e valorizado. É muito importante permitir que a raiva nos motive a corrigir as injustiças, mas apenas quando o verdadeiro objetivo é buscar uma solução, não simplesmente provar que estamos certos.

No cotidiano do mundo jurídico, a raiva aqui e ali subscreve comportamentos hostis e explosivos, como já se viu mais de uma vez, por exemplo, na mais alta Corte do país. No artigo *O Supremo e a raiva*, o professor de Direito Constitucional Joaquim Falcão (2017, p. 1), diante de mais um dos muitos acalorados debates no plenário da Corte, reporta-se ao Ministro Luís Roberto Barroso que levantou a seguinte questão: até que ponto o comportamento pessoal de um ministro influencia ou determina seu voto?

Na sequência, o articulista – ancorado em contribuições da economia comportamental – destaca os aspectos psicológicos da tomada de decisões, com ênfase para a poderosa influência de dinâmicas irracionais nas nossas escolhas.

Toma como exemplo as sessões acaloradas do Supremo Tribunal Federal (STF) e vaticina: “(...) todos percebem raivas embutidas ou explicitadas. A personalidade, o caráter, os olhares, as emoções, tudo transmite, a linguagem do corpo, as hesitações, as ofensas, a sinceridade, a crença no que estão defendendo, tudo é mensagem” (Falcão, 2017, p. 2).

Assinala, ainda, que existe um sentimento universal de justiça ligado a valores como a cordialidade, o respeito ao próximo, o tratamento civilizado e pondera que “(...) votos, decisões, discursos cheios de insinuações, subterfúgios, fora da pauta, efeitos colaterais, raiva, cada dia mais colaboram menos para o estado democrático de direito. São desagradáveis” (Falcão, 2017, p. 3).

Para além da agradabilidade de um embate raivoso, não se pode perder de vista que a raiva pode ser o vetor de efeitos jurídicos bem concretos e sérios em vários campos do Direito. Varia desde a possibilidade de ter a palavra cassada, pode recrudescer estratégias adversariais com violação dos deveres de colaboração,¹⁷ macular a boa-fé subjetiva e objetiva, ensejar posturas que motivem uma condenação por litigância de má-fé, pode servir como discussão de fundo na tese de forte emoção no caso de cometimento de crimes e, ainda, ser o argumento que sustenta a grave arguição de vício de consentimento que pode anular um negócio jurídico. Portanto, ignorar, subestimar ou negar a relevância da raiva é um erro que pode custar caro.

Há ainda um outro problema. O próprio profissional – advogado, juiz, promotor, mediador ou negociador – pode utilizar-se da raiva como estratégia de negociação, o que é um complicador, sobretudo quando o negociador se vale do modelo de negociação ganha-perde por via de barganhas e a negociação ocorre em contextos turbulentos.

No excelente livro *Guerra contra a paz*, o autor Ronan Farrow (2019, p. 56) descreve Richard Holbrooke, um dos hábeis negociadores do Foreign Service, órgão responsável pela diplomacia americana. Segundo o autor, Holbrooke combinava percepção aguçada, calma, simpatia e lendárias explosões temperamentais, que faziam parte de sua tática de negociação e conclui: “(...) uma mistura de jogo de xadrez e montanismo lisonja, ameaça, sedução e intimidação eram seus meios de convencimento”.

A descrição anteriormente retrata, em boa medida, a presença e importância do fator emocional no xadrez da negociação. Trata-se de um elemento presente, de forma natural e espontânea, como também sendo parte das ferramentas estratégicas de negociadores experientes. Disso, a questão que surge é saber se a raiva é uma boa estratégia de negociação. O artigo *The*

17 Escrevendo sobre a mediação linear (Escola de Harvard de negociação) e sobre os efeitos das emoções, Eva Jonathan e Samantha Pelajo (2021, p. 192) destacam que “as fortes emoções negativas requerem cuidados, pois tendem a estreitar a atenção, impedir o pensamento claro e criativo, e levar a pessoa a agir intempestivamente. Tais emoções sinalizam que alguma preocupação básica não foi atendida, sendo necessário pesquisar o que está em jogo”.

influence of anger and compassion on negotiation performance demonstra alguns dos efeitos da compaixão e da raiva nos processos e resultados de negociação.

Um dos efeitos da raiva cai sobre as relações entre os negociadores. Os que sentem mais raiva e menos compaixão tinham menos vontade de trabalhar colaborativamente¹⁸ com os outros negociadores no futuro, o que não acontecia com negociadores menos raivosos e mais compassivos. O outro efeito recai sobre o resultado do processo de negociação. Negociadores mais raivosos não reivindicavam mais valor para si mesmos e conseguiram menos ganhos conjuntos. Ou seja, a pesquisa traz indícios de que negociadores raivosos desgastam suas relações interpessoais, o processo de negociação e não conseguem mais ganhos conjuntos (Allred; Mallozzi; Matsui; Raia, 1997, p. 3). Bianca Bez (2021, p. 176), citando Roger Fisher, dá como exemplo um surto de raiva que impede que o interlocutor conclua uma proposta viável de acordo, que depois resta prejudicada.

Ademais, um negociador que use a estratégia de provocar, sucessivamente, raiva no outro para desestabilizá-lo pode desencadear uma cascata de reações emocionais e travar a negociação. Dentre as dificuldades, podemos indicar como exemplo o paradigma da transferência de excitação. É um fenômeno psicológico em que a pessoa tem uma experiência de raiva sem perceber que aconteceu uma excitação anterior, causa indireta e mediata, que foi cumulativa para explosão do evento atual.

Uma situação de estresse anterior gera uma ativação fisiológica. Essa ativação não volta ao normal imediatamente. O corpo permanece com o resíduo dessa ativação da sua fisiologia. Mesmo mudando de contexto e ambiente, essa ativação pode se somar a outro gatilho que provoque uma explosão de raiva, por exemplo.

Do ponto de vista da Neurociência, provocar raiva no outro tem o potencial de afetar a capacidade do outro de pensar racionalmente na medida em que a raiva se intensifique. Mas isso que, no primeiro momento, pode parecer bom, também pode mover o outro negociador para uma postura reativa, com a capacidade de escuta, de diálogo e de colaboração comprometida, o que afeta a própria dinâmica da negociação.

Então, como lidar com a raiva presente na negociação? Antes de falar de técnicas, abordagens e estratégias para lidar com a experiência de raiva, precisamos entender os mecanismos que atuam na manifestação das emoções e o que eles representam dentro de uma negociação.

Quando se fala em experiência emocional – ou no caso específico, experiência da raiva – está se falando de como essa emoção se expressa através

18 Sobre a disposição de trabalhar colaborativamente, Antonio do Passo Cabral (2016, p. 192) assinala que a colaboração cria um círculo virtuoso de cooperação espontânea que favorece interações negociadas, tais como as convenções processuais, que, no seu entender, são a “mais perfeita expressão do modelo cooperativo de processo”. E pondera que o CPC/2015 traceja a cooperação para além da atividade judicante, mas também das partes entre si.

de etapas. Entender os elementos e as etapas nos permite compreender sua dinâmica e pensar em estratégias de intervenção. Edson Soares da Silva (2014, p. 31) explica o modelo da experiência das emoções de K. R. Scherer. O modelo se estrutura no processamento de cinco componentes que interagem durante um curto intervalo de tempo para que haja a experiência da emoção. São eles a avaliação cognitiva, os sintomas corpóreos, as tendências de ação (elemento motivacional), as expressões (faciais e vocais) e, por fim, os sentimentos.

O modelo de experiência emocional de Scherer oferta uma estrutura panorâmica do processamento da experiência emocional e, a partir dele, é possível perceber alguns aspectos importantes. A avaliação cognitiva, por meio da aferição e do julgamento, alimenta o sentimento, que é a percepção subjetiva da experiência emocional. A partir desses dois elementos, estimula-se a tendência de ação, que, por sua vez, influencia o comportamento. Keila Tamar Klein Alvarenga (2012, p. 36) traduz o elemento tendência de ação como “o desejo de executar uma determinada forma de ação ou abster-se de uma ação específica (...)”. Vaticina que é nesse momento da experiência emocional que ocorre a regulação dos impulsos emocionais.

No caso da raiva – cuja função evolutiva está ligada à reação em face de uma ameaça, real ou imaginária –, há necessidade de se cuidar da avaliação cognitiva e do sentimento para que se possa influenciar a tendência de ação e, por sua vez, o comportamento.

Noutras palavras, deve-se acolher os sentimentos e a avaliação da pessoa com raiva. O acolhimento – que não significa concordância ou submissão, mas aceitação do momento do outro – desarma aquilo que ela percebe como uma ameaça. Assim, evita-se a reação automática de fuga, paralisia ou luta. Após o acolhimento e a neutralização ou mitigação da reação automática, pode-se aplicar técnicas e estratégias para mover o foco emocional para o universo dos sentimentos conscientes e, nesse campo, criar condições de diálogo e colaboração.

Contudo, isso não acontece como uma mágica. A raiva, como já dito alhures, é uma emoção poderosa que nos acompanhou por milhares de anos como um fator importante na evolução da espécie. Uma pessoa com raiva experimenta várias sensações, uma delas é o que a Neurociência chama de desconforto cognitivo, estado geralmente associado à tensão e à percepção, consciente ou inconsciente, de alguma ameaça. Na concretude da prática, o estado de conforto ou desconforto cognitivo afeta, peremptoriamente, a forma como percebemos e nos comportamos em uma relação, inclusive a negocial.

Daniel Kahnemam (2012, p. 79) explica a diferença entre conforto e desconforto cognitivo. Esclarece que, no estado de conforto cognitivo,

provavelmente a pessoa se sinta segura em uma situação que lhe pareça familiar, esteja de bom humor, goste do que vê, acredite naquilo que está escutando e confie nas suas intuições. Já no desconforto cognitivo, a pessoa se sente tensa, com maior probabilidade de se mostrar vigilante e desconfiada, concentra esforço para cometer menos erros e, com isso, tende a tornar-se menos intuitiva e menos criativa.

O desconforto cognitivo pode gerar um comportamento específico chamado de evitação. Esse é um comportamento comum na experiência emocional de valência negativa. Nas ciências comportamentais, avalia-se certas emoções como positivas ou negativas. Isso é chamado de valência emocional. Essa pode ser abordada por dois sistemas motivacionais: um aversivo, relacionado a emoções negativas e outro aproximativo, atinente a emoções positivas. No sistema aversivo, estímulos geram afeto negativo e comportamento de afastamento da fonte geradora do estímulo. Já no sistema aproximativo, estímulos geram afeto positivo e, por conseguinte, induz comportamento de aproximação da fonte de estímulo (Bramati; Magalhães; Miranda; Moll; Souza; Veras, 2001, p. 42).

Esse quadro pode piorar quando, além de desconforto cognitivo e evitação, há também um quadro de incerteza ou de perigo de perdas em potencial, que cria o que os estudiosos das ciências comportamentais chamam de aversão ao risco.

Por tudo quanto dito, é imprescindível que o negociador, mediador ou conciliador saiba desarmar as bombas emocionais. Mas dificilmente conseguirá êxito duradouro e efetivo apenas com boa vontade e paciência. É preciso saber usar estratégias e técnicas. Dentre as estratégias, uma das mais importantes é o uso de reuniões preparatórias e unilaterais, obviamente com o cuidado de garantir igual oportunidade para todos envolvidos no conflito e na negociação.

Essa é, por exemplo, uma das estratégias adotadas pela Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF), órgão que faz parte da estrutura da Advocacia-Geral da União (AGU), pioneira e destaque em negociações em mediações e conciliações em todo país.

A proposta das reuniões preliminares preparatórias é a escuta de uma das partes do conflito. Antes de enfrentar a negociação propriamente dita, é importante compreender as nuances do conflito, inclusive na sua dimensão emocional, permitindo que as partes deem vazão às suas emoções, inclusive à eventual raiva, que é acolhida e redirecionada para os interesses em jogo.

A estratégia de acolhimento mediante escuta é também a utilizada pelo Federal Bureau of Investigation (FBI). Esse Departamento Federal norte-americano passou a utilizar o que chama de empatia tática como diretriz de suas negociações e a viabiliza por meio de uma escuta cuidadosa, que abarca várias técnicas.

Essa estratégia do FBI foi adotada após o resultado trágico de negociações com criminosos. Criss Voss e Tahl Raz (2019, p. 20) explicam que, a partir da década de 1990, uma profunda reformulação de abordagem foi feita para enfrentar negociações tensas, impactadas por fortes emoções como a raiva. Foi nesse contexto que o FBI partiu do pressuposto que a abordagem negociada deveria focar em acalmar as pessoas, estabelecer uma relação empática e de confiança. Os autores assinalam que a premissa dessa abordagem é que todos desejam ser compreendidos, aceitos e que escutar é a melhor e mais eficaz técnica a ser utilizada.

Na sequência, Voss e Raz lecionam, com fundamento em pesquisas, que, quando os indivíduos se sentem escutados, tendem a escutar a si próprios com mais atenção, adotam posturas mentais e emocionais mais abertas, ficam menos na defensiva e mais dispostos a considerar outros pontos de vista, o que os torna mais calmos. Esse é, em síntese, o objetivo da empatia tática.

Para além disso, é imprescindível cuidar da linguagem. Esse não é um detalhe qualquer. É um ponto nevrálgico, essencial. Palavras inoportunas e construções frasais inadequadas podem não só travar a negociação, como sabotá-la inconscientemente.

Marshall Rosenberg (2019, p. 25-26), psicólogo criador da Comunicação Não Violenta (CNV), aduz que a raiva nos desvia e nos desconecta das nossas necessidades não atendidas e nos faz focar no erro dos outros por meio da dinâmica culpa-punição.

Rosenberg (2019, p. 141) argumenta que, diante de hostilidades, é imprescindível criar empatia com medos e necessidades insatisfeitas que alimentam agressões. Esclarece que “(...) quando as pessoas se conectam com suas necessidades, elas não sentem aquela raiva que faz com que desejem punir os outros”. Por isso, defende o uso da CNV, inclusive em negociações, para conectar as pessoas às suas necessidades por meio de uma linguagem adequada ao conflito.

Daniel Kahneman (2012, p. 376) explica que a evolução nos dotou de um cérebro projetado para ficar atento a notícias ruins. Leciona que ameaças nos deixam mais alertas que oportunidades. Esclarece que palavras ruins e emocionalmente carregadas como guerra e crime chamam mais atenção do que palavras felizes como paz e amor. Destaca que, mesmo que não haja uma ameaça real, o mero lembrete de um evento ruim é tratado pelo sistema cognitivo 1 – mais automático, intuitivo e rápido – como algo ameaçador.

Mas a linguagem não se resume a sua expressão oral ou escrita. Há todo um universo de linguagem corporal que precisa ser decodificado. Noutro ângulo, a leitura de sinais não verbais é essencial. Vimos que a raiva é uma das emoções que mais deixa registros corporais. Uma leitura

precisa da linguagem, verbal e não verbal, pode evitar que a experiência da raiva evolua. Daniel Goleman (1998, p. 75) ressalta que a cronologia conta. Argumenta que quanto mais cedo ocorrer uma intervenção no ciclo da raiva, mais efetiva essa intervenção será e a raiva pode até ser completamente interrompida “(..) se a informação que visa esvaziá-la vier antes que se dê vazão a ela”.

Ou seja, para desarmar bombas emocionais, os negociadores, mediadores e conciliadores precisam se qualificar para identificar sinais, verbais e não verbais, de pessoas irritadas, tensas e ressentidas, prestes a surtar de raiva ou já em sequestro emocional.

A Neurociência demonstra, por exemplo, que a raiva é rapidamente percebida. Daniel Kahneman (2012, p. 375) assinala que rostos raivosos são processados pelo cérebro de forma mais rápida e eficiente do que rostos felizes. Notícia que pesquisas indicam que um rosto raivoso é percebido no meio de uma multidão de rostos felizes, mas um único rosto feliz não se destaca em meio a rostos raivosos.

Para criar uma profícua abordagem dialógica, que incorpore escuta e linguagem adequadas, faz-se necessário compreender a relação entre as emoções e os interesses. No clássico livro *Como chegar ao sim* (2018) de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, os autores explicam que, numa negociação, muitas emoções estão associadas a um conjunto básico de cinco interesses, quais sejam: autonomia, apreciação, afiliação, papel e status.

Os autores (Fisher; Patton; Ury, 2018, p. 53) concluem que cuidar desses interesses (desejos) cria um clima positivo de afinidade. Por outro lado, negligenciar esses interesses costuma desencadear fortes emoções negativas. Negociações se baseiam em relações. Não há relação humana infensa à onipresença das emoções. Descuidar dos interesses que estão associados ao clima emocional da negociação é uma péssima estratégia.

Ponderam que é importante permitir que o outro lado desabafe. Explicam que as pessoas sentem um grande alívio psicológico quando desabafam e encontram pessoas que escutam atentamente suas queixas. Defendem que, mesmo diante de ataques, por vezes, a melhor estratégia é escutar em silêncio, sem reagir e, inclusive, estimular que o outro lado prossiga até o fim, esvaziando a panela de pressão e evitando outros surtos de exasperação no futuro.

Relatam (2018, p. 54-55) que, na década de 1950, adotaram, no âmbito do Comitê de Relações Humanas, uma técnica diferente, que se mostrou eficaz para conter o impacto das emoções na negociação. Os membros do comitê criaram a regra de que apenas uma pessoa por vez podia ficar com raiva. A técnica ajudava uma pessoa a desabafar e as demais a aprender a escutar e regular suas próprias emoções.

Na sequência, os autores (2018, p. 60) falam que, às vezes, o problema não é a falta de comunicação, mas o excesso e concluem “quando há muita raiva e as partes não conseguem se entender, é melhor não verbalizar certos pensamentos. Em outras ocasiões, revelar que você é muito flexível pode dificultar em vez de facilitar um acordo”.

Ou seja, vê-se que há muitas estratégias, abordagens e técnicas que podem ser utilizadas para lidar com a emoção raiva. É possível viabilizar que a experiência emocional decorrente de um momento de raiva seja acolhida e direcionada de forma que a emoção não se transforme em entrave para negociação e seja, ao reverso, vetor de atitudes cooperativas.

Não se deve esquecer, por outro lado, que a raiva pode motivar consequências jurídicas graves em vários campos do Direito, inclusive ser o argumento de fundo que sustente tese de eventual coação ou forte emoção para arguição de vício de consentimento que pode anular o resultado de toda uma negociação.

Nesse sentir, calha à fiveleta a lição do filósofo Confúcio: “se você estiver com raiva, pense nas consequências”. Portanto, ignorar, subestimar ou negar a relevância da raiva é um erro que pode custar caro.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o presente estudo teve o cuidado de não tratar o tema com simplismos. Cada vez mais, acumulam-se estudos e pesquisas sobre as emoções em vários campos do conhecimento, como na psicologia e na neurociência. Contudo, estudos específicos sobre a raiva e seu impacto dentro de um processo de negociação são mais escassos. Para além disso, este estudo se propôs a demonstrar a complexidade do tema e como a raiva – enquanto emoção primária universal – tem potencial destrutivo, mas também transformador.

O estudo demonstrou que a tolerância cultural à raiva diminuiu, mas que isso não representou um avanço no autocuidado. Constatou-se, por outro lado, que raiva e cooperação são temas entrelaçados e que essa emoção não é um impedimento à cooperação, podendo mesmo suscitar questões centrais que precisem de maior esforço relacional e cooperativo, aspectos fundamentais para negociações.

Vimos que, atualmente, a Neurociência reconhece o poder das emoções na tomada de decisões e que expressiva parte de nossas decisões não se adequam ao modelo de racionalidade clássica, pois são influenciadas por vieses, heurísticas e por emoções como a raiva. Mostrou-se, ainda, que a raiva é um fator ordinariamente presente em conflitos complexos e pode ser fator determinante para provocar efeitos jurídicos sérios que vão desde a litigância de má-fé até o vício de consentimento.

Por fim, o estudo demonstrou que é possível cuidar da emoção raiva na negociação a partir de múltiplas estratégias, abordagens e técnicas e que negligenciar esse cuidado não é a melhor escolha.

REFERÊNCIAS

ALLRED, Keith; MALLOZZI, John; MATSUI, Fusako; RAI, Christopher. The influence of anger and compassion on negotiation performance. *Organizational Behavior And Human Decision Processes*, v. 70, n. 3, p. 175-187, junho, 1997.

ALVARENGA, Tamar Klein. *A Interferência da emoção na tomada de decisão de risco: um estudo experimental*. (Dissertação) - Universidade Presbiteriana Mackenzie (Centro de Ciências Sociais e Aplicadas), São Paulo, 2012, p. 84.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 86-87.

BARBON, Júlia; CARAZZAI, Estelita Hass. *Sobreviventes de Mariana revivem tragédia e relatam raiva e medo após Brumadinho*. Disponível em: Sobreviventes de Mariana revivem tragédia e relatam raiva e medo após Brumadinho – 1º/03/2022 - Cotidiano - Folha (uol.com.br). Acesso em: 1º mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

BEZ, Bianca. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?* 2. ed. São Paulo: Juspodvm, 2021, p. 176.

BRAMATI, Ivanei E; MAGALHÃES, Álvaro C; MIRANDA, Janaína M; MOLL, Jorge; SOUZA, Ricardo de Oliveira; VERAS, Raissa P. Efeitos distintos da valência emocional positiva e negativa na ativação cerebral. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, n. 23, p.42-46, Supl. I, maio 2001.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2021. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13105.htm. Acesso em: 9 set. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 192.

DAMÁSIO, António. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 56.

FALCÃO, Joaquim. *O Supremo e a raiva*. [S.I.]: [s.n.]: 2017, p. 1-3. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-e-a-raiva-31102017>. Acesso em: 3 mar. 2022.

FARROW, Ronan. *Guerra contra a paz*. São Paulo: Todavia, 2019, p. 56.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Neuroética, Direito e Neurociência: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 187.

FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 53, 54-55, 60.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A Emocionalidade em áreas jurídicas específicas. In: BIZZI, Idete Zimerman; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 4. ed. Campinas, SP: Millennium editora, 2018, p. 165-182.

GANDHI, Arun. *A virtude da raiva: e outras lições espirituais do meu avô Mahatma Gandhi*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 12, 19 e 20.

GREENE, Joshua. *Tribos Morais: tragédia da moralidade do senso comum*. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 410.

GOLDSTEIN, William M.; HOGARTH, Robin M. *Judgement and decision research: Some historical context. Research on Judgment and Decision Making. Currents, Connections, and Controversies*. [S.I.]: [s.n.], 1997, p. 1-65.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional: a teoria revolucionária que define o que é ser inteligente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, p. 14, 74-75.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 474.

HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 84-122, 2019.

HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 35.

JONATHAN, Eva; PELAJO, Samantha. Diferentes modelos: mediação linear (Harvard). In: ALMEIDA, Tania; JONATHAN, Eva; PELAJO, Samantha

(org.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPodivm, 2021. p.187-199.

MAGALHÃES, Márcia Mara Frota. A mitigação do princípio do contraditório frente aos vieses cognitivos. In: MARDEN, Carlos; MARTINS, Gabriela (orgs.). *Direito e Neurociência: além das primeiras impressões*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 51-62.

ESAGU – ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL. *Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard*. Brasília: ESAGU, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2. ed., p. 710, 2013.

MOREIRA, Denis Gleyce Pinto. Populações tradicionais e as mudanças socioambientais do antropoceno: resistência, resiliência ou ruptura. In: BASTOS, Elísio Augusto Velloso, FONSECA, Luciana Costa da; CICHOSKI, Patrícia Blagitz (orgs). *Direitos Humanos na Amazônia*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 439-472, v. 1.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 68.

NOJIRI, Sérgio. *O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019.

PINKER, Steven. *Os anjos bons da nossa natureza: por que a violência diminuiu*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 53 e 124.

_____. *The Stuff of Thought: Language as a Window Into Human Nature*. New York: Penguin, 2007, p. 532.

KAHNEMAM, Daniel; TVERSKY, Amos. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 79, 375.

RAZ, Tahl; VOSS, Chris. *Negocie como se sua vida dependesse disso: um ex-agente do FBI revela as técnicas da agência para convencer as pessoas*. Rio de Janeiro: Sextante, 2019, p. 20.

ROSENBERG, Marshall. *O surpreendente propósito da raiva*. São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 25-26.

_____. *A linguagem da paz em um mundo de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 141.

SÊNECA. *Sobre a ira*. São Paulo: Montecristo, 2018, p. 11, 12 e 14.

SILVA, Edson Soares de. *A dinâmica da raiva e suas implicações para o instituto penal da “violenta emoção” (dissertação)*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014, p. 137.

SILVEIRA, André Bueno da. *Análise Econômica do Direito e teoria dos jogos: consequentialismo nas decisões judiciais e na nova interpretação das consequências*. São Paulo: Juspodvm, 2022, p. 112.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Direito: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a Tragédia da Justiça*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2. ed., p. 231, 2020.

Recebido: 23/02/2023

Aprovado: 06/09/2023

O CUSTO DOS DIREITOS E O HABITAR DIGNO E SEGURO: DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS-RJ

*THE COST OF RIGHTS AND THE DECENT
AND SAFE HOUSING: CHALLENGES TO THE
IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO HOUSING
IN THE MUNICIPALITY OF PETROPOLIS-RJ*

*Denise Mercedes Nunez Nascimento Lopes Salles¹
Maria Aparecida Barboza Prevot²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O município de Petrópolis, desastres ambientais e políticas públicas municipais. 2. O impacto da escassez de recursos na elaboração de políticas habitacionais: a questão dos custos dos

1 Doutora em Ciência Política Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Senso em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Petrópolis (UCP).

2 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Negociação, Mediação e Resolução de Conflitos pelo Instituto de Formação e Certificação de Mediadores Lusófonos em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Especialista em Regulação da Saúde Suplementar pelo Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Sírio Libanês em parceria com a Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito de Empresas pelo Ibmec Business School. Procuradora Federal.

direitos e a cláusula da reserva do possível. 3. Audiências públicas e o mapeamento dos principais desafios identificados para a efetivação do direito à moradia em Petrópolis. Conclusão. Referências.

RESUMO: A cidade de Petrópolis tem sofrido com recorrentes desastres socioambientais que vêm impactando a vida dos seus cidadãos, o modo de habitar e a economia local. O objetivo deste artigo é mapear os desafios para a efetividade do direito ao habitar digno e seguro na cidade, a partir das manifestações de diversos atores sociais participantes de audiências públicas realizadas nos meses de março e abril do ano de 2022 e refletir sobre os desafios à luz da abordagem das limitações de recursos e das teorias dos Custos dos Direitos, de Stephen Holmes e Cass Sunstein e Escolhas Trágicas, de Guido Calabresi e Philip Bobbit. Trata-se de pesquisa empírica qualitativa cuja metodologia baseou-se no mapeamento e na sistematização das percepções dos participantes, colhidas a partir de análise documental de atas e vídeos disponibilizados em meio online e de Relatório Final da Comissão Temporária Externa do Senado Federal. Como resultado das chuvas intensas nos meses de fevereiro e março de 2022, observou-se o registro de mais de 9 mil ocorrências na Defesa Civil Municipal e a interdição de 6.500 imóveis, bem como a manutenção atual de cerca de 3.055 famílias em benefícios de aluguel social e uma estimativa de déficit habitacional de 5,9 milhões de moradias na cidade. A pesquisa revelou muitos desafios à efetivação do direito à moradia no município, dentre os quais destaca-se a necessidade de uma política habitacional adequada à realidade local, com investimentos em equipamentos (infraestrutura, arruamento, postos de saúde, escolas e áreas de lazer, por exemplo), ações para mitigação e prevenção de riscos e programas para o acompanhamento da saúde mental da população, o que atrai a necessidade de reflexão sobre a questão pragmática de recursos financeiros finitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Moradia. Desastres Ambientais. Políticas Públicas. Reserva do Possível. Escolhas Difíceis.

ABSTRACT: The city of Petropolis has been suffering from recurrent socio-environmental disasters that have been impacting the lives of its citizens, the way of living, and the local economy. This article aims to map the challenges to the effectiveness of the right to decent and safe housing in the city, based on the manifestations of various social actors who participated in Public Hearings held in March and April 2022. Additionally, these challenges are approached in light of the approach of resource constraints and the theories of the Costs of Rights, by Stephen Holmes and

Cass Sunstein, and *Tragic Choices*, by Guido Calabresi and Philip Bobbit. This is a qualitative empirical research whose methodology was based on the mapping and systematization of the participants' perceptions, collected from document analysis of minutes and videos made available online and from the Final Report of the Temporary External Committee of the Federal Senate. As a result of the heavy rains in February and March 2022, more than 9,000 occurrences were registered in the Municipal Civil Defense, and 6.500 properties were interdicted, as well as the current maintenance of approximately 3,055 families receiving social rental benefits and an estimated housing deficit of 5.9 million homes in the city. The research revealed many challenges regarding the realization of the right to housing in the municipality, among which the need for a housing policy suitable to the reality of the municipality, with investments in equipment (infrastructure, street layout, health centers, schools, and leisure areas, for example), actions to mitigate and prevention risks, and programs for monitoring the population's mental health, attracting the need for reflection on the pragmatic issue of finite financial resources.

KEYWORDS: Right to housing. Environmental Disasters. Public Policies. Reserve of the Possible. Difficult Choices.

INTRODUÇÃO

Nos meses de fevereiro e março de 2022, dois eventos climáticos severos, deflagrados por chuvas intensas, atingiram o município de Petrópolis, causando, segundo dados informados pela Defesa Civil Municipal, 241 vítimas fatais, 142 delas mulheres e 99 homens, dentre as quais 44 eram menores de idade (Petrópolis, 2022).

Diversas moradias foram atingidas, em especial as que se situavam em áreas de risco, e muitas pessoas ficaram desabrigadas e desalojadas. A economia local também foi fortemente atingida e a população ficou meses emocionalmente devastada.

No primeiro evento trágico (15 de fevereiro), foram registrados 265 mm (duzentos e sessenta e cinco milímetros) de chuva, acumulados em um período de três horas. No segundo (20 de março), foram registrados 550 mm (quinhentos e cinquenta milímetros) em um período de 24 horas.

No entender do membro do Ministério Público Estadual em atuação no município, os altos índices pluviométricos experimentados no período de verão somam-se a “um contexto histórico de ocupação desordenada” em áreas de risco existentes em encostas e fundos de vale, fazendo com que as ameaças, aliadas às suscetibilidades e à exposição, tornem a cidade, “vez

por outra, palco dramático de destruição, de mortes de inúmeras pessoas afetadas” (Beck, 2022, p. 204).

Os impactos do desastre de 2022 sinalizaram a ausência de planejamento e preparo do município para lidar com os efeitos das mudanças climáticas previstas para o país nos próximos anos, em especial o aumento do índice pluviométrico, na forma de chuvas intensas e irregulares, que podem ocasionar o aumento da frequência de enchentes urbanas e deslizamentos de terra em áreas de encosta, afetando, em especial, moradores em áreas de risco.

O direito à moradia foi inserido expressamente como direito social fundamental na redação do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 26/2000. A proteção desse direito é considerada essencial para a garantia de outros direitos humanos fundamentais, tais como o direito à vida, à alimentação, à cidadania e ao desenvolvimento humano, além de decorrer implicitamente do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no inciso III, do seu artigo 1º.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 182 e 183, no capítulo destinado à política de desenvolvimento urbano, determinou a criação em lei de diretrizes gerais a serem utilizadas pelo poder público municipal como instrumento básico de sua política de desenvolvimento e expansão urbana.

Em atenção ao dispositivo constitucional, a Lei n. 10.257, de 2001, denominada Estatuto da Cidade, positivou, em seu artigo 2º, os contornos materiais da “garantia do direito a cidades sustentáveis”, por meio de “gestão democrática” na execução e no acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, elencando extenso rol de diretrizes a serem observadas.

E, em seu artigo 43, prevê uma variedade de instrumentos para promover a participação social, tais como debates, audiências públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano e a iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

O seu artigo 40, de igual modo, impõe que a gestão democrática e a participação popular deverão ser garantidas, tanto pelo Poder Executivo como pelo Poder Legislativo, na elaboração e fiscalização da implementação do Plano Diretor do Município, mediante:

- I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;
- II - a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;
- III - o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (Brasil, 2001).

Dessa forma, a gestão democrática da cidade, na forma como está estabelecida no art. 2º, inciso II, do Estatuto da Cidade, só poderá ser alcançada

por meio da participação efetiva dos cidadãos e das entidades representativas dos diversos segmentos da comunidade na formulação, na execução e no acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

O quadro normativo nacional impõe a necessidade de serem observadas normas de proteção ambiental no planejamento urbano e na implementação de políticas habitacionais, destaca a relevância do plano diretor municipal, das leis de macrozoneamento e das normas de uso e ocupação do solo, bem como a importância da Regularização Fundiária Urbana (REURB) para legalizar assentamentos informais e garantir a segurança jurídica aos moradores.

Orienta ainda a necessidade de debater e implementar programas de assistência técnica de habitações de interesse social e a sua regulamentação no âmbito municipal, bem como observar normas de orçamento público, com a alocação eficiente dos recursos públicos e o respeito aos princípios orçamentários.

Apesar dos avanços observados nas normativas de direito nacional, na prática, o que se observa no mundo dos fatos é a persistência de dificuldades para a implementação do direito ao habitar digno e seguro no Brasil.

Para contribuir com o debate, este trabalho tem por objetivo analisar as manifestações e demandas dos atores sociais que participaram das audiências públicas realizadas pela Comissão Temporária Externa do Senado, nos dias 24 de março e 4 de abril de 2022, e pela Câmara Municipal de Petrópolis, no dia 8 de abril de 2022, com vistas a identificar suas perspectivas sobre os atuais desafios para a implementação de moradias dignas e seguras no município, em especial após a ocorrência do desastre ambiental.

Trata-se de pesquisa empírica qualitativa cuja metodologia baseou-se no mapeamento e na sistematização das percepções expostas pelos diversos atores participantes das referidas audiências públicas, colhidas a partir da análise documental de atas e vídeos disponibilizados em meio online e do Relatório Final da Comissão Temporária Externa do Senado Federal (Senado Federal, 2022).

Ademais, propõe-se uma reflexão e discussão acerca das abordagens sobre a limitação de recursos, o custo dos direitos, a reserva do possível e as escolhas difíceis na elaboração de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Assim, o estudo parte de aportes teóricos contidos nas obras de Holmes e Sunstein (1999) e Calabresi e Bobbitt (1978) como base para as reflexões sobre os desafios à implementação do direito à moradia no município de Petrópolis.

1. O MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS, DESASTRES AMBIENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS

Petrópolis, município localizado no alto da Serra da Estrela no estado do Rio de Janeiro, a uma altitude média de 840 m, possui uma área de 791,144

km² e 307.144 habitantes (IBGE, 2020). Com população predominantemente urbana, sua economia está baseada na indústria têxtil, no comércio e no turismo histórico e ambiental.

Informações contidas no Plano de Contingência do Município de Petrópolis para Chuvas Intensas – Verão 2021/2022 denotam que “as características geológicas, o processo de urbanização e a ocupação do solo, além das alterações físicas e naturais nas regiões dos cinco distritos, reforçam a condição suscetível a movimentos de massa, principalmente quando há o incremento dos índices pluviométricos” (Petrópolis, 2021, p. 13 e 18). O plano também ressalta que, por apresentar um relevo acidentado, encravado em vales (talwegues) e com diversos pontos de elevação (morros), o município “torna-se propício a concentrar pontos que recebem as águas que descem dos morros formando enxurradas, vindo a se acumular nas partes mais baixas” (Petrópolis, 2021, p. 13 e 18).

O Plano Municipal de Redução de Riscos de Petrópolis, revisto em 2017, conceitua diferentemente risco e perigo. Enquanto risco é a percepção que um indivíduo ou grupo têm de potencialidade da ocorrência de acidente e de suas consequências, perigos são considerados os “fenômenos naturais e/ou induzidos pela atividade humana com potencial de causar consequências (vítimas fatais ou feridos, desabrigados, desalojados, danos materiais, interrupção de serviços, etc.)”, que em Petrópolis “são os movimentos de massa nas encostas, as enchentes e as inundações nos fundos dos vales e nas várzeas de inundação” (Petrópolis, 2017, p. 18-20).

O levantamento municipal revelou que as áreas de Perigo Alto e Muito Alto representam 18% e que as áreas de Risco Alto e Muito Alto representam, aproximadamente, 10% da área total urbanizada de todos os distritos da cidade, estimando-se um total de 27.704 moradias em áreas de Risco Alto e Muito Alto, das quais 7.178 moradias (26%) se encontram em áreas de reassentamento.

O plano também apresenta o relato histórico dos acidentes associados a chuvas intensas e inundações, o primeiro deles conhecido como “A Grande Enchente” em 1945, sucedido pelos ocorridos nos anos de 1905, 1908, 1924, 1929, 1935, 1956, 1957, 1958, 1906 e 1930. Escorregamentos de terra são relatados para os anos de 1981, 1983 e 1987. Outros episódios de desastres foram relatados para os anos de 1996, 1999, 2000, 2001, 2003, 2004, 2007, 2008 e 2011, sempre com impactos sobre as moradias.

Quanto às vítimas fatais, são relatadas 100 mortes no ano de 1966, 277 em 1988, 71 mortos e 45 desaparecidos em 2011. Pela recorrência dos eventos e desastres ambientais e seu impacto em termos de número de vítimas, entende-se que é um grave problema para o município.

Desde então, várias medidas de auditoria, prevenção, ações estruturais e não estruturais, controle e fiscalização da ocupação urbana e de planejamento

de habitação de interesse social (produção habitacional, lotes urbanizados, urbanização, integração e regularização de assentamentos precários, regularização fundiária) foram identificadas como necessárias.

Porém, ao que se nota, o conhecimento acerca dos perigos, riscos e vulnerabilidades a que estão sujeitos os moradores de Petrópolis não impediu a nova tragédia ocorrida no ano de 2022, aumentando consideravelmente os números que já constavam no Plano Municipal de Redução de Riscos de 2017, tendo a Defesa Civil do município registrado mais de 9 mil ocorrências e a interdição de 6,5 mil imóveis.

Figura 1 – Enchente de 2022 em Petrópolis



Fonte: Agência Brasil, 2022.

O município e o estado mantêm atualmente cerca de 3.055 benefícios de aluguel social (Petrópolis, 2022), havendo, no entanto, relatos de que “muitas pessoas que perderam suas moradias, não conseguiram se cadastrar para receber o benefício do aluguel social e retornaram para áreas de risco por não possuírem outras opções de moradia” (CCDH, 2022).

Uma pesquisadora do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV Ibre), em notícia publicada pelo Correio Braziliense, lembrou que o último dado oficial indicava um déficit habitacional de 5,9 milhões de moradias na cidade, atualizado para o ano de 2019 (Hessel, 2022).

Forçoso se torna, então, refletir acerca da ausência de efetividade da atuação do Poder Público em garantir um habitar digno e seguro, em especial em cenários de ocorrência de desastres, sendo certo que, em situações semelhantes, a literatura tem observado que fatos acompanhados de “narrativas reforçam a construção e permanência dos desastres – no espaço e no tempo – e desvendam as ações e omissões praticadas por

diferentes agentes que acabam por fomentar tais processos” (Bernardo; Monteiro; Ammar, 2021).

2. O IMPACTO DA ESCASSEZ DE RECURSOS NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS HABITACIONAIS: A QUESTÃO DOS CUSTOS DOS DIREITOS E A CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

De acordo com Saddi e Pinheiro (2005, p. 4), após o advento da Constituição Federal de 1988 e a expansão dos planos econômicos na década de 80, passou-se a observar um maior embate entre direito e economia no Brasil. Isso decorre da ampliação das atribuições conferidas pela nova Constituição ao Poder Judiciário, bem como aumento da prerrogativa/dever do Estado em prover serviços públicos universais aos cidadãos e cidadãs.

Tais funções sobrecarregaram o Estado ao não se fazerem acompanhar do crescimento econômico necessário para suportar as novas demandas e acabaram por ocasionar um enorme déficit nas contas públicas, atraindo para o debate o conceito de gestão eficiente da função estatal e difundindo a necessidade do diálogo entre direito e economia.

Influenciado por autores norte-americanos, o estudo da análise econômica do direito tem se ampliado no Brasil.

O modelo neoclássico tradicional convive agora com os paradigmas comportamentais, as novas teorias institucionais, os estudos empíricos, as polêmicas do desenvolvimento econômico e social (onde as discussões lançadas pela tese do legal origins que favorece o sistema anglo-saxônico continua bem ativa) o Public Choice (ou a tradução para o português “Escolha Pública), e até a crítica metodológica (vários autores do chamado Critical Legal Studies defendem hoje o uso alternativo de Left ou Progressive Law and Economics) (...).

O conceito de eficiência inevitavelmente está no cerne da análise e dificilmente o estudioso do Law and Economics pode fugir dele (Garoupa, 2017 apud Porto; Garoupa, 2020, p. 11)

Ao refletirem sobre os custos do direito, Holmes e Sustain (1999) concluem que a manutenção das garantias constitucionais mais básicas atrai para a questão pragmática de gestão de recursos finitos, pois direitos não dependem tão só de uma determinação legal. Direitos custam dinheiro e somente poderão existir quando forem efetivamente passíveis de proteção, o que não pode ocorrer sem apoio e sem fundos públicos.

Outra reflexão importante sobre os custos do direito é que eles não se restringem somente ao aspecto orçamentário e financeiro. Há direitos cujo exercício impõe também custos sociais, ambientais ou culturais, quando de sua efetivação. Um exemplo é a tensão percebida na efetivação do direito à moradia quando este se depara com restrições ambientais (Furlan; Fróes, 2020) ou de patrimônio cultural.

Assim, as reflexões trazidas por Calabresi e Bobbitt (1978) atraem a ideia de reserva do possível para a atuação do Estado, no sentido de estar limitado a gastar os recursos que possui. Ademais, essa limitação relaciona-se com a escassez, que pode ocorrer não apenas sob o aspecto financeiro, mas também tecnológico e até mesmo de bens da natureza (como a escassez de terrenos aptos para a construção de moradias seguras, em áreas ambientalmente frágeis, como no município de Petrópolis, por exemplo).

No âmbito financeiro, a reserva do possível é considerada uma limitação fática, concreta, à realização de algum direito ou de algum desejo. Encontra limitação nas disponibilidades orçamentárias, de arrecadação e direcionamento da despesa pública. É o limite do orçamento, a reserva do financeiramente possível (Sen, 2006, p. 7).

Quanto à reserva do tecnicamente possível, tem-se a impossibilidade de realização concreta de determinado direito, não porque exista falta de dinheiro, mas em razão da falta de tecnologia ou de escala industrial. Essa situação pode ser exemplificada com a escassez de vacinas durante a pandemia da Covid-19, quando escolhas de grupos preferenciais precisaram ser feitas em razão da falta de estoque vacinal.

Em cenários de escassez, escolhas precisam ser realizadas, decidindo-se onde serão alocados os recursos e realizados os gastos públicos, outro conceito igualmente relevante, consagrado pela obra de Calabresi e Bobbitt (1978) com o nome de *tragic choices* (que pode ser traduzido por *escolhas trágicas ou escolhas difíceis*, também significando *escolhas públicas*).

No aspecto orçamentário, de acordo com Calabresi e Bobbitt (1978), tais escolhas se desenvolvem em três âmbitos: da receita, da despesa e do endividamento.

No âmbito da receita pública, implica decidir de quem se deve arrecadar, o que deve recair sobre quem tem mais riquezas, o que se torna complexo quando se inclui na análise as receitas decorrentes da exploração de recursos naturais não renováveis.

No âmbito dos gastos públicos, as necessidades de escolha são ainda maiores, mesmo que dirigidos prioritariamente à população que tenha menos riquezas, pois tal população pode ser urbana ou rural e se encontrar carente de saúde, educação, saneamento, moradia, lazer e uma infinidade de outras carências socioeconômicas.

E no âmbito do endividamento, segundo os autores, ocorre uma troca intergeracional, pois se antecipa para hoje a receita que será utilizada para pagar no futuro a dívida contraída. Assim, o gasto deve ser realizado de maneira a permitir que seus usuários tenham efetivo aproveitamento desses recursos da forma mais perene possível.

Os autores acreditam que, embora seja útil fornecer uma contabilidade dos custos e benefícios de várias medidas alocativas, a análise em abstrato não pode determinar o melhor método para fazer escolhas trágicas.

Ao contrário, a melhor abordagem da situação dependeria do bem particular a ser distribuído, bem como dos valores e das atitudes que prevalecem quando a escolha deve ser feita. Assim, a decisão certa está sujeita ao que é apropriado em um determinado momento, em uma determinada sociedade, de acordo as normas sociais nela existentes.

Em relação aos direitos sociais fundamentais, a possibilidade de sua sujeição à denominada cláusula da reserva do financeiramente possível, teoria de origem alemã, vem sendo adotada no Brasil, com reflexos sobre a implementação das políticas públicas necessárias à sua prática e gerando intensos debates.

Para Arruda Neto, diante da realidade econômico-histórico-política e social brasileira, a abordagem de que a ação do administrador ficaria submetida à disponibilidade financeira não poderia ser plenamente internalizada, “sob pena de justificar o descumprimento, até mesmo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” (Arruda Neto, 2015, p. 152).

Afirmando ser o direito fundamental um autêntico complexo de direitos, regras e princípios, encartados numa verdadeira síntese, que serviria de antídoto contra o arbítrio (por ação ou por omissão) do gestor público. Freitas (2015, p. 118) alerta que o direito à boa administração o vincula racionalmente, forçando-o “a medir consequências sistêmicas de suas opções, pois terá de justificá-las coerentemente, sobretudo em seu custo-efetividade”.

Esclarece o autor que, segundo ensinamento de Martelli e Rangone (2011), nos quais se ampara, uma boa decisão, seja ela normativa ou concreta, deve garantir a sustentabilidade da administração. Isso significa que os benefícios sociais, ambientais e econômicos devem superar comprovadamente os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de forma a promover o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem prejudicar o bem-estar das gerações futuras. Em conclusão, o autor ressalta que a administração deve ser sustentável para garantir o bem-estar tanto das gerações atuais quanto das futuras:

as escolhas públicas serão legítimas se resultarem (a) sistematicamente eficazes; (b) sustentáveis; (c) motivadas; (d) proporcionais; (e) transparentes; (f) razoavelmente deseviesadas; (g) incentivadoras de participação social,

(h) da moralidade pública; e (i) da devida responsabilização por ações e omissões (Freitas, 2015, p. 120).

O tema da reserva financeira possível atrai também reflexões acerca de sua ponderação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõe a realização de condições mínimas necessárias a uma vida com dignidade, dentre as quais se destaca aquelas que garantam o direito a condições que permitam ao cidadão um habitar digno e seguro.

No entanto, Groberio e Coura (2020) pesquisaram decisões judiciais proferidas pelo STF e Tribunais de segundo grau, que envolveram debates sobre a efetivação do direito à saúde, o mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, chegando à conclusão no sentido da existência de divergência de posicionamento jurisprudencial em ações em que o Estado invoca a teoria da reserva do possível por implicar em mudanças no orçamento.

Segundo a análise de Groberio e Coura, em algumas decisões judiciais essa justificativa vem sendo aceita e, em outras, o Poder Judiciário tem determinado o atendimento às pretensões judicializadas, com interferência direta na organização financeira do Estado.

3. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E OS PRINCIPAIS DESAFIOS IDENTIFICADOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA EM PETRÓPOLIS

Após o desastre dos meses de fevereiro e março, a Câmara de Deputados Federais e o Senado Federal instalaram Comissões Especiais para o acompanhamento das providências de respostas e para o alinhamento das ações necessárias para o enfrentamento e mitigação dos impactos da tragédia.

No âmbito da Comissão Externa, criada pela Câmara dos Deputados Federais, destinada a acompanhar o desastre no município de Petrópolis (RJ), realizou-se em Brasília, no dia 19 de abril de 2022, a requerimento da Deputada Jandira Feghali (Requerimento n. 2/2022), uma Audiência Pública com a temática “Situação do Município de Petrópolis, programas e soluções até o momento apresentadas para a reconstrução e futuras ações para prevenir novas tragédias” (Câmara dos Deputados, 2022).

Estiveram presentes na Audiência da Câmara dos Deputados: o Prefeito de Petrópolis, a Coordenadora do Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Petrópolis; a Coordenadora Regional da Região Serrana da Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil; a Secretária Municipal de Educação de Petrópolis; o Secretário Chefe da Secretaria de Defesa Civil do Município de Petrópolis; e o Secretário Municipal de Saúde de Petrópolis.

A Comissão Temporária Externa do Senado, criada pelo Requerimento n. 90 de 2022, teve como objetivo acompanhar de perto a situação do

Município de Petrópolis, em decorrência dos fortes temporais que atingiram a cidade.

Dentre as atividades de sua agenda de trabalho foram realizadas audiências públicas, duas das quais foram objeto de análise neste estudo. A primeira foi realizada em Brasília, em 24 de março de 2022 para debater o tema da habitação e a segunda foi realizada na Câmara Municipal de Petrópolis, no dia 4 de abril de 2022, com a finalidade de debater o diagnóstico, o impacto da cadeia construtiva e o repasse de recursos (Senado Federal, 2022).

Estiveram presentes na primeira audiência: a Conselheira Superior e a Vice-presidente da Região Sudeste do Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB); representante da Comissão de Vítimas das Enchentes em Petrópolis (RJ); representante da Comissão de Vítimas das Enchentes em Areal (RJ); representante da Comissão de Vítimas das Enchentes em São José do Vale do Rio Preto (RJ); representante da Comissão de Vítimas das Enchentes em Teresópolis (RJ); o Prefeito de Petrópolis (RJ); o Secretário Nacional de Proteção e Defesa Civil do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR); o Subsecretário de Habitação do Estado do Rio de Janeiro; o Secretário de Infraestrutura e Obras do Estado do Rio de Janeiro; a Assessora da Presidência; e o Diretor de Recuperação Ambiental do Instituto Estadual do Ambiente (INEA).

Na Audiência Pública do Senado realizada na cidade de Petrópolis, estiveram presentes: o Procurador-Geral do Município de Petrópolis, o Coordenador Regional da Região Serrana do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Rio de Janeiro (CREA/RJ); o representante da Câmara dos Dirigentes Lojistas de Petrópolis; o Vereador Presidente da Câmara Municipal de Petrópolis; o Vereador Presidente da Comissão Especial de Finanças, Infraestrutura e Retomada Econômica da Câmara Municipal de Petrópolis; o Vereador Presidente da Comissão Especial de Transparência da Câmara Municipal de Petrópolis; o Vereador Presidente da Comissão Especial de Assistência Social e Moradia da Câmara Municipal de Petrópolis; a Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ); o Secretário de Fazenda do Município de Petrópolis; um representante da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; o representante da União das Lideranças de Petrópolis; a representante da Comissão de Vítimas das Enchentes em Petrópolis; a presidente da Associação de Moradores do Caxambu; representante do Comitê de Bacia Hidrográfica do Piabanha; outros membros do poder legislativo municipal e um senhor identificado na ata como representante da sociedade civil.

A Câmara Municipal de Petrópolis, por sua vez, já havia instalado, em 24 de fevereiro de 2022, a Comissão Especial de Assistência Social e Moradia, com prazo de 180 dias para a conclusão de seus trabalhos, por iniciativa da qual realizou, em 8 de abril de 2022, nova audiência pública

para debater sobre a construção de unidades habitacionais no bairro do Caititu (Câmara Municipal de Petrópolis, 2022a,b,c).³

Naquela audiência, estiveram presentes o Vereador Presidente da Câmara Municipal de Petrópolis e outros membros do poder legislativo municipal, a Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ), uma representante da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Secretário Municipal do Meio Ambiente, o Diretor Municipal de Habitação, representante da Secretaria de Habitação do RJ (vinculada à Secretaria de Infraestrutura e Obras do Estado do RJ), representante do Comitê de Bacia Hidrográfica do Piabanha, o representante do Núcleo de Arquitetura e Urbanismo (NAU), a Coordenadora do CDDH Petrópolis, uma representante da Comunidade do Caititu, representante da União das Lideranças Comunitárias, uma senhora representando 3.000 famílias desalojadas e desabrigadas, representante do UMAS, representante da Fiocruz e representante dos moradores da Vila Felipe.

Neste trabalho, a análise restou direcionada às audiências realizadas pela Câmara Municipal de Petrópolis e pela Comissão Temporária Externa do Senado, em razão da maior participação de instituições e representantes da sociedade civil em geral, se comparadas à audiência realizada pela Comissão Externa da Câmara dos Deputados Federais, o que ampliou a visão acerca das perspectivas dos participantes sobre os desafios para a implementação do direito à moradia na cidade de Petrópolis.

Os principais desafios, expectativas e perspectivas apresentadas pelos participantes das audiências públicas, de modo geral, abordam as seguintes questões:

1) a complexidade da cidade do ponto de vista ambiental e paisagístico, a desafiar, para além de um plano diretor ou de um plano estratégico, a necessidade de um plano de infraestruturas verdes, assim como de um plano de ecossistemas verdes, que contenham espaços livres e espaços naturais, com diretrizes associadas aos processos de arborização interligando a cidade a partir dos espaços livres, dos espaços da rede natural e recriando bacias e margens de proteção ao longo dos rios, por meio de um sistema de unidades de conservação;

2) necessidade de compreensão do comportamento dos solos, das águas e dos rios;

3) na parte urbanística, necessidade de detalhamento do macrozoneamento e avanços no macroplanejamento da cidade, com vista a definir o projeto urbano e uma tipologia arquitetônica (como serão as moradias, as calçadas, as ruas a serem habitadas) com equipamentos públicos a serem concebidos com soluções baseadas na natureza;

³ Até a data da finalização deste trabalho (1º/12/22), o Relatório Final dos trabalhos da referida Comissão não estava disponível para consulta.

4) necessidade de discutir a legislação também no nível do bairro, para que o debate ocorra com a participação da sociedade e das entidades da sociedade civil;

5) urgência de criação de estratégias de articulação intersetorial por meio de sistemas integrados para acompanhamento de políticas públicas, além da instituição de um fórum da sociedade civil para acompanhamento do planejamento da cidade;

6) necessidade de criação de um cadastro multifinalitário das famílias, envolvendo dados da Saúde, da Defesa Civil, da Habitação, incluindo os órgãos, os municípios, o estado e o nível federal, para que se possa entender a sociedade de Petrópolis;

7) importância do trabalho conjunto dos três níveis de governo para pensar a questão habitacional da cidade;

8) necessidade de regulamentação e atualização do Plano Diretor de Petrópolis, da Lei de Uso e Ocupação do Solo e do Plano Municipal de Perigo e Risco;

9) necessidade de debater e implementar programas de assistência técnica de habitações de interesse social e melhorias habitacionais e a regulamentação do programa de assistência técnica no nível municipal;

10) necessidade de criação de um programa nacional e de um para o município de Petrópolis, que devem ser bem estruturados, com definição do papel do Estado e da gestão de um parque habitacional;

11) necessidade de levantamento de imóveis da existência de imóveis ociosos, passíveis de utilização;

12) necessidade de Regularização Fundiária Urbana (REURB), que deve ser percebida de forma plena, abrangendo também a regularização edilícia e urbanística;

13) a importância de garantir a participação das pessoas e da transparência nesses processos;

14) a importância de um olhar para as cidades partindo do particular para o global, ou seja, desde o habitar, ao nível das políticas públicas;

15) importância do compartilhamento de dados entre as instituições, como a prefeitura, para elucidar o percentual construtivo de cada terreno;

16) necessidade de uma política habitacional minimamente adequada à realidade do município;

17) relevância se pensar em instrumentos como a moratória na ocupação em áreas de risco;

18) a questão do terreno do Caititu (área para a construção de casas populares para vítimas da chuva) precisa ser mais debatida, pois depende de licenciamentos e da realização de estudos técnicos necessários para determinar a quantidade de unidades que será possível construir, conjugando

a proteção do meio ambiente com a promoção de moradia digna e segura para as pessoas;

19) necessidade de investimento em “equipamentos” (infraestrutura, arruamento, posto de saúde, escolas, áreas de lazer);

20) importância da implementação de medidas adicionais, como a busca ativa de unidades prontas para aquisição pelo poder público e a compra assistida, entre outras.

A questão da habitação segura impõe a necessidade de investimentos em mitigação dos riscos, bem como em prevenção e em programas, para o acompanhamento da saúde mental da população que restou bastante fragilizada.

Para mitigação dos riscos, evidenciou-se a necessidade de: a) ampliação e manutenção das infraestruturas de drenagem pluvial (como a limpeza e o desassoreamento do túnel extravasador do Rio Palatino, assim como sua reforma e eventual ampliação, de modo a recuperar sua capacidade de escoamento e, assim, prevenir inundações na região de influência da infraestrutura) e execução de obras de contenção; b) aprimorar a capacidade de previsão do volume e da localização das chuvas com maior precisão e antecedência; c) estudar a viabilidade técnica e financeira de implantar novas estruturas de drenagem, por exemplo, nas ruas Santos Dumont, Nelson Sá Earp e 13 de Maio.

E, para prevenção, constatou-se a necessidade de: a) um plano de contingência efetivo, que seja de fato incorporado e absorvido pelas diversas instâncias pertinentes; b) treinar todos os órgãos e entidades envolvidos para a efetiva aplicação das medidas previstas no plano quando da ocorrência do desastre; c) conscientizar esses órgãos e entidades, bem como a população em geral, para a necessidade de observar aquilo que está previsto no plano e as medidas por ele preconizadas; d) investir em canais de comunicação e simulação da aplicação do plano de contingência em tempo de normalidade, para que ele tenha a chance de ser efetivo quando da situação de desastre.

Apontou-se ainda para a fundamental realização de ações que visem dotar a região serrana de: a) órgão ou entidade nos moldes da Fundação Instituto de Geotécnica do Município do Rio de Janeiro (Geo-Rio), com a função de monitorar e avaliar os riscos geológicos a que está submetida a cidade e executar as ações necessárias para minimizá-los; b) centro de monitoramento e controle de riscos associados à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos; e d) instalações permanentes para abrigar famílias atingidas, dada a recorrência de desastres.

Nota-se, assim, que a questão da efetivação do direito à moradia digna e segura, não apenas em Petrópolis, mas, em especial, em áreas de

maior vulnerabilidade, depende da realização de diversas ações e programas, atraindo reflexões sobre a questão pragmática de recursos financeiros finitos.

Dentre as questões levantadas, destacou-se a complexidade ambiental e paisagística da cidade, implicando a necessidade de elaboração de estudos para uma maior compreensão quanto ao comportamento de seu solo, águas e rios. Observou-se também a necessidade de atualização de planos diretores e normas de uso e ocupação do solo, bem como de programas de assistência técnica e de habitações de interesse social.

A implementação de um programa estruturado e com definições claras sobre as competências das diversas esferas para a gestão de um parque habitacional também foi destacada como uma necessidade, além dos meios que garantam a participação da sociedade civil e a transparência dos processos de elaboração das políticas habitacionais.

Os principais desafios, expectativas e perspectivas relatados nas audiências públicas dizem respeito à elaboração de políticas habitacionais eficazes para a cidade de Petrópolis e demandam ações e investimentos que podem exigir recursos financeiros significativos.

Nesse contexto, a escassez de recursos é um desafio a mais a ser considerado, para o qual será necessário buscar maneiras de alocar os recursos existentes de forma justa e tornar o seu uso mais eficiente, atentando-se para a identificação de prioridades.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente estudo, identificou-se o modo como os desastres socioambientais vêm impactando a vida, o modo de habitar e a economia no município de Petrópolis, em especial, após chuvas intensas ocorridas no verão de 2022, quando observou-se o registro de mais de 9 mil ocorrências na Defesa Civil do município, bem como a interdição de 6.500 imóveis.

Atualmente, estado e município garantem a manutenção de cerca de 3.055 famílias no benefício de aluguel social, estimando-se o déficit habitacional em 5,9 milhões de moradias na cidade, atualizado para o ano de 2019.

A análise da participação de diversos atores sociais nas audiências públicas revelou os principais desafios e expectativas quanto à efetivação do direito à moradia no município, direito social fundamental garantido no artigo 6º da Constituição Federal, atraindo reflexões sobre limitação de recursos, escolhas difíceis e seu impacto na elaboração de políticas públicas.

A realidade empírica analisada se mostrou mais complexa do que hipóteses imaginadas de forma didática que, muitas vezes, inspiram a edição de leis e regulamentos administrativos, os quais, por vezes, não se encontram dimensionadas as situações existentes em concreto.

Tendo como meta a redução das desigualdades sociais e a efetivação de direitos fundamentais com caráter de universalidade, princípios constitucionalmente garantidos, as políticas públicas precisam regular uma gama de situações que vão desde a estruturação das instituições à organização de serviços como os de transporte público, ensino, saúde, saneamento, segurança, moradia e muitas outras atividades que demandam a realização de recursos públicos.

Sendo assim, existindo recursos escassos e finitos, ao dar concretude às normas orçamentárias, é necessário que o Poder Público atue com eficiência e, obedecendo às diretrizes constitucionais, priorize a forma como se realizará a alocação dos recursos públicos, combinando os conceitos de reserva do financeiramente possível e de escolhas públicas difíceis aqui estudados.

No entanto, em atenção ao que dispõe o artigo 2º, inciso II, do Estatuto da Cidade, considera-se igualmente essencial a promoção de uma participação ativa dos cidadãos e entidades representativas dos diversos segmentos da comunidade na formulação, na execução e no acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, para que se possa alcançar cidades mais justas, inclusivas e sustentáveis.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Após chuvas, número de mortos já passa de 100 em Petrópolis. A Polícia Civil está trabalhando para agilizar o reconhecimento e a liberação de corpos.* Notícia de 17 fev. 2022. Disponível em: <https://dol.com.br/noticias/brasil/697675/apos-chuvas-numero-de-mortos-ja-passa-de-100-em-petropolis?d=1>. Acesso em: 15 nov. 2022.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. *Direito das Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BECK, Zilda Januzzi Veloso. Meio Ambiente e Cidades Resilientes - Reflexões sobre o Desastre em Petrópolis no Ano de 2022. *Revista da EMERJ*, [S.l.], n. 2, p. 202-216, jan. 2023. ISSN 2236-8957. Disponível em: <https://emerj.jus.br/ojs/seer/index.php/revistadaemerj/article/view/484>. Acesso em: 7 set. 2022.

BERNARDO, Alessandra; RAMOS, Cláudia; MONTEIRO, Cristiane; AMMAR, Verônica. Vozes dos atingidos por desastres: experiências de organização no estado do Rio de Janeiro. *Revista Vértices*, Campos dos Goitacazes, v. 23, n. 1, p. 201–212, 2021. Disponível em: <https://essentiaeditora.iff.edu.br/index.php/vertices/article/view/15886>. Acesso em: 26 nov. 2022.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York and London: W. M. Norton, 1978.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Calamidade Pública em Petrópolis (RJ) – Situação do município, programas e soluções – 19/04/22*. Comissão Externa destinada a acompanhar o desastre no Município de Petrópolis-RJ. Audiência Pública. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=E0dnRvIPa-Y>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CÂMARA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS. *Ato PRE-LEG 022/2022. Diário de Petrópolis*, Petrópolis, p. 6, de 26 de fev. 2022a. Disponível em: <https://www.petropolis.rj.leg.br/leis/diario-oficial-da-camara/2022/fevereiro/do-26-02-2022.pdf/view>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CÂMARA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS. *Ata da Audiência Pública sobre a construção de unidades habitacionais no Bairro Caititu*. Petrópolis, 8 abr. 2022b. Disponível em: <https://www.petropolis.rj.leg.br/processo-legislativo/sessoes-plenarias/audienciaspublicas/2022/ATA%20DA%20AUDIENCIA%20PUBLICA%20SOBRE%20A%20CONSTRUCAO%20DE%20UNIDADES%20HABITACIONAIS%20NO%20BAIRRO%20CAITITU.pdf/view>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CÂMARA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS. *Audiência Pública da CMP*. TV Câmara Municipal de Petrópolis. Petrópolis, 8 de abr. 2022c. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=mt-wB_Z_C_M. Acesso em: 15 nov. 2022.

FREITAS, Juez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, p. 115-133, jan.-jun./2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bJmp9HRG7ynPXHSzNJpbTZJ/?lang=pt>. Acesso em: 26 nov. 2022.

GROBERIO, S. do C.; COURA, A. de C. Reserva do possível no Brasil: limites e aporias para efetivação do direito social à saúde. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 214–232, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1743>. Acesso em: 9 fev. 2023.

HESEL, Rosana. Déficit habitacional é uma das faces do descaso em Petrópolis. Analistas reconhecem que a falta de vontade política para atacar o problema é um dos empecilhos. *Correio Brasileiro*, Rio de Janeiro, 19 fev. 2022. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/brasil/2022/02/4986678-deficit-habitacional-e-uma-das-faces-do-descaso-em-petropolis.html>. Acesso em: 15 dez. 2022

Denise Mercedes Nunez Nascimento Lopes Salles
Maria Aparecida Barboza Prevot

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Estimativas da população residente com data de referência 1º de julho de 2020*. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/rj/petropolis.html>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MARTELLI, Mario; RANGONE, Nicoletta. *La qualità delle regole*. Bologna: II Mulino, 2011.

PETRÓPOLIS (RJ). *Com 17 equipes, Defesa Civil realiza vistorias em diferentes localidades afetadas pelas chuvas*. Notícias. 5 abr. 2022. Disponível em: <https://www.petropolis.rj.gov.br/pmp/index.php/imprensa/noticias/itemlist/tag/Defesa%20Civil.html?start=80>. Acesso em: 8 fev. 2023.

PETRÓPOLIS (RJ). *Plano de Contingência do Município de Petrópolis para Chuvas Intensas - Verão 2021/2022*. Secretaria de Defesa Civil e Ações Voluntárias. Dez. 2021. Disponível em: https://www.petropolis.rj.gov.br/dfc/phocadownload/plano_de_contingencia/chuvas_intensas/Plano_Verao_%202021_2022.pdf. Acesso em: 15 nov. 2022.

PETRÓPOLIS (RJ). *Plano Municipal de Redução de Risco PMRR – 1ª (revisão), 2º, 3º, 4º e 5º Distritos*. Programa de Urbanização, Regularização e Integração de Assentamentos Precários. Secretaria de Habitação – SEH. 2017. Disponível em: <https://sig.petropolis.rj.gov.br/cpge/Reflexoes.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PETRÓPOLIS (RJ). *Pagamento do Aluguel Social está sendo depositado de forma diferente em setembro*. Notícias. 12 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.petropolis.rj.gov.br/pmp/index.php/imprensa/noticias/item/19413-aluguel-social-est%C3%A1-sendo-depositado-de-forma-diferente-em-setembro.html#:~:text=Pagamento%20do%20Aluguel%20Social%20est%C3%A1%20sendo%20depositado%20de%20forma%20diferente%20em%20setembro,-tamanho%20da%20fonte&text=O%20Aluguel%20Social%20est%C3%A1%20sendo,Prefeitura%2C%20ao%20dono%20do%20im%C3%B3vel>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PORTO, Antonio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020, v.1.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando. *Direito, Economia e Mercados*. Campus: Eselvier, 2006.

SEN, Amartya. *Identità e violenza*. Roma: Laterza, 2006, p. 7-8.

SENADO FEDERAL. *Relatório Final da Comissão Temporária EXTERNA PETRÓPOLIS/RJ – 2022 (CTEPETR)*. Aprovado em 12 de fev. 2022. Brasília: Senado Federal, p. 88 e 135. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2506&tp=4>. Acesso: em 15 nov. 2022.

Recebido: 15/06/2023

Aprovado: 23/10/2023

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DAS *HOLDINGS* PATRIMONIAIS INATIVAS COM BASE NO DESVIO DE FINALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

*REVERSE DISREARD OF INACTIVE EQUITY
HOLDINGS BASED ON MISURE OF PURPOSE IN
THE ADMINISTRATIVE SCOPE*

Diana Bello¹

Eugênio Battesini²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito e classificação. 2. Vantagens na constituição da *holding* patrimonial. 3. Mitigação da autonomia patrimonial da *holding*. 4. Desconsideração da personalidade jurídica da *holding* patrimonial. 5. Desnecessidade de comprovação do dolo para o cabimento da desconsideração da personalidade.

1 Pós-graduada em Advocacia Pública pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União (ESAGU). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procuradora da Fazenda Nacional.

2 Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Visiting Research Fellow in law pela Columbia University em Nova Iorque. Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Extensão em Law and Economics pela University of Chicago Law School. Extensão European law and Harmonization of law pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Procurador Federal.

6. Ausência de atividade da *holding* patrimonial como desvio de finalidade.
7. Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo.
8. Conclusões.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é suscitar questionamentos acerca da legitimidade da proteção da autonomia patrimonial das *holdings* patrimoniais. De início, considera-se que a ausência de ganhos sociais, tais como geração de empregos, renda, tributos e inovação, decorrentes da sua constituição, autoriza uma mitigação da sua autonomia patrimonial. Faz-se, então, um resumo sobre as teorias da desconsideração da personalidade jurídica e conclui-se que a exclusão do elemento dolo, por ocasião da conversão da MP 881/19 na Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/19), confirma que o Código Civil de 2002 adotou a teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica. Em vista da desnecessidade de se comprovar a intenção de lesar os credores e da mitigação da sua autonomia patrimonial, considerou-se que a inatividade da *holding* patrimonial já é elemento suficiente para configurar o desvio de finalidade, na medida em que, nessas situações, resta comprovadamente ausente o propósito para o qual foi instituído o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, qual seja, o incentivo ao desenvolvimento da atividade econômica. Por fim, defende-se o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica das *holdings* patrimoniais no âmbito administrativo, em vista das alterações em diversas leis (Lei n. 10.522/02, Lei n. 8.666/93 e Lei n. 12.846/13) no sentido de conferir esse poder às autoridades administrativas e a rejeição da tese de reserva de jurisdição para atos de desconsideração, no plano da eficácia, posta pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 2.446, em 22 de abril de 2022.

PALAVRAS-CHAVE: *Holdings* patrimoniais. Autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Desconsideração da personalidade jurídica. Desvio de finalidade. Processo administrativo.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to raise questions about the legitimacy of the protection of the patrimonial autonomy of *holding* companies. At first, considering that the absence of social gains authorize a mitigation of their patrimonial autonomy. A summary then is made of the theories of the disregard of legal entity and it is concluded that the exclusion of the malice element, on the occasion of the conversion of PM 881/19 into the Economic Freedom Law (Law 13.874/19), confirms that the Civil Code of 2002 adopted the objective theory of

the disregard of legal entity. In view of the fact that it is not necessary to prove the intention to harm creditors and the mitigation of its patrimonial autonomy, it was considered that the inactivity of the patrimonial *holding* is already sufficient element to configure the deviation of purpose. In these situations, the purpose for which the principle of patrimonial autonomy of the legal entity was instituted, which is to encourage the development of economic activity, is demonstrably absent. Finally, it is defended the appropriateness of the disregard of the legal entity of the equity *holdings* in the administrative sphere, in view of the amendments in several laws (Law 10.522/02, Law 8.666/93 and Law 12/846/13) in order to confer this power to the administrative authorities and the rejection of the thesis of reservation of jurisdiction for acts of disregard, in the plan of effectiveness, posed by the Federal Supreme Court, in the judgment of ADI No. 2.446, on April 22, 2022.

KEYWORDS: Equity *holdings*. Patrimonial autonomy of the legal Entity. Disregard of legal personality. Diversion of purpose. Administrative process.

INTRODUÇÃO

Tem se tornado corriqueira a criação de *holdings* patrimoniais que terminam por tornar vazios atos de cobrança administrativa e judicial, enquanto os responsáveis pela dívida permanecem com os frutos das suas atividades empresariais.

Assim, a principal justificativa para o estudo científico dos contornos das *holdings* como instrumento de blindagem patrimonial é questionar se o ordenamento jurídico pode acolher, como justo e funcional, mecanismo que busca ser escudo ao patrimônio dos empresários que, ao exercer sua atividade, acumulam dívidas. Há justificativa para que seja imposta ao credor – notadamente, se for titular de crédito público – a via judicial para que seja reconhecida a transferência dos bens do devedor à sua *holding* patrimonial familiar como eivada de vício?

Por outro lado, pretende-se traçar com mais realce o que possa ser considerado desvio de finalidade de uma *holding* patrimonial. Com isso, tanto as pessoas que buscam constituir uma *holding* patrimonial quanto aquelas que com elas negociam poderão ter as balizas necessárias a uma atuação em conformidade com a legalidade, conferindo, ao sistema, maior segurança jurídica.

Por fim, melhor esclarecer o caráter ilícito da utilização das *holdings* patrimoniais como instrumento de blindagem e criar mecanismos mais simplificados de responsabilização serão instrumentos para que a

autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, de fato, atenda à função de promover o desenvolvimento econômico. Assim, evita-se um tratamento desigual a alguns operadores do mercado, posto que, atualmente, o desvendar de uma fraude envolvendo *holdings* patrimoniais exige complexa produção de provas para demonstrar o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, a escassez de recursos implica que apenas alguns desses casos sejam levados ao Poder Judiciário. Com isso, há uma interferência desigual no mercado, que pode levar a um desequilíbrio na concorrência.

O Poder Judiciário já tem sido instado a se manifestar em pleitos que buscam a descon sideração da personalidade jurídica dessas empresas patrimoniais, seja para responder por débitos dos seus sócios, seja por dívidas de outras empresas de um grupo econômico do qual fazem parte. Aliás, recentemente, a Lei n. 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) buscou melhor delinear as hipóteses que ensejam a descon sideração da personalidade jurídica, tendo incluído, de forma expressa, previsão sobre a descon sideração de personalidade jurídica inversa (art. 50, § 3º, Código Civil), que se presta a atingir o patrimônio de pessoas jurídicas como garantia por dívidas de seus sócios.

Em seguida, considerando, então, que a legitimidade para a proteção da autonomia patrimonial das empresas classificadas como *holdings* patrimoniais não tem o mesmo espectro das demais pessoas jurídicas que, de fato, realizam atividade econômica, é de se buscar os institutos jurídicos que possam ser utilizados para alcançar o patrimônio do sócio que utiliza as *holdings* patrimoniais como instrumento de blindagem em face dos seus credores. Com isso, serão examinados os elementos para configuração dos institutos do abuso do direito como hábil a configurar o desvio de finalidade envolvendo *holdings* patrimoniais e a possibilidade da descon sideração inversa da sua personalidade jurídica no âmbito administrativo. Para tanto, utilizou-se, no presente trabalho, o método de investigação bibliográfica, combinado com o método de abordagem dedutiva, a partir dos textos legais e dos posicionamentos doutrinários sobre os temas em análise.

1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A *holding* é uma pessoa jurídica que detém a participação em outras sociedades, tendo sido constituída apenas com essa finalidade ou não, já que pode desenvolver alguma atividade produtiva. Pode ser constituída por qualquer modalidade de sociedade, com exceção das cooperativas (Mamede; Mamede, 2020, p. 14 e 109). Tem origem na Pensilvânia, Estados Unidos, em 1780, “onde havia uma autorização legislativa para que 40 sociedades

assumissem participação no capital social de outras sociedades. Entretanto, é em 1888, no estado de Nova Jersey, que surge a primeira lei geral autorizando a aquisição de ações de uma companhia por outra sociedade” (Manganelli, 2017, p. 98-99).

No conceito trazido por Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2020, p. 14), já surgem duas modalidades: a *holding* pura, criada com o objetivo exclusivo de ser titular de cotas ou ações de outras sociedades, e a *holding* mista, que, além de ser titular de cotas ou ações de outras sociedades, desenvolve atividade produtiva.

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2020, p. 15) trazem outras classificações, tais como *holdings* de controle, participação ou administração. Entretanto, a este trabalho, mais interessam as modalidades de *holding* patrimonial e *holding* imobiliária, cuja nota distintiva desta é a atividade de locação dos imóveis de propriedade da *holding*. De acordo com os autores, a *holding* patrimonial é uma sociedade constituída para ser proprietária de determinado patrimônio, ao passo que a *holding* imobiliária é uma espécie de pessoa jurídica constituída com o objetivo de ser proprietária de imóveis, inclusive para fins de locação (Mamede; Mamede, 2020, p. 16).

2. VANTAGENS NA CONSTITUIÇÃO DA HOLDING PATRIMONIAL

Cada vez mais, os empresários vêm optando por adotar como planejamento sucessório e tributário a opção das *holdings* patrimoniais. Um dos escopos da adoção de tal arranjo societário é a redução da carga tributária, seja no momento da abertura da herança, seja por ocasião de aluguel ou compra e venda do patrimônio; para tanto, muitas famílias constituem empresas cujo objeto social é a administração de bens imóveis próprios.

A constituição de uma *holding* patrimonial, portanto, apresenta como vantagem a possibilidade de um planejamento tributário.

De início, o art. 23 da Lei n. 9.249/95 possibilita que as pessoas físicas transfiram às pessoas jurídicas bens e direitos pelo valor indicado na declaração de imposto de renda ou pelo valor de mercado. Na primeira opção, evita-se a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital, cuja alíquota é de 15%.

Ainda na seara tributária, é de se observar a não incidência de imposto sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI) nos casos em que tais bens sirvam à integralização do capital social, desde que a atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente não seja a compra e venda ou locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (art. 156, § 2º, I, da

Constituição Federal).³ Destarte, mesmo que as *holdings* imobiliárias – espécie de *holdings* patrimoniais que atuam no mercado imobiliário – não possam se beneficiar dessa imunidade, haja vista que se enquadram na exceção relativa à preponderância da atividade, aquelas recém-constituídas podem diferir o pagamento do imposto, na hipótese prevista no art. 37, § 2º, do Código Tributário Nacional.⁴

Autores que se debruçaram sobre o tema apontam também como vantagem o fato de as relações e os problemas decorrentes da administração do patrimônio familiar serem direcionados às regras do direito societário quando os bens são transferidos a uma *holding* patrimonial, em vez de ao direito de família (Ferreira; Leitão, 2016). Acrescentam que, por essa via, é permitido que a sucessão seja organizada em vida, resguardada do aspecto emocional que, geralmente, envolve o luto de familiares (Manganelli, 2017).

Também é tida como vantagem, ainda que sob a ressalva de não ser utilizada como instrumento de fraude, a blindagem patrimonial advinda da criação de ditas *holdings* (Diniz, 2019). Alguns colocam de forma singela que a constituição de uma *holding* patrimonial não pode ter por objetivo lesar credores, mas sem apontar, exatamente, como seria caracterizado esse propósito (Aguiar; Santos, 2019). Outros indicam como limite a essa vantagem da blindagem patrimonial, os institutos da fraude à execução e da fraude contra credores e a desconsideração de personalidade jurídica inversa (Rezende; Oliveira, 2019).

As vantagens, pois, próprias das *holdings* patrimoniais são todas relativas à esfera individual do empresário, no campo do planejamento tributário,

3 Recentemente, o Supremo Tribunal Federal delimitou o alcance dessa imunidade, no julgamento em regime de repercussão geral do RE 796.376, ao valor do capital social integralizado. Restando, assim, ementado: “A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado”. A partir da fundamentação do voto vencedor do Min. Alexandre de Moraes, proferido nesse julgado, ganhou força a tese de que essa imunidade alcança os casos em que a pessoa jurídica adquirente tem por atividade a compra e venda de bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. A tese é de que o relator do voto vencedor, Alexandre de Moraes, apontou a existência de duas hipóteses distintas de imunidade: a) incorporação de bens ou direitos ao patrimônio de pessoa jurídica por meio de integralização de cotas; e b) transmissão de bens ou direitos por meio de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica. Apenas quanto a esta última hipótese, haveria a ressalva atinente à atividade do adquirente, sendo, preponderantemente, a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Já há notícia de que o Tribunal de Justiça de São Paulo não vem acolhendo essa tese, sob o argumento do desembargador Ricardo Chimenti de que as considerações do ministro Alexandre de Moraes sobre a aplicação incondicional da regra foram apenas a título de *obiter dictum*, “sem qualquer caráter vinculante”, devendo prevalecer o entendimento de que a imunidade “não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição (artigo 37 do CTN)” (CONJUR, 2022).

4 Nesse diapasão, Baleeiro (2010, p. 272) sustenta o que segue: “Se o início das atividades da firma adquirente data de menos de 2 anos, ela gozará do benefício fiscal, sujeita, porém, a perdê-lo e ser compelida ao pagamento do imposto, caso nos três anos posteriores à aquisição verificar-se a preponderância dos negócios imobiliários. A exoneração do tributo é condicional durante o triênio seguinte, convalidando-se, definitivamente, depois dele. O imposto fica diferido até que se complete o termo. Resolve-se se não houver a preponderância de negócios imobiliários. O Fisco adotou a técnica da ‘condição’ do Direito Civil. Se aquela preponderância vier a confirmar-se prevalecem a alíquota e o valor venal do tempo da aquisição. Obviamente, a empresa adquirente deve estabelecer esse valor pelos meios administrativos ou, na impossibilidade ou inaceitabilidade deles, por vistoria e arbitramentos judiciais, ad perpetuam rei memoriam, com a indispensável citação do Estado”.

sucessório e da blindagem patrimonial. Não se destaca, portanto, nenhum ganho social direto, como a criação de empregos, tributos ou inovação.

3. MITIGAÇÃO DA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL DA HOLDING PATRIMONIAL

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2020, p. 16) apontam como fundamento legal para a constituição das *holdings* o art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/76, que dispõe: “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”. Em seguida, esclarece que, apesar desse normativo não fazer referência expressa, há a possibilidade de constituição de uma *holding* patrimonial – entendida como uma “sociedade constituída para ser a proprietária de determinado patrimônio”.

Assim, ainda que não exista vedação legal à sua constituição, é de se inquirir se a aplicação do regime de separação patrimonial, ínsito às pessoas jurídicas, deve da mesma maneira ser observado para uma empresa cuja única atividade social é ser proprietária de bens.

É cediço que a pessoa jurídica tem direitos e deveres distintos dos seus sócios e, notadamente, patrimônio autônomo.⁵ A criação das sociedades personificadas visou incentivar o empreendedorismo e o desenvolvimento econômico por meio do resguardo ao patrimônio pessoal dos seus sócios, posto que apenas o patrimônio da empresa responderia por eventuais dívidas por ela contraídas.

Fábio Ulhoa Coelho destaca que o princípio da autonomia patrimonial é um dos elementos fundamentais do direito societário e que ele decorre da personalização das sociedades empresárias. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade. Assim,

se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos da exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais (Coelho, 2009, p. 14-16).

5 “A personalidade jurídica confere à sociedade empresarial uma existência diversa em relação aos sócios ou seu administrador, sendo uma entidade jurídica individualizada e autônoma, com atuação abstrata dos sócios. Consequentemente, a personalidade jurídica é o agrupamento de bens e pessoas em prol da realização de um objetivo comum, legalmente previsto por lei e revestido de titularidade de direitos e deveres na ordem civil” (Somera; Mingati, 2022, p. 17).

A separação patrimonial entre os bens dos sócios e das sociedades empresárias tem duas faces.

A primeira delas é mitigar o risco de o empresário ter seu patrimônio afetado por eventual insucesso da sociedade empresarial. Percebe-se, pois, que a questão é posta pela limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas da pessoa jurídica.

Por um outro prisma, a separação patrimonial também representa proteção aos credores da empresa, a fim de que o seu patrimônio não responda por dívidas dos sócios. A partir do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos sócios que a constituem, os credores da sociedade têm preferência frente aos credores pessoais no acesso aos ativos da empresa. Em suma, o patrimônio da empresa serve apenas à atividade da própria sociedade (Zecchin, 2013).

Contudo, seja como proteção aos sócios da empresa ou aos seus credores, não se pode perder de vista que a pessoa jurídica, conforme destaca Amadeu Braga Batista Silva (2012, p. 205):

era um instrumento da consecução de objetivos socialmente proveitosos,⁶ pois, ao mesmo tempo em que permitia a aferição de lucro pelo empresário (proveito individual), permitia a geração de trabalho e emprego, o desenvolvimento econômico das cidades e dos Estados (proveito social), dentre outros. Em contrapartida aos benefícios da consecução da atividade econômica por um agrupamento de pessoas, o regime jurídico garantia ao sócio a separação do patrimônio dele do da sociedade.

Aliás, a legitimação da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, fundada nos benefícios sociais de geração de emprego, tributo, renda e inovação em benefício de todos, foi mesmo positivada no parágrafo único do artigo 49-A do Código Civil, introduzido pela Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019).⁷

Percebe-se, assim, que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas em relação ao patrimônio dos seus sócios tem por fundamento um ganho social, decorrente do desenvolvimento de atividade econômica.

Nesse ponto, repise-se os conceitos de *holding* familiar e *holding* patrimonial (Da Silva e Rossi, 2017, p. 21, grifo nosso):

6 Sobre o tema, Marçal Justen Filho destaca que “a pessoa jurídica é e só pode ser um instrumento para a obtenção de resultados proveitosos para toda a sociedade. A personificação societária afigura-se como funcionalmente envolvida na consecução de valores e não se encerra em si mesma” (Justen Filho, 1987, p. 45).

7 Sobre o tema: “Em douda análise sobre a adição do art. 49-A no CC/2002, STOLZE nos conta que o dispositivo, além de expressar a separação jurídico-existencial da pessoa jurídica das pessoas físicas que a compõem, assinala também a definição da função social da autonomia patrimonial da pessoa jurídica em seu parágrafo único, que estabelece comunicação com o princípio social da empresa” (Lastres, 2020, p. 49).

Holding familiar pode ser criada unicamente para manter as atividades e quotas/ações de outras empresas pertencentes à família, concentrando a gestão de negócios em uma única estrutura societária, de modo que, por meio dela, também seja possível adotar um planejamento sucessório e tributário, visando à melhor gestão de patrimônio e das finanças da família. É comum, ainda, sua constituição para que se detenham os bens familiares, mormente imóveis, desenvolvendo atividades correlacionadas, como compra, venda e aluguel.

A *holding* patrimonial, pois, é constituída para se tornar proprietária dos bens de uma família, mas também de um dado grupo empresarial, podendo ou não desenvolver atividades imobiliárias. Ademais, é típico das *holdings* patrimoniais a não assunção de riscos. As vantagens em sua constituição, atinentes a planejamento tributário, hereditário e blindagem patrimonial, representam proveitos apenas individuais. Não se vislumbram, pois, proveitos sociais, notadamente, quanto às *holdings* patrimoniais puras – que não realizam atividade de compra e venda nem aluguel de bens – haja vista a ausência de atividade econômica. Por conseguinte, se não há atividade econômica, não há geração de emprego, tributo, renda e inovação na constituição de uma *holding* patrimonial. Logo, não há o benefício social previsto no parágrafo único do art. 49-A do Código Civil como fundamento para licitude da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Se, por um lado, a *holding* patrimonial não representa ganhos sociais, considerados pelo ordenamento pátrio como fundamento para a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, também não se pode perder de vista que a limitação de responsabilidade é legitimada para a obtenção de um escopo determinado em lei. Ela só pode ser franqueada aos indivíduos, na medida em que visa à consecução de um objetivo socialmente útil, que justifique o abrandamento da força coercitiva de que se reveste o princípio segundo o qual o devedor responde com todos os seus bens pelo cumprimento de suas obrigações.

Assim, considerando que as *holdings* patrimoniais não representam riscos aos seus instituidores e não resultam nos ganhos sociais que se buscam atingir a partir do desenvolvimento da atividade econômica, o que justifica e é finalidade da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, é certo que tais entes não merecem a mesma proteção conferida às demais empresas operacionais, que lidam com o risco do negócio e resultam em geração de renda, emprego, tributos e inovação.

4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA HOLDING PATRIMONIAL

Como forma de coibir abusos quanto ao direito de limitação da responsabilidade patrimonial, a jurisprudência e doutrina norte-americanas,

no início do século XX, desenvolveram a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A partir de então, espalhou-se a ideia de que o ordenamento jurídico deve prever hipóteses nas quais a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é de ser afastada para alcançar os bens dos seus sócios, se configurado que o funcionamento da empresa é direcionado a uma finalidade ilícita.

No Brasil, Rubens Requião, em 1969, foi quem iniciou as discussões sobre a matéria, em conferência proferida na Universidade do Paraná, na qual trouxe as abordagens internacionais e examinou alguns julgados proferidos no Brasil. Desde aquela oportunidade, já havia sido posta a ideia, a partir dos ensinamentos do doutrinador alemão Rolf Serick, de que o abuso de direito configura desvio de finalidade hábil à declaração de ineficácia da autonomia patrimonial da pessoa jurídica:

Com efeito, o que se pretende com a doutrina do “*disregard*” não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude). “Se se abusa de uma sociedade para fins alheios a sua razão de ser, escreve o mesmo jurista, a “*disregard doctrine*”, evita que o direito tenha que sancionar tão temerária empresa. Com isto no fundo não se nega a existência da pessoa, senão que se a preserva na forma com que o ordenamento jurídico a tem concebido”. E assim formula Serick o axioma de quem nega a personalidade é quem dela abusa, pois quem luta contra semelhante desvirtuamento é quem a afirma (Requião, 2002, p. 756).

A desconsideração da personalidade jurídica, portanto, não aponta para uma anulação ou extinção da pessoa jurídica, mas tão somente uma suspensão da eficácia da sua autonomia patrimonial.

Além das causas subjetivas atinentes ao abuso do direito e à fraude trazidas ao ordenamento pátrio por Rubens Requião, foram estabelecidas causas objetivas, principalmente, a partir das lições de Fábio Konder Comparato, segundo as quais determinadas condutas, por si só, reclamariam a incidência da desconsideração, independentemente da intenção do agente. Nesse rol, está inserida a figura da confusão patrimonial (Vidigal, 2020).

Os critérios para desconsideração da personalidade jurídica podem também ser classificados em duas correntes que deram origem à teoria maior e à teoria menor.

Enquanto a teoria maior exige que restem configuradas as causas subjetivas ou objetivas, bem como a insolvência da pessoa jurídica para

que, então, possa ser desconsiderada a sua personalidade; a teoria menor surge a partir da necessidade de proteção a grupos vulneráveis, tais como trabalhadores e consumidores, sendo suficiente a inexistência de bens da pessoa jurídica hábeis a suportar as suas dívidas.

Nas palavras de Parentoni (2012, p. 116):

a lógica própria do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor (e, mais recentemente, do Direito Ambiental) paulatinamente fez com que a desconsideração, teoria criada para incidir em relações jurídicas nas quais havia igualdade formal entre os sujeitos, nesses novos ramos visasse outros objetivos: proteger a parte vulnerável (consumidor ou empregado) ou conferir especial tutela a certos bens jurídicos (caso do meio ambiente saudável). A limitação de responsabilidade passou a ser afastada sempre que a sua observância dificultasse alcançar tais objetivos.

Em trabalho intitulado *A interação entre direito e economia na desconsideração da personalidade jurídica*, Paulo Ricardo Pozzolo, Maria Ângela Szpak Swiech e Lana Matienzo Gomes Pedrosa (2021) apontam três fases acerca da aplicação dessa teoria no Brasil. No início do século XX, com a promulgação do Código Civil de 1916, havia uma estrita observância da personalidade jurídica, com respeito absoluto pela autonomia patrimonial. Em seguida, com as ideias lançadas pelo festejado professor Rubens Requião e com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998) e do novo Código Civil, instalou-se a fase em que “generalizam-se a tal modo que a exceção – desconsideração da personalidade jurídica – acabou sendo transposta para uma condição geral” (Pozzolo; Swiech; Pedrosa, 2021, p. 143). A terceira fase, contemporânea, é influenciada pela interação Direito e Economia e resta reconhecida a importância e precisão de um mecanismo legal que permita desconsiderar a personalidade jurídica quando haja grave desvio de finalidade da empresa. Essa última fase – entendem Pozzolo, Swiech e Pedrosa – tem a promulgação da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) como seu ápice, visto que esse diploma legal restaurou a separação entre a pessoa jurídica e seus sócios.

Considerando a proteção ao patrimônio dos empresários a partir da constituição de uma *holding* patrimonial, pode-se concluir que a difusão da sua utilização como mecanismo de blindagem patrimonial seja consequência da crise da limitação da responsabilidade, quando os empresários deixaram de ter previsibilidade e segurança jurídica quanto aos riscos envolvidos em determinado empreendimento.⁸

8 Nesse sentido: “Ademais, a *Holding* se tornou uma estrutura vantajosa com o advento do novo Código Civil, quando se expandiram sobremaneira as possibilidades legais de despessoalização da personalidade jurídica, que pode imputar aos sócios a responsabilidade e o dever de suportar com seu próprio patrimônio as dívidas da pessoa jurídica” (Junior; Silva, 2014, p. 57).

Entretanto, não se pode perder de vista que é o ordenamento jurídico que, ante a importância da limitação da responsabilidade como incentivo ao desenvolvimento da atividade econômica, frente à vulnerabilidade de alguns grupos, considerou por privilegiar estes últimos. Logo, não se tem como legítimos arranjos societários que terminem por tornar vazia a responsabilidade patrimonial aposta aos sócios de empresas que se tornam devedoras frente a tais grupos vulneráveis.

Ainda que se considere tão somente a desconsideração clássica, envolvendo apenas credores que puderam escolher, dentro da sua autonomia, com quem realizar negócios, vale a crítica posta por Leonardo Parentoni (2012) acerca da fragilidade da responsabilidade limitada, em vista da ausência de norma fixando capital social mínimo conforme o porte da atividade realizada. Para esse professor (2012, p. 139), há “íntima relação entre a imposição normativa de capital mínimo, limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios pelas dívidas sociais e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica”. O fato é que a inexistência de um regramento acerca do capital social mínimo possibilita que o próprio empreendedor defina o limite da sua responsabilidade, que pode, inclusive, ser muito distinto do valor realmente investido no negócio.⁹ Torna-se factível que uma empresa tenha elevada folha de pagamento de empregados e vultoso fluxo de negócios, mas com capital social ínfimo, que representa a garantia mínima dos credores.

Assim, por um lado, tem-se uma responsabilidade limitada na qual os próprios sócios podem definir a garantia mínima dos credores, o capital social. Por outro, a vulnerabilidade de credores, tais como trabalhadores e consumidores, que esperam contar com a garantia de que todo o patrimônio do devedor responda por suas dívidas.

Dentro desse contexto, porém, a estrutura é de empreendedores que constituem uma sociedade – muitas vezes, com capital social ínfimo – que realiza uma atividade econômica, mas também utiliza os seus bens para integralizar as cotas de uma *holding* patrimonial. Na hipótese de insucesso do negócio, ainda que, pela teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, a insolvência da empresa seja suficiente para o levantamento do seu véu e atingimento dos bens dos sócios para satisfação dos créditos dos grupos vulneráveis, essa escolha do legislador de que os riscos do negócio não devem ser repartidos com tais grupos torna-se vazia;

9 Sobre o tema, veja-se Patrícia Barbi Costa: “Mister destacar que, no Brasil, dada a ausência de regras sobre o capital máximo e mínimo (*Mindestkapital*), o princípio da intangibilidade do capital social não é ferramenta para a manutenção do ‘valor’ da empresa em si, pois o capital social tem valor meramente nominal, sem guardar consonância com a realidade, permitindo que muitas sociedades brasileiras adotem como valor do capital social estatutário cifra insignificante, muito menor que o capital efetivamente investido na sociedade e necessário à realização do objeto social – estes são conhecidos artifícios contábeis ou negociais. Há efetiva transferência do risco do negócio aos credores, o que viola a própria natureza da sociedade perante terceiros como ente dotado de personalidade jurídica e patrimônio próprio, bem como o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios ou acionistas...” (Costa, 2009, p. 16-18).

uma vez que todos os bens dos sócios foram transferidos para sua *holding* patrimonial. Da mesma maneira ocorre em relação aos credores comuns, acaso seja comprovado que a empresa atuava com abuso de personalidade (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), ou outra causa legal de responsabilização dos sócios (v.g. art. 135, III, do CTN, c/c Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça).

Assim, dito empresário tem uma dupla proteção: além de ter seu patrimônio pessoal resguardado pela regra da responsabilidade limitada, cujos limites são por ele definidos ao determinar o capital social, também se vale da autonomia patrimonial da *holding*. Essa dupla proteção, ainda que possa ser um dos efeitos da “crise da pessoa jurídica”, não tem amparo legal e surge como burla ao sistema de responsabilidade limitada.

Há, então, um conflito entre o princípio da livre-iniciativa, ao passo que a responsabilidade limitada é incentivo à atividade empreendedora, e os outros princípios sociais, tais como a função social da empresa, proteção ao consumidor e ao trabalhador. Quanto a esse conflito, elucidativas as palavras do Ministro Gilmar Mendes, em que assenta a necessidade de busca de ponderação entre tais valores:

A livre-iniciativa se afigura como real direito fundamental autônomo com contornos essenciais definidos, demarcando um núcleo de proteção da liberdade individual. O conteúdo do princípio da livre-iniciativa, contudo, não deve ser compreendido como a base de um modelo puramente absenteísta de Estado na ordem econômica brasileira. A essência compromissória do nosso texto constitucional é concretizada pela previsão de outras diretrizes de intervenção estatal no domínio econômico que se contrapõem à perspectiva liberal tradicional. Nesse sentido, citem-se os princípios da função social da propriedade (art. 170, III), de defesa do consumidor (art. 170, V) e da proteção ao meio ambiente (art. 170, VI). Em razão da vigência desses preceitos, diz-se que a posição que mais se coaduna com a nossa Carta Maior é a de busca por uma situação de ponderação entre os valores de livre iniciativa e de justiça social (Mendes, 2020, p. 33-34).

Ante a falta de fundamentação legal expressa para a constituição de uma *holding* patrimonial, aliada ao fato de que essas pessoas jurídicas têm, dentre as suas características, a não assunção de risco,¹⁰ é de se questionar em que medida deve ser observada a sua autonomia patrimonial em relação

¹⁰ Cristina Ferreira Sanchez Gomes e Carolina Fagundes Leitão, em *Holding patrimonial familiar e seus incentivos: uma análise juseconômica* (2016, p. 381), trazem como características da *holding* familiar: a) com ela administra-se patrimônio próprio ou da família; b) pode se manter a administração sob o controle do fundador; c) seu capital social é integralizado através da incorporação de bens móveis, imóveis, dinheiro e outros direitos. Todos esses ativos são transferidos dos sócios para a *holding*; d) a sociedade passa a auferir as rendas decorrentes dos ativos; e) a sociedade não deve participar de atividades de risco.

aos bens dos seus sócios. Afinal, não se pode perder de vista que o atributo da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas já tem por escopo estimular a atividade empresarial e proteger o patrimônio dos empresários do risco do negócio (Coelho, 2005). Assim, acrescentar a essa proteção também a possibilidade de transferir todos os seus bens para uma outra pessoa jurídica não operacional torna mesmo vazia a responsabilidade patrimonial (art. 789, CPC).¹¹ Tutela-se, destarte, com as *holdings* patrimoniais, a inexistência de bens presentes ou futuros do sócio que não obtiver êxito na sua atividade empresarial e, ao fim, fechar as portas do seu estabelecimento com dívidas.

Ademais, não se pode perder de vista que a jurisprudência, a doutrina e até a legislação já vêm corrigindo os excessos na adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (Parentoni, 2012). Nessa toada, foi a promulgação da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), que “reflete essa nova conjuntura, apresentando-se como uma reação ao uso desmedido da técnica, com o objetivo de fixar critérios precisos para sua aplicação” (Vidigal, 2020, p. 120).

5. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO PARA O CABIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Com a redação dada ao artigo 50 pela Lei de Liberdade Econômica, o seu *caput* manteve a expressão “abuso da personalidade jurídica” e o caracterizou pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Manteve-se, assim, a conexão entre o instituto da desconsideração e o abuso de direito¹² (Vidigal, 2020).

Na nova redação, ainda no *caput*, foi incluído que os efeitos da desconsideração sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou sócios beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. A redação original do art. 50 referia-se apenas a sócios ou administradores, não havia menção a “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”. Essa lacuna permitia que, por vezes, sócios minoritários ou investidores, sem poderes decisórios, tivessem o seu patrimônio atingido, ainda que, por ocasião da I Jornada de Direito Civil, em setembro de 2002, já houvesse sido firmado o Enunciado n. 7, nos seguintes termos: “Só se aplica a desconsideração da personalidade

11 Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 207) conceitua, pois, responsabilidade patrimonial como a possibilidade de sujeição do patrimônio do devedor para assegurar a satisfação do direito do credor, uma relação entre o Estado e o responsável pela obrigação, por meio da qual aquele pode invadir o patrimônio deste.

12 Também há uma associação da figura do abuso do direito com o desvio da finalidade na seara do Direito Administrativo, como se percebe na definição posta por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 410): “Haveria desvio de poder quando o agente visa a satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado, de modo que o desvio de poder representaria um mau uso da competência, na medida em que o agente busca finalidade incompatível com a natureza do ato”.

jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

O desvio de finalidade é assim definido no primeiro parágrafo do mencionado dispositivo: “para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

A MP 881/19, cuja conversão deu origem à Lei n. 13.874/2019, contudo, trazia o elemento dolo para a caracterização do desvio de finalidade, no parágrafo supra reproduzido. A maior parte da doutrina, porém, considerou que “a exigência do elemento subjetivo intencional (dolo) para caracterizar o desvio (...) colocaria por terra o reconhecimento da tese da disfunção” (Stolze, 2019). Deve-se observar, ainda, que “se afigura, praticamente, impossível demonstrar a intenção dolosa da pessoa jurídica, bem como o propósito de lesar credores” (Tepedino, 2019, p. 12), elementos subjetivos do abuso de personalidade que estão além do alcance da capacidade probatória de quem invoca a desconsideração. No momento da conversão da MP 881/19 na Lei n. 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), no entanto, o elemento dolo foi suprimido, sob a seguinte justificativa da emenda parlamentar n. 90:

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que aprovou o Código Civil, adotou a teoria objetiva do abuso de direito, segundo entendimento doutrinário majoritário consubstanciado no enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. A MPV nº 881, de 2019, se afasta dessa teoria ao prever a necessidade de dolo para a caracterização do desvio de finalidade na desconsideração da personalidade jurídica. Veja-se que a necessidade da conduta dolosa afastará, inclusive, o desvio de finalidade nas hipóteses de culpa. Atualmente o elemento doloso para a aplicação da desconsideração é exigido pela jurisprudência apenas para os casos de encerramento irregular das atividades. A inclusão de dolo no § 1º do art. 50 do Código Civil configura, portanto, verdadeiro retrocesso para o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, restringindo e dificultando bastante sua aplicação. Com o objetivo de resgatarmos o modelo de responsabilidade pensado pelo Código Civil, propomos a supressão da expressão “dolosa” daquele dispositivo alterado pelo art. 7º da MPV nº 881, de 2019 (Brasil, 2019).

São dois, então, os institutos que representam o desvio de finalidade para a desconsideração da personalidade jurídica: a fraude, representada na expressão “com o propósito de lesar credores” e a prática de atos ilícitos de

qualquer natureza.¹³ Ana Frazão (2020, p. 2), ao comentar a nova redação do § 1º do art. 50, destaca que, “além dos atos dolosos, com propósito de lesar credores, a desconsideração também se justifica em razão de ilícitos de qualquer natureza”.

A partir, portanto, da conversão da MP 881/19 na Lei n. 13.874/19, com a supressão do elemento dolo, há mais um argumento à linha doutrinária segundo a qual o Código Civil de 2002 adotou a teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, que prescinde da comprovação do elemento anímico.

Assim, independentemente da intenção de lesar o credor, acaso comprovado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, é cabível a desconsideração da personalidade jurídica.

6. AUSÊNCIA DE ATIVIDADE ECONÔMICA DAS HOLDINGS IMOBILIÁRIAS COMO ABUSO DE DIREITO

Pela ausência de ganhos sociais, a proteção à autonomia patrimonial das *holdings* patrimoniais não deve ser a mesma conferida às demais sociedades comerciais. Não se trata simplesmente de aplicação da teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica, por meio da qual a mera existência de dívidas pessoais dos sócios das *holdings* já justificaria a desconsideração inversa da sua personalidade jurídica, mas da existência de elementos que comprovem o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Acerca da prova de tais elementos, traz-se à baila a contribuição de Fernanda Vidigal (2020, p. 163), a partir de ensinamentos de Karl Larenz, ao propor uma interpretação da confusão patrimonial como tipo e, da mesma forma, quanto à produção de prova. A autora, com base na, hoje vigente no Código de Processo Civil, teoria das cargas dinâmicas na seara probatória e no princípio da praticabilidade, na forma descrita por Misabel Derzi,¹⁴ concluiu que a prova da confusão patrimonial deve ser indiciária, admitindo, inclusive, a inversão do ônus da prova e presunções relativas.

13 Também Anderson Schreiber (2019) critica a exigência de comprovação do dolo para configuração do desvio de finalidade: “Nessa direção, o §1º define o que se deve entender por desvio de finalidade, aludindo à utilização dolosa da pessoa jurídica para (a) lesar credores e (b) praticar atos ilícitos de qualquer natureza. Apesar do conectivo ‘e’, não se trata de requisitos cumulativos, bastando o uso da pessoa jurídica em um ou outro sentido para a caracterização do desvio de finalidade. A exigência de dolo, no entanto, é criticável: dificulta excessivamente a aplicação da desconsideração e atrela o artigo 50 a uma perspectiva subjetivista, que enxerga a desconsideração como uma sanção a um mal feito, afastando-se da abordagem contemporânea do abuso do direito como exercício de uma situação jurídica subjetiva em dissonância com a sua finalidade normativa – como parecia ter sido a intenção do legislador na versão original do Código Civil, ao optar pelo emprego da expressão desvio de finalidade”.

14 Conforme destaca Fernanda Vidigal: “Diante dessa concepção do princípio da praticabilidade, Misabel Derzi explica que a opção pelo método tipológico ou conceitual abstrato deve levar em conta a ‘necessidade de utilização de técnicas simplificadoras da execução das normas jurídicas’, observando a finalidade de: – evitar a investigação exaustiva do caso isolado, com o que se reduzem os custos na aplicação da lei; – dispensar a colheita de provas difíceis ou mesmo impossíveis em cada caso concreto ou aquelas que representam indevida ingerência na esfera privada do cidadão e, com isso, assegurar a satisfação do mandamento normativo” (2020, p. 163).

Dentro deste arcabouço teórico, é possível, também na figura do desvio da finalidade, tecer considerações que impliquem na presunção, ainda que relativa, de que as *holdings* patrimoniais que não apresentam receita operacional configuram abuso do direito à autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Se a constituição de uma *holding* patrimonial ou imobiliária, em vista de não representar ganhos sociais – tais como produção de renda, emprego, tributo e inovação – não enseja a mesma autonomia patrimonial conferida às demais empresas, a sua completa inatividade é suficiente para configurar abuso de direito, hábil a ensejar a desconsideração da sua personalidade jurídica por desvio de finalidade. Para as *holdings* patrimoniais que, de alguma maneira, tenham atividade econômica, também é possível configurar o abuso da personalidade jurídica, nos casos de fraude ou se presentes elementos de confusão patrimonial, mas também por meio de comprovação de que a constituição da *holding* não representa nenhum ganho social, como os elencados no art. 49-A, parágrafo único do Código Civil.

A hipótese de não auferimento de qualquer receita operacional implica que a *holding* não exerceu a atividade para qual foi constituída e, por conseguinte, não persiste justificativa para manutenção da sua autonomia patrimonial como instrumento de incentivo ao desenvolvimento econômico. Destarte, se um de seus sócios figura como devedor e não possui mais nenhum bem penhorável, é cabível a desconsideração inversa da sua personalidade jurídica, com fulcro no desvio de finalidade, para que o patrimônio da *holding* seja atingido como garantia ao cumprimento das obrigações dos seus sócios.

A ausência de atividade econômica, aliás, tem sido fundamento para afastar a regra de imunidade de imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI) na integralização do capital social com imóveis prevista no art. 156, § 2º da Constituição Federal.¹⁵ É o que se observa em vários acórdãos da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos quais restou consignado, em ementa, que:

a atividade econômica e a partilha entre si dos resultados são características indispensáveis ao conceito de empresa, nos termos do art. 981 do Código Civil. Receita operacional é um dos componentes da definição constitucional da imunidade. Não havendo atividade econômica e receita operacional, a empresa não preenche o requisito indispensável

15 Sobre o tema, veja-se Hidemberg Alves da Frota: “Em outras palavras, na ambiência do art. 156, § 2.º, inciso I, da CF/88, as pessoas jurídicas destinatárias da transmissão de bens e/ou direitos imobiliários, por meio quer da realização (integralização) de capital, quer da fusão, incorporação, cisão e extinção de ente societário, não são imunes ao ITBI, em caso de inatividade, uma vez que, sem o exercício de atividade econômica, de jure preponderante imobiliário ou não, deixa-se, de toda sorte, de atender ao fim dessas imunidades almejado pelo poder constituinte originário, consubstanciado na desoneração fiscal, como meio de estímulo às sociedades simples e empresárias que, de modo efetivo, atuam em território brasileiro, no mercado local, regional ou nacional, com vistas à produção, à circulação, à distribuição e/ou ao consumo de bens stricto sensu e serviços (ambos, rememore-se, aos olhos das Ciências Econômicas, integram o rol de bens lato sensu).” (FROTA, 2017, p. 21).

para o gozo da imunidade prevista na Constituição Federal, disciplinada no art. 37 do CTN.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça¹⁶ não tenham ainda apreciado o mérito da questão, o primeiro com esteio em sua Súmula 279 e aquele sob o fundamento principal de que a questão é constitucional, é possível concluir que a ausência de receita operacional de uma *holding* patrimonial esbarra mesmo no próprio conceito legal de contrato de sociedade (art. 981, CC), que exige a realização de atividade econômica como finalidade. Esbarra, ainda, no fundamento de licitude da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, previsto no art. 49-A do Código Civil, visto que, sem atividade econômica, não há geração de emprego, tributo, renda e inovação em benefício de todos. Acrescente-se que, ao contrário das outras espécies de *holding*, a *holding* patrimonial não tem previsão legal.

Observe-se que o fundamento da imunidade constitucional em comento tem como escopo – assim como o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas – o fomento ao desenvolvimento econômico. Assim, em benefício do incentivo à atividade empresarial, afasta-se a incidência do ITBI sobre a transferência de imóveis como integralização do capital social. Contudo, não tendo a empresa adquirente do imóvel, via integralização do capital social, exercido qualquer atividade mercantil, nos julgados em análise, restou afastada a imunidade pretendida.

Da mesma maneira, se ausente qualquer atividade da *holding* patrimonial, não há que se falar em risco do negócio ou ganho social. É de se concluir, portanto, esvaziado o fundamento para proteção da sua autonomia em relação ao patrimônio dos sócios, qual seja, o incentivo ao desenvolvimento econômico. Dessa forma, é de se concluir que a ausência de receita operacional surge como comprovação, ainda que relativa, de desvio de finalidade na criação das *holdings* patrimoniais, a ensejar a sua desconsideração.

16 “(...) Não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional. No caso, o Tribunal de origem manifestou-se de forma fundamentada sobre o cerne dos pontos discutidos no caso concreto, especialmente apontando que, no caso, a ausência de qualquer atividade econômica da recorrente, considerando a ausência de receita operacional, afasta o gozo da imunidade prevista no art. 156 da Constituição Federal. (...) VII - No mais, tem-se que, no caso, o Tribunal de origem partiu do pressuposto de que a existência de receita operacional é essencial à configuração da imunidade tributária ao ITBI, que visa justamente ao estímulo à atividade empresarial. Assim, adotou o fundamento suficiente de que, não tendo a recorrente exercido qualquer atividade mercantil, não seria possível aferir atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente do bem cuja transferência pretende a incidência da imunidade. (...) X - Mesmo que fossem superados esses óbices, a controvérsia foi dirimida, pelo Tribunal de origem, sob enfoque eminentemente constitucional, ao asseverar, expressamente, que, à luz do disposto no art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, seriam imprescindíveis o efetivo exercício das atividades empresariais e a obtenção de receitas patrimoniais para o gozo da imunidade relativa ao ITBI, o que torna inviável o presente recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, inserta no art. 102 da Constituição Federal. (...) XIII - Agravo interno improvido” (Superior Tribunal de Justiça, 2021).

7. A POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS *HOLDINGS* PATRIMONIAIS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Ainda que o artigo 50 do Código Civil mencione, de maneira expressa, que cabe ao juiz, a requerimento da parte ou do Ministério Público, a desconsideração da personalidade jurídica, é preciso observar as conclusões de Lucas Alves Freire (2011), no sentido de que essa norma se direciona às relações jurídicas pautadas pela horizontalidade. A relação, contudo, entre a Administração e seus administrados tem contornos de verticalidade, com balizas na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que defluem na presunção de legitimidade e veracidade dos atos, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade das decisões. Por outro lado, a Administração Pública está adstrita ao dever de fazer apenas ao que estiver previsto em lei; distinto, portanto, da atuação dos particulares, que podem fazer tudo aquilo não proibido por lei. O autor, então, conclui pela possibilidade da desconsideração na esfera administrativa e traz as considerações de Luciano Chaves Farias (2009, p. 782):

Assim, tem-se que o agente da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa não é o juiz. A explicação lógica para a necessidade de decisão judicial nas esferas consumerista e cível reside no fato da existência de relações jurídicas de Direito Privado, caracterizadas pela horizontalidade, não podendo uma das partes, unilateralmente, impor obrigações ou constituir direitos em desfavor da outra. Na esfera administrativa, a realidade é bem distinta. As relações jurídicas não são caracterizadas pela horizontalidade, existem as conhecidas cláusulas exorbitantes, a indisponibilidade do interesse público e a sua prevalência (supremacia) sobre o interesse privado da outra parte. Por isso, é plenamente possível conceber a dispensabilidade da decisão judicial na aplicação da teoria na seara administrativa.

Também Marçal Justen Filho (2008, p. 765), quanto à desconsideração da personalidade jurídica, sustenta que “nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas”.

Como contraponto à literalidade do Código Civil, tem-se, no âmbito da atividade de cobrança de créditos fiscais, a norma do art. 20-D, III, da Lei n. 10.522/2002, com redação dada pela Lei n. 13.606/2018, que estabelece competência à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de instaurar procedimento administrativo, a critério exclusivo da autoridade, para apuração de responsabilidade por débito inscrito em dívida ativa:

Art. 20-D. Sem prejuízo da utilização das medidas judiciais para recuperação e acautelamento dos créditos inscritos, se houver indícios da prática de ato ilícito previsto na legislação tributária, civil e empresarial como causa de responsabilidade de terceiros por parte do contribuinte, sócios, administradores, pessoas relacionadas e demais responsáveis, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá, a critério exclusivo da autoridade fazendária (Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018) (...).

III - instaurar procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por débito inscrito em dívida ativa da União, ajuizado ou não, observadas, no que couber, as disposições da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Não se trata da única hipótese de preceito normativo autorizando a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo. No mesmo sentido, há o art. 14 da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)¹⁷ e o art. 160 da nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).¹⁸ O Superior Tribunal de Justiça, antes da promulgação de tais diplomas, já admitia a desconsideração da personalidade na esfera administrativa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. A Administração

17 Lei n. 12.846/2013: Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

18 Lei n. 14.133/2021: Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. Recurso a que se nega provimento (Superior Tribunal de Justiça, 2003).

Além da literalidade do Código Civil, alguns doutrinadores defendem que a desconsideração da personalidade jurídica se submete à reserva de jurisdição absoluta, ou seja, apenas um magistrado de carreira pode, *ab initio*, aplicá-la (Parentoni, 2012). Contudo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 2.446, em 11 de abril de 2022, rechaçou a posição de que há reserva de jurisdição absoluta para desconsiderar atos ou negócios praticados com abuso de direito.

Em referido julgado, o Supremo Tribunal Federal afastou a tese de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional pelos motivos expostos no voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia,

a exposição de motivos do Projeto de Lei Complementar 77/1999 trouxe como justificativa a necessidade de norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito (Supremo Tribunal Federal, 2022).

A nobre relatora afastou, então, as alegações de ofensa ao princípio da legalidade estrita e ao princípio da separação dos poderes para declarar constitucional a norma em questão, ainda que com eficácia limitada, enquanto não promulgada a lei ordinária regulamentadora.

Entretanto, para esse trabalho, mais importa o não acolhimento pela Corte Suprema, ainda no julgamento da ADI n. 2.446, das razões postas pelo voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que “a decisão aludida no parágrafo único do art. 116 do CTN caberá sempre a um magistrado togado, considerado o princípio da reserva de jurisdição”.

Em voto-*vista*, o Ministro Dias Toffoli consignou que não vislumbrava, na Constituição Federal, a existência de explícita determinação de que tal ato deva ser praticado por um magistrado; ainda que a autoridade administrativa deva, claro, respeitar o devido processo legal. Acrescentou que a medida administrativa de desconsideração dos efeitos de ato ou negócio jurídico dissimulado estará sempre sujeita ao controle judicial e, por fim, situou esse ato administrativo no campo da eficácia e não na esfera da validade do ato,

como ocorre com as hipóteses de nulidade previstas nos artigos 167 e 168 do Código Civil.

Como a desconsideração da personalidade jurídica também atua no plano da eficácia e possui íntima ligação com a teoria do abuso do direito, é plenamente possível estender a conclusão desse julgado no sentido de que não há, na Constituição Federal, cláusula de reserva de jurisdição impedindo a autoridade administrativa de levantar o véu da pessoa jurídica para atingir os bens dos sócios ou o inverso, que considere que os bens da *holding* patrimonial possam ser responsabilizados por obrigações de seus sócios ou administradores, ainda que, por certo, com a devida observância ao devido processo legal.

Por fim, importa destacar dois aspectos atinentes ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O primeiro é relativo à suspensão dos atos da execução enquanto está sendo processado tal incidente e, em seguida, o tempo médio de julgamento. Nesse tocante, em pesquisa realizada a partir de dados da Justiça Federal de Pernambuco, constatou-se que o julgamento de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode demorar 182 dias, em média, com variação entre 69 e 404 dias (Barbosa, 2020, p. 107).

Com isso, a análise a ser feita é o proveito social advindo da proteção da autonomia patrimonial de uma *holding* patrimonial – que não desenvolve, propriamente, uma atividade econômica, praticamente, não gera empregos – e o custo de processamento de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica, exigindo-se os mesmos requisitos para o levantamento da separação patrimonial das sociedades empresariais que atendem à função social da empresa.

A exigência de um provimento judicial, com todos os custos atinentes a um processo judicial, acrescido da suspensão dos atos de cobrança, não encontra conformidade com os ganhos sociais advindos das *holdings* patrimoniais. Dessa forma, com fulcro no princípio da eficiência, é cabível que o procedimento de desconsideração da sua personalidade jurídica seja feito na seara administrativa.

CONCLUSÃO

Com base nas razões expostas, conclui-se que as *holdings* patrimoniais resultam em ganhos apenas individuais (planejamento tributário, sucessório e blindagem patrimonial). Delas não decorrem benefícios sociais, tais como geração de emprego, tributo, renda e inovação; o que, considerando a função social da empresa e os termos do art. 49-A, parágrafo único, do Código Civil, afasta a legitimidade para a proteção da sua autonomia patrimonial e o esvaziamento do princípio de que todos os bens do devedor respondem por suas dívidas. Por conseguinte, os poucos ganhos sociais advindos das

holdings patrimoniais implicam em mitigação da sua autonomia frente às dívidas pessoais de seus sócios.

A *holding* patrimonial representa uma dupla proteção, não prevista em lei, para o empreendedor à exposição aos riscos do negócio. Assim, além de – em vista da ausência de preceito legal acerca de capital social mínimo – poder definir os limites da sua responsabilidade, termina por ser-lhe facultada a proteção do seu patrimônio sob o véu de uma empresa cuja única razão de existir é ser proprietária de bens, sem resultar em produção de bens ou serviços. Com isso, a função do patrimônio como garantia do crédito torna-se esvaziada. Há, nesse contexto, uma divergência com a responsabilidade limitada dos sócios e autonomia das pessoas jurídicas como incentivo ao desenvolvimento da atividade econômica, mas também como garantia aos credores. Tais institutos estão, por via da criação de *holdings* patrimoniais, sendo desvirtuados da sua finalidade, para figurarem como instrumento de blindagem, configurando, destarte, abuso de direito, na forma do art. 187 do Código Civil, a ensejar a desconsideração inversa dessas pessoas jurídicas.

Nesse contexto de mitigação da autonomia patrimonial, é de se concluir que as *holdings* patrimoniais que não tenham receita operacional não exerceram atividade econômica. Tem-se, no caso, clara comprovação do abuso do direito de autonomia da pessoa jurídica, uma vez que se ausente qualquer atividade da *holding* patrimonial, não há falar-se em risco ou ganho social. Logo é de se concluir esvaziado, por completo, o fundamento para proteção da sua autonomia em relação ao patrimônio dos sócios, qual seja, o incentivo ao desenvolvimento econômico.

Para as *holdings* patrimoniais que, de alguma maneira, tenham atividade econômica, também é possível configurar o abuso da personalidade jurídica nos casos de fraude ou se presentes elementos de confusão patrimonial; mas também por meio de comprovação de que a constituição de dita *holding* não representa nenhum ganho social, como os elencados no art. 49-A, parágrafo único do Código Civil.

Por fim, dentro dessa perspectiva, face à ausência de reserva de jurisdição, consoante o quanto já decidido pelo STF na ADI 2.446, o princípio da eficiência administrativa e o disposto nos art. 20-D, III, da Lei n. 10.522/02, art. 14 da Lei n. 12.864/2013 e art. 160 da Lei n. 14.133/2021, entende-se como cabível a desconsideração da personalidade jurídica das *holdings* patrimoniais no âmbito administrativo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Alessandra Branca Ramos Silva; SANTOS, Elizama Alencar Rodrigues. Blindagem patrimonial utilizando a *holding* patrimonial. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 94-109, dez. 2019.

BARBOSA, Diego Idelgardo Arraes. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica: breve estudo de sua aplicabilidade na justiça federal de Pernambuco à luz do código de processo civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, [Pernambuco], n. 12, p. 89-118, 2020.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 272.

BRASIL. *Congresso Nacional. Comissão Mista da Medida Provisória nº 881, de 2019*. Emenda nº 90. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1781520&filename=EMC+90/2019+MPV88119+%3D%3E+MPV+881/2019. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp n. 1.682.791/RJ*, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 8/2/2021, DJe de 12/2/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000704737&dt_publicacao=12/02/2021. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS n. 15.166/BA*, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 435*: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. (PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010). RSTJ, [s.l.], v. 218, p. 703.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=2&pageSize=10&queryString=ITBI%20e%20%22AUSENCIA%20DE%20RECEITA%20OPERACIONAL%22&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.446*. Rel. Ministro Carmem Lúcia. Julgado em 11.04.2022. DJe 27.04.2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760366746>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 796.376*. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 04.08.2020. DJe 18.08.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4529914>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. SEÇÃO PLENÁRIA de 13/12/1963, Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação e Remessa Necessária nº 70078927266*, Rel.: Marco Aurélio Heinz, 21ª Câmara Cível, julgado em 26.09.2018, publicado em 03.10.2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 30 mar. 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 207.

CAMPOS, Henrique Fernandes; MALLMANN, Querino. A imunidade tributária de ITBI na incorporação de imóveis por sociedades *holding*. *PIDCC: Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo*, [s.l.], v. 10, n. 3, p. 21-36, out. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

CONSULTOR JURÍDICO - CONJUR. *TJ-SP nega imunidade de ITBI a holding patrimonial e empresas imobiliárias*. Publicado em: 15 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-15/tj-sp-negado-imunidade-itbi-holding-empresas-imobiliarias>. Acesso em: 3 fev. 2023.

COSTA, Patrícia Barbi. *Os mútuos dos sócios e acionistas na falência das sociedades limitadas e anônimas*. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 128.

DINIZ, Maria Helena. *Holding: uma solução viável para a proteção do patrimônio familiar*. *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law*, [s.l.], v. 20, n. 1, p. 17-34, jan-abr. 2019.

FARIAS, Luciano Chaves de. Aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Brasília, ano XIV, n. 163, p. 778-788, 2007.

FERREIRA, Cristiane Gomes; LEITÃO, Carolina Fagundes. A *holding* patrimonial familiar e seus incentivos: uma análise juseconômica. *RJLB*, [s.l.], ano 2, n. 4, p. 369-393, 2016.

FRAZÃO, Ana. Lei de liberdade econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro*. São Paulo: Reuters Brasil, 2020, p. 458.

FREIRE, Lucas Alves. A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa e seu reflexo na atividade persecutória desenvolvida pelo banco central do Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 101-130, jun. 2011.

FROTA, Hidemberg Alves da. A incidência do ITBI em relação a pessoas jurídicas inativas, à luz dos critérios de preponderância imobiliária e da finalidade constitucional. *Revista Âmbito Jurídico*, [São Paulo], n. 167, ano XX, p. 21, dez. 2017.

JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de *holding*. *Scientia Iuris*, [Londrina, Paraná], v. 18, n. 2, p. 55-72, jul-dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Jurídica Societária no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1987.

_____. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LASTRES, Alexandre Pissini. *A desnecessidade de comprovação do dolo para o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p. 61.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

MANGANELLI, Diogo Luís. *Holding familiar como estrutura de planejamento sucessório em empresas familiares*. *Revista de direito*, [s.l.], v. 8, n. 2, p. 95-118, abr. 2017.

MENDES, Gilmar. Liberdade Econômica e alienação de Empresas Estatais: reflexões a partir do julgamento da ADI nº 5.624. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Reuters Brasil, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: [s.n.], 2012.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, [2012], p. 203.

POZZOLO, Paulo Ricardo; SWIECH, Maria Angela Szpak; PEDROSA, Lana Matienzo Gomes. A interação entre direito e economia na descon sideração da personalidade jurídica. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Mistrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord). *Temas em Direito e Economia do Trabalho*. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2021, p. 127-232.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 803, n. 9, p. 751-764, set. 2002.

REZENDE, Elcio Nakur; OLIVEIRA, Marcelle Mariá Silva de. A fraude como elemento subjetivo essencial à aplicação da descon sideração inversa da personalidade jurídica das “holdings” familiares. *Scientia Iuris*, [s.l.], v. 23, n. 2, p. 110-126, jul. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I*. Publicado em: Grupo GEN, GENJurídico, 2 maio 2019. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil-parte-i/>. Acesso em: 7 jul. 2023.

SILVA, Amadeu Braga Batista. Requisitos para a descon sideração da personalidade jurídica no direito tributário brasileiro. *Revista da PGFN*, [s.l.], n. 2029, p. 203-228, set. 2012.

SILVA, Fabio Pereira da; ROSSI, Alexandre Alves. *Holding familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário*. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 21.

SOMERA, Aline Cristina Antônio e MINGATI, Vinícius Secafen. Descon sideração da personalidade jurídica e o princípio da autonomia

patrimonial na ação de execução. *Revista Jurídica UniFCV*, [Maringá, Paraná], v. 5, n. 1, p. 15-29, dez. 2022.

STOLZE, Pablo. *A Medida Provisória da Liberdade Econômica e a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, CC)*. Jus Navigandi, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. *A MP da liberdade econômica e o direito civil*. Belo Horizonte: RBDCivil, 2019, p. 11.

VIDIGAL, Fernanda Marra et al. *A confusão patrimonial como tipo: repensando a desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2020, p. 181.

ZECCHIN, Catarina Solera. *A autonomia patrimonial na empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI)*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Escola de Direito FGV, Rio de Janeiro, 2013, p. 40.

Recebido: 25/07/2024

Aprovado: 14/08/2024

CRÍTICA AOS CONTRATOS EMPRESARIAIS COMO CATEGORIA AUTÔNOMA NO CÓDIGO CIVIL

*A CRITIQUE ON BUSINESS CONTRACTS AS AN
AUTONOMOUS CATEGORY IN THE CIVIL CODE*

Eduardo Nunes de Souza¹

Marcelo Mattos Fernandes²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Unificação do direito obrigacional no Brasil: da implementação ao retrocesso. 2. Incoerências e riscos da categoria normativa dos “contratos empresariais”. Conclusão: preocupações com o futuro. Referências.

¹ Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e professor permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

² Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

RESUMO: O presente artigo busca desenvolver uma crítica à inserção dos chamados “contratos empresariais” no Código Civil brasileiro como categoria autônoma em relação aos demais contratos não consumeristas, tal como prevista pela reforma promovida pela Lei da Liberdade Econômica e por outras propostas legislativas. Para tanto, o artigo passa em revista, inicialmente, o longo processo histórico de unificação do direito das obrigações brasileiro, passando-se, em seguida, aos problemas criados com a inovação normativa da nova categoria contratual, potencialmente incompatível com os valores do sistema jurídico brasileiro e, em particular, com as diversas cláusulas gerais inauguradas pelo próprio Código Civil de 2002.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos empresariais. Contratos civis. Lei da Liberdade Econômica. Código Civil de 2002. Reforma legislativa. Cláusulas gerais.

ABSTRACT: This article seeks to develop a critique of the inclusion of so-called “business contracts” in the Brazilian Civil Code as an autonomous category vis-à-vis other non-consumer contracts, in the terms of the reform promoted by the Economic Freedom Law and other legislative proposals. To this end, we initially analyze the long historical process of unification of Brazilian obligatory law, then moving on to the problems created by such a normative innovation, which proves to be potentially incompatible with the values of the Brazilian legal system and, in particular, with the general clauses created by the 2002 Brazilian Civil Code itself.

KEYWORDS: Business contracts. Civil contracts. Economic Freedom Act. Civil Code of 2002. Legislative reform. General clauses.

INTRODUÇÃO

No estudo das categorias jurídicas de direito privado, é fundamental que se interprete a sua pertinência e a sua função considerando-se a sua historicidade e relatividade.³ Embora menos difundida no âmbito do direito empresarial contemporâneo, essa premissa metodológica mostra-se igualmente adequada ao estudo dos seus institutos. Aliás, como lecionava Tulio Ascarelli, o próprio direito comercial representa uma “categoria histórica” (Ascarelli, 1947, p. 22).⁴ Nesse sentido, também o reconhecimento de figuras como aquelas que se tem buscado denominar “contratos empresariais” demanda que a investigação seja tomada em perspectiva histórica, considerando o contexto jurídico, político, social e econômico do ordenamento em que os conceitos sob estudo são aplicados.

Desde ao menos o século XII, antes mesmo do desenvolvimento de conceitos modernos como o de negócio jurídico, os estudiosos já se debruçavam sobre os desafios decorrentes da introdução ao ordenamento de normas originadas no ambiente negocial (Ascarelli, 1999, p. 238-239). Saltando para o Brasil do século XXI, a unificação da disciplina das obrigações civis e comerciais optada pelo nosso Código Civil de 2002 motivou severas críticas por parte de abalizada doutrina nacional, além de permanecer gerando reações legislativas por parte dos defensores de uma disciplina legal especial para regular os negócios comerciais. Dando prova de que a produção do Direito é um processo social (Hespanha, 2012, p. 27-29), o interregno de quase um milênio não se mostrou suficiente sequer para apaziguar o viés legiferante do debate.

Passadas duas décadas de vigência do Código, a escolha do legislador brasileiro por unificar o direito das obrigações demonstrou ser a opção que mais adere às escolhas de fundo da Constituição Federal de 1988. Sem ignorar que o fenômeno jurídico está em constante mutação, parece razoável sustentar que, no momento atual e à luz da legalidade constitucional,⁵ não se justifica a demanda de uma normativa específica para os contratos empresariais

3 Como alerta Perlingieri, “com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos e técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais” (Perlingieri, 2008, p. 141). Prossegue o autor: “Uma visão moderna, que queira analisar a realidade sem enclausurá-la em esquemas jurídico-formais, requer uma funcionalização dos institutos do direito civil que responda às escolhas de fundo operadas pelos Estados contemporâneos e, em particular, pelas suas Constituições. [...] É necessário desancorar-se dos antigos dogmas, verificando sua relatividade e sua historicidade” (p. 137).

4 O autor ensina que “o direito, e portanto também o direito comercial, não pode ser compreendido fora da história e a sua especialidade não pode ser posta em relação com exigências técnicas imutáveis, mas com o desenvolvimento histórico da nossa experiência jurídica, que vem gradativamente afirmando – por isso primeiramente em campos determinados – novos princípios, depois suscetíveis de aplicações mais gerais, justamente porque o direito não obedece no seu desenvolvimento a preordenadas simetrias sistemáticas, mas à necessidade e à consciência dos homens, cujas relações regula [...]” (Ascarelli, 1999, p. 242).

5 Na perspectiva civil-constitucional, as categorias jurídicas não se podem apartar do contexto sociocultural onde se inserem: “todo conceito é plasmado pelos valores do contexto do qual se origina. Não existem institutos jurídicos válidos em todos os tempos e em todos os lugares” (Tepedino; Konder, 2020, p. 3).

no direito brasileiro. Andou bem, portanto, o codificador ao substituir as normas especiais do Código Comercial pelo regime de direito obrigacional comum por ele instituído, sob a orientação das cláusulas gerais da boa-fé e da função social.⁶ A despeito disso, disposições e projetos de lei dos últimos anos parecem pretender retroceder nessa ainda recente escolha legislativa, em lugar de concentrar esforços, como seria preferível, em aperfeiçoar seus instrumentos de aplicação. É o que se passa a expor.

1. UNIFICAÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL NO BRASIL: DA IMPLEMENTAÇÃO AO RETROCESSO

No Brasil do século XIX, explicando a opção do Código Comercial de 1850, Carvalho de Mendonça lecionava que o direito comercial seria “a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares” (Mendonça, 1937, p. 16). Isso porque, enquanto o art. 4º do Código Comercial, escorado nas teorias estatutária e subjetiva, reputava comerciante quem estivesse “matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e [fizesse] da mercancia profissão habitual”,⁷ o art. 19 do Regulamento 737 adotava a teoria objetiva para definir atos e tipos contratuais objetivamente tratados como negócios mercantis. Seguindo o exemplo de países como a Espanha e a França, o Código Comercial de 1850 permaneceu por quase sete décadas como a única lei codificada que trazia normas relativas ao direito das obrigações no direito brasileiro.⁸ Havia nítida defasagem entre a formalização das regras de direito comercial e as normas tradicionais de direito civil, que só vieram a ser codificadas em 1916,⁹ apesar de a necessidade de organização de uma lei civil nacional ter sido prevista já pela Constituição Imperial de 1824 (art. 178, XVIII).

6 Espécie de “norma aberta”, como os princípios, os conceitos indeterminados e as diretivas (normas-objetivo), o termo “cláusula geral” advém do direito alemão (*Generalklausel*). Cf. Perlingieri, 2008, p. 231-280; Rodotà, 2024, p. 14 ss.

7 O art. 4º do Código Comercial de 1850 inspirou-se tanto no art. 1º do *Code de Commerce français de 1807* (“*Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*”), como no art. 1º do *Código de Comercio espanhol de 1829* (“*Se reputan em derecho comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el Comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupacion habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundado em el su estado político*”).

8 “O direito das obrigações comercializa-se”, a tal ponto que, nos países em que “o Código Civil é posterior ao Comercial, é no Civil e não no Comercial que encontramos aqueles princípios que determinam os atos propriamente comerciais” (Ascarelli, 1999, p. 241).

9 Segundo Teixeira de Freitas, a previsão de disposições gerais referentes aos contratos mercantis no Título V do Código Comercial “foram só motivadas pela pobreza do nosso Direito Civil Pátrio [...], e não porque – para os contratos em geral – hajam, ou devam haver, disposições excepcionais no Direito Comercial” (Freitas, 1879, p. 522). Em sentido diverso, Waldemar Ferreira pondera que, “em que pese ao genial civilista, não foi mercê da pobreza do Direito Civil pátrio, mas pela circunstância de ser um só o Direito obrigacional – o que, de resto, ele mesmo doutrinara, ao propor, em 1867, que se unificasse o Direito Privado, reunindo-o num Código das Obrigações e Contratos - que o Código Comercial submeteu ao regime do Direito Civil as obrigações e contratos mercantis”, embora conclua em igual sentido que “domina este [o direito civil], portanto, todo o âmbito contratual” (Ferreira, 1962, p. 6).

Quando foi contratado pelo Governo Imperial brasileiro para a elaboração do primeiro projeto de Código Civil nacional, Teixeira de Freitas já defendia que

não há tipo para essa arbitrária separação de Leis, a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benefícios, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência (Freitas, 1879, s.p.).¹⁰

Como é sabido, o eminente jurista fora encarregado pelo governo imperial de elaborar um anteprojeto de Código Civil, mas, em 1867, propôs a sua conversão em um anteprojeto de Código de Direito Privado (Bulgarelli, 1999, p. 41).

A despeito da antiguidade da crítica à normativa apartada das relações comerciais, por ocasião da edição do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, a opção legislativa foi a de não se filiar à unificação do direito obrigacional. Até o final do século XX, assim, nosso ordenamento conviveu com um regime dúplice de normas aplicáveis às obrigações comerciais. De fato, estabelecia o art. 121 do Código Comercial que “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. No entanto, para além da previsão de critérios de hermenêutica e de integração contratual e de regras processuais especificamente aplicáveis à disciplina dos contratos comerciais, o Código Comercial previa poucas regras adicionais que efetivamente distinguissem os dois regimes – a exemplo da impossibilidade de anular a compra e venda mercantil por lesão.

Essa escassez de distinções práticas entre os dois regimes acabou acarretando, por longo tempo, o arrefecimento do debate da unificação na doutrina comercialista – não porque, frise-se, predominasse uma preferência pela bipartição, mas, ao contrário, justamente porque se constatava não

10 Como ensina a doutrina, “antes do civilista brasileiro só se encontravam críticas a essa dicotomia feitas por dois juristas italianos. Eram eles Montanelli, professor da Universidade de Pisa, que, em 1847, em livro de conteúdo acentuadamente metafísico – *Introduzione Filosofica allo Studio del Diritto Commerciale positivo* –, havia combatido a divisão do direito privado em dois códigos, e Pisanelli que, mais tarde, assim também procedera em seu *Commentario del Codice di Procedura Civile*” (Alves, 2008, p. 366-367).

haver, na prática, contrastes significativos entre os regimes.¹¹ Grande parte da doutrina civilista, a seu turno, seguiu frisando a necessidade de se superar a dicotomia legislativa. O Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, de Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, perfilhava a tese da unificação, tal como o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1961, da lavra de Caio Mário da Silva Pereira, para quem “a normativa destacada atentava contra o princípio da igualdade, sendo inconveniente a dualidade de legislações sobre o mesmo fato” (Pereira, 2024, p. 17).¹²

Atendendo a essa concepção, o codificador de 2002 promoveu a unificação do direito das obrigações, ao mesmo tempo em que passou a tratar em seu próprio texto da organização da atividade empresária, revogando a primeira parte do Código Comercial de 1850. Como já pontuou a doutrina, seguiu “uma tendência histórica dos ordenamentos mais importantes do mundo” (Müssnich, 2014, p. 44). Passou, ainda, a adotar a nomenclatura “direito de empresa” para se referir ao direito comercial, coerentemente com o novo paradigma,¹³ que superou o modelo dos atos de comércio.¹⁴ Não obstante as justas críticas que o Código Civil de 2002 recebeu, por advir de um projeto muito anterior à Constituição Federal de 1988 e ter como paradigma leis estrangeiras antigas, como o BGB de 1896, o *Codice* de 1942 e o Código português de 1966 (Tepedino, 2001; e, nessa esteira, Souza, 2024, item 1), sua normativa merece elogio não apenas no que tange à unificação do direito obrigacional mas também, e sobretudo, por ter promovido tal unificação sob o prisma solidarista, compatível com o projeto constitucional (Moraes, 2010, item 5).

De fato, as profundas transformações sociais e políticas ao longo do século XX, captadas pela nossa Carta Magna, impactaram na noção de soberania da autonomia da vontade tributária do liberalismo. Para além do

11 Para Waldírio Bulgarelli, “a distinção, na prática, entre os contratos civis e mercantis perdeu muito da sua importância inicial, com a unificação da Justiça [...]”, remanescendo necessidade de distinção não por questões materiais, mas diante das “diferenças no tratamento de certos contratos por ambos os códigos” (Bulgarelli, 1999, p. 41, p. 43). Fabio Comparato opinava “que não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos”, mas “um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis”, de modo que “[a] duplicidade legislativa aparece, tão só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global” (Comparato, 1981, p. 251). Waldemar Ferreira apontava que “[n]ão se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma” (Ferreira, 1962, pp. 6-7). Segundo o autor, “muito maiores e íntimos são os pontos de coincidência dos contratos comerciais com os contratos civis do que suas divergências: é a mesma a teoria geral dos dois contratos” (p. 5). A opinião geral era a de que “regem a matéria das obrigações, de modo geral, as normas do direito civil” (Martins, 1993, p. 6).

12 O autor ainda pondera que “a redução dos princípios de direito privado a uma unidade orgânica obedece a um imperativo científico, e de conveniência prática, mormente enquanto se atém às regras de aplicação geral” (p. 18).

13 No qual “o foco da disciplina mercantil vai se deslocando do ato (de comércio) para a atividade comercial” (Ascarelli, 1999, p. 239 ss.).

14 “Pela primeira vez, uma codificação brasileira passa a disciplinar as regras básicas da atividade negocial, desde o conceito de empresário ao de sociedade. Destarte, a revogação da primeira parte do Código Comercial, de 1º de julho de 1850, com a introdução do Direito de Empresa, no novo Código Civil, é um avanço que merece destaque especial, isto porque torna o comerciante um empresário voltado para as atividades econômicas em face dos tempos modernos” (Reis, 2002, p. 15).

desenvolvimento de leis especiais voltadas a proteger contratantes específicos, como os consumidores, observa-se uma mudança de tendência também nas relações civis ditas paritárias, que passam a ser vistas como espaços suscetíveis da incidência valorativa constitucional – e, portanto, igualmente carentes de eventual proteção de partes vulneráveis.¹⁵ Nessa perspectiva, inspirado em normas como o § 242 do BGB, o Código Civil de 2002 optou por positivar os chamados “novos princípios contratuais”, como as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social dos contratos (Azevedo, 1998, p. 116). Tais princípios passaram a assumir papel central em matéria contratual, aplicando-se indistintamente a todas as relações privadas e concedendo ao regime legal uma atualidade duradoura. Assim, “socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização” (Reale, 2005, p. 46).

Não tardaria, porém, para que certo setor da doutrina privatista voltasse a sustentar a suposta conveniência na separação do regime das obrigações empresariais, tese que tem encontrado crescente popularização e influenciado o trabalho legislativo dos últimos anos. Com efeito, algumas das principais reações à unificação do direito obrigacional encontram-se em discussão no Congresso Nacional há mais de uma década. Desde 2011, na Câmara dos Deputados, e desde 2013, no Senado Federal, tramitam projetos de lei para instituir um novo (ou para reformar o) Código Comercial – sendo o de iniciativa do Senado aquele que observou maior desenvolvimento na sua tramitação. Este, o PLS n. 487, de 2013, apresentado por Renan Calheiros, foi submetido, em 2014, à análise de uma primeira comissão temporária, que apenas em 2017 apresentou um plano de trabalho. A partir de 2018,

foram realizadas 14 audiências públicas sobre o tema. Em novembro, Chaves apresentou seu relatório, que foi aprovado e enviado ao Plenário. No entanto, o Plenário do Senado não conseguiu aprová-lo antes do encerramento da legislatura. Por isso, nova comissão temporária foi criada em setembro de 2019 e o projeto, devolvido a ela (AGÊNCIA SENADO, s.d.).

Desde então, não houve novidades em seus trâmites.

Sem dúvidas, a reação em que se traduz o PLS n. 487/2013 não serviria apenas para retroceder nas opções legislativas do Código Civil de 2002. Com 1.103 artigos, o projeto se propunha não só a usurpar matérias reguladas na codificação civil, mas também a reger outras disciplinas,

¹⁵ Sobre o ponto, permita-se remeter a Souza, 2019, item 1. Nesse cenário, “passa-se a admitir que as relações contratuais produzem efeitos para além do contrato, pois possuem não apenas relevância *inter partes* como também social” (Targa; Riemenschneider, 2022, p. 3).

como prenuncia seu art. 1º (que menciona “o direito societário, o direito contratual empresarial, o direito cambial, o direito do agronegócio, o direito comercial marítimo e o direito processual empresarial”). A proposta partia da concepção, francamente microssistemática,¹⁶ de que seria possível afastar aprioristicamente a incidência de outras normas do sistema, exceto aquelas entendidas como próprias do direito comercial, descritas em seu Livro I, ou em caso de inconstitucionalidade.¹⁷

Em relação aos contratos empresariais, o PLS n. 487/2013 os denominava “*negócios jurídicos empresariais*” (Livro IV, Título Único), criando uma teoria geral e conceituação própria e regras especiais de validade e interpretação, em prestígio ao que chamou de “essência da declaração”, aferida “pelos objetivos visados pelo empresário” e “pela função econômica do negócio jurídico empresarial” (artigo 166). Listava, além disso, quais seriam os “princípios aplicáveis aos contratos empresariais” (Livro I, Seção III) e propunha modificações radicais em institutos que, a despeito disso, seguiriam previstos na codificação civil, como a criação de uma indenização punitiva para o descumprimento do dever de boa-fé, a previsão de direito de retificação ou de ratificação de contratos nulos e a autorização irrestrita para cumulação de perdas e danos com cláusulas penais.¹⁸

Não por acaso, críticas severas são destinadas aos mencionados projetos de lei (Azevedo; França, 2013, p. 32-37; Verçosa; Sztajn, 2013, p. 13-22).¹⁹ Como anota Francisco Müssnich, “os Projetos de Código Comercial estão longe de atender às necessidades da sociedade brasileira, representando verdadeiro retrocesso” (Müssnich, 2014, p. 46). Mas ainda mais grave do que a inconsistência de ordem técnica é o aspecto valorativo revelado por essa tendência. Quase invariavelmente, a distinção entre contratos civis e empresariais e a tese da necessidade de um regime jurídico próprio para estes últimos traduzem a tentativa de preservar as relações empresariais, em

16 Sobre o risco do pensamento microssistemático para a unidade e coerência do sistema jurídico, permita-se remeter a Souza, 2022, p. 16 ss.

17 “Art. 4º. São normas do direito comercial: I – os princípios e regras da Constituição Federal aplicáveis; II – as regras prescritas por este Código, pela lei, tratados e convenções; III – os princípios expressamente enunciados neste Código ou na lei comercial; IV – as regras prescritas pelos decretos, instruções e regulamentos editados pelas autoridades competentes; V – as de autorregulação; e VI – as consuetudinárias Parágrafo único. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra” (Brasil, 2011, s.p.).

18 Ilustrativamente: “Redividir o direito das obrigações é um retrocesso sem precedente na história do Direito. Como se isso não bastasse, o PL 487/2013, ao querer se meter no campo do direito das obrigações, maltrata completamente a teoria das nulidades ao dispor, por exemplo, no art. 157, que “[o] negócio jurídico empresarial nulo pode ser confirmado, por retificação ou ratificação, a qualquer tempo, mesmo que já iniciada a ação de nulidade”. Além disso, observe-se o que o art. 393 do PL 487/2013 e o art. 282 do PL 1572/2011 determinam ser ‘devida indenização por perdas e danos, ainda que estipulada cláusula penal’. Tal proposta também é descabida. É sabido que a função básica da cláusula penal é pré-fixar as perdas e danos, e, por isso mesmo, é que a indenização suplementar somente é devida caso exista previsão contratual expressa (art. 416, parágrafo único, do Código Civil de 2002); é provável que os Projetos tenham querido se referir à multa meramente punitiva, cuja qualificação como cláusula penal já vem sendo discutida, mas não é o que está dito ali” (Müssnich, 2014, p. 44).

19 Também criticando as propostas, porém em sentido favorável a uma nova codificação comercial, ver Lobo, 2016, p. 167-186.

maior ou menor medida, da incidência daquele mesmo quadro de valores que, por determinação constitucional, deveria ser comum a todas as relações privadas, e que encontra eco no regime unificado do Código Civil de 2002. Basta lembrar, ilustrativamente, do outro Projeto de Código Comercial (PL n. 1.572/2011), cujo art. 8º propunha que nenhum princípio expresso ou implícito do ordenamento pudesse ser invocado para alterar o regime jurídico ali previsto.

Na mesma toada, foi editada em 30 de abril de 2019 a Medida Provisória n. 881/2019, que, “da noite para o dia, modificou institutos basilares do direito civil brasileiro, cuja regulamentação no Código Civil fora debatida por especialistas no Congresso por mais de trinta anos” (Konder; Oliveira, 2020, p. 13). Posteriormente, a medida foi convertida na Lei n. 13.874/2019, alcunhada de “Lei da Liberdade Econômica”, após modificações introduzidas pelo Congresso Federal. Alegadamente sob a orientação ideológica de estabelecer “normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador” (art. 1º), a normativa alterou diversos dispositivos do Código Civil de 2002, tais como os arts. 113 e 421, com o intuito de restringir ou delimitar a aplicação das cláusulas gerais da boa-fé e da função social.²⁰

Segundo a Exposição de Motivos Interministerial (Guaranys; Moro; França, 2019), datada de 11 de abril de 2019, que fundamentou a justificação do Sumário Executivo da Medida Provisória convertida na Lei da Liberdade Econômica, a norma fundou-se em concepção não científica de liberdade econômica, resgatando a noção surgida no liberalismo europeu em oposição ao absolutismo, “atualizada” em prol do combate de uma “*percepção*” de que o empresariado brasileiro estaria tolhido em sua liberdade de exercer atividades econômicas em razão da atuação estatal.²¹ A empreitada apenas se compreende à luz do momento político do país e do Congresso, particularmente permeável a uma agenda pretensamente neoliberal e propício para que assumisse protagonismo na estipulação dessas diretrizes o mesmo setor doutrinário

20 As críticas ao diploma em si, inclusive quanto ao seu pretendido aspecto simbólico e à inconcebível tentativa de impedir a incidência dos princípios constitucionais por meio de lei ordinária, são bastante conhecidas (algumas delas encontram-se reunidas em: Souza, 2020). Quanto à reforma do art. 113, Gustavo Tepedino qualifica-a como “verdadeiramente inquietante”, pois a doutrina e a jurisprudência já haviam demarcado os padrões de comportamento da boa-fé objetiva, com “razoável segurança jurídica construída pela argumentação, persuasão e fundamentação de decisões elaboradas ao longo do tempo, na densificação daquela cláusula geral”; quanto à reforma do art. 421, aduz: “tem-se um conjunto de pressupostos e requisitos, autorizados pela Constituição da República, e incorporados ao Código Civil, para a intervenção judicial [...]. Se há exageros em sua aplicação, é preciso mobilizar a sociedade para verdadeira mudança cultural, que certamente não será levada a cabo pelos aludidos dispositivos” (Tepedino, 2019).

21 Como consta da referida Exposição de Motivos: “2. Liberdade econômica, em termos não-científicos, é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo, aplicada às relações econômicas. 3. Existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado, fazendo com que o empresário brasileiro, em contraposição ao resto do mundo desenvolvido e emergente, não se sinta seguro para produzir, gerar emprego e renda”.

que, por anos, propôs, em maior ou menor grau, um isolamento valorativo das relações empresariais em relação à ordem jurídica constitucional.²²

Como se vê, as reações legislativas à unificação do direito das obrigações retornam à criação de uma categoria autônoma de contratos ditos empresariais, sujeitos a um regime jurídico diverso daquele aplicável aos contratos regidos pelo Código Civil. Diversamente dos projetos de um novo Código Comercial, porém, a Lei da Liberdade Econômica logrou êxito em efetivamente introduzir ao nosso Código Civil, pela primeira vez, uma distinção literal entre “*contratos civis e contratos empresariais*” (art. 421-A), no âmbito dos quais se pretendeu restringir o escopo de aplicação da boa-fé e da função social. Embora a redação do dispositivo não pareça ter surtido grande repercussão (Konder; Oliveira, 2020, *passim*), na medida em que previu exatamente a mesma (se é que a expressão se aplica) consequência jurídica para as duas categorias,²³ a expressa menção aos “contratos empresariais”, em oposição aos “contratos civis”, evidencia a premência de se discutir a adequação dessa dicotomia, espelho do reavivamento de uma superada cisão do direito privado.

2. INCOERÊNCIAS E RISCOS DA CATEGORIA NORMATIVA DOS “CONTRATOS EMPRESARIAIS”

Analisada exclusivamente sob o aspecto estrutural, a categoria dos chamados “contratos empresariais”, cujo sentido não chega a ser definido pelo legislador da Lei da Liberdade Econômica, parece traduzir simplesmente a circunstância, singela e autoevidente, de se cuidar de negócios firmados entre pessoas (naturais ou jurídicas) empresárias. Trata-se de noção exclusivamente estruturalista e gravemente insuficiente para qualquer delimitação conceitual útil. Tomando-se por empréstimo um exemplo do mercado financeiro, assim como existem investidores qualificados que, embora contratem como pessoas naturais, objetivam escopo de lucro e possuem atuação profissional,²⁴ também existem, ao contrário, sociedades empresárias que recebem tratamento

22 “Do ponto de vista do direito privado, dificilmente se poderá assegurar a liberdade econômica mediante imposição legislativa. Só o genuíno respeito à liberdade com solidariedade e igualdade para todos promoverá a verdadeira liberdade” (Direitos de liberdade econômica e o direito civil, *cit.*). E arremata: “Que a pauta econômica não se limite à bravata legislativa, transformando-se em medidas concretas do Poder Executivo” (Tepedino, 2019, p. 13).

23 “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: [...] III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada” (Brasil, 2020, s.p.).

24 Para restringir o acesso de investidores a determinados tipos de investimentos, por exemplo, a Resolução da CVM n. 30/2021 (alterada pela Resolução CVM 162/2022) classifica como “investidores qualificados” as pessoas naturais “que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio” ou “que tenham sido aprovadas em exames de qualificação técnica ou possuam certificações aprovadas pela CVM como requisitos para o registro de agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários, em relação a seus recursos próprios” (Brasil, 2021, s.p.).

distinto em certas relações por força de certas fragilidades observadas no caso concreto, como os microempresários individuais²⁵ ou as sociedades que se qualificam como consumidoras. Não por acaso, Pietro Perlingieri critica a excessiva utilização do perfil estrutural na análise das categorias, convocando o intérprete a estudar as *fattispecie* sob nova perspectiva, preferindo sempre a substância à forma, o perfil dinâmico ao exclusivamente descritivo, a sua função socioeconômica à rígida estrutura (Perlingieri, 2008, p. 117-118; e, na doutrina brasileira, Souza, 2019, item 1).

Buscando distingui-los dos contratos civis, a doutrina comercialista indica que os contratos empresariais se caracterizam por cumprirem uma função econômica.²⁶ Afirmar-se, em geral, que, “ao lado da função social do contrato e de sua utilização como ferramenta de justiça distributiva, deve se estar atento à função econômica dos contratos”, a qual, em se tratando de relação empresarial, desestimularia interferências judiciais ou legislativas, na medida em que

o afastamento da vontade manifestada no contrato empresarial, por exemplo, com base em aspecto funcional que se distancie de sua função econômica, repercutirá de forma intensa na cadeia econômica, o que exige do intérprete considerar os efeitos econômicos inerentes aos contratos entre empresas (Ribeiro, 2021, p. 190-192).

Portanto, embora sem negar que os contratos civis também possam cumprir função econômica, parte da doutrina comercialista argumenta que o escopo de lucro delimitaria previamente qual seria a vontade comum dos contratantes em negócios empresariais. Nesse sentido, essa corrente mostrou-se elogiosa à intenção da Lei da Liberdade Econômica de restringir

25 Ilustrativamente: “Para específicos e determinados fins, pode haver a equiparação de microempreendedores individuais e empresários individuais como pessoa jurídica, ocorrendo mera ficção jurídica para tentar estabelecer uma mínima distinção entre as atividades empresariais exercidas e os atos não empresariais realizados, porém, para o efeito da concessão da gratuidade de justiça, a simples atribuição de CNPJ ou inscrição em órgãos estaduais e municipais não transforma as pessoas físicas/naturais que estão por trás dessas categorias em sociedades, tampouco em pessoas jurídicas propriamente ditas” (STJ, REsp. 1.899.342/SP, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 26.4.2022).

26 Na doutrina tradicional, Waldemar Ferreira aduzia que os contratos comerciais seriam identificados pela profissionalidade das partes: “Subordinados os contratos civis e os contratos comerciais aos mesmos princípios, [...] [t]em-se dado como critério certo para a distinção o da profissionalidade de um, se não dos dois contratantes, erigindo-se como norma que todo contrato celebrado por comerciante no exercício de sua profissão mercantil é comercial” (Ferreira, 1962, p. 10).

a interferência judicial nos contratos por meio da utilização das cláusulas abertas.²⁷

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina civilista amplamente majoritária opõe-se à distinção entre contratos civis e empresariais, compreendendo que o sistema unificado estipulado pelo Código Civil de 2002 para o direito obrigacional atende à cultura jurídica hodierna no país e, mais do que isso, que também cumpre um relevante papel de efetivação do solidarismo constitucional nas relações privadas – fortemente marcadas, em sua tradição, por um viés liberal clássico datado da época em que as esferas civil e comercial se encontravam separadas.²⁸

Como se sabe, em matéria contratual, esse papel foi cumprido pelo codificador de 2002 particularmente por meio da técnica legislativa das cláusulas gerais,²⁹ das quais a boa-fé objetiva e a função social do contrato são os exemplos mais conhecidos.³⁰ Caracterizada pela abertura de conteúdo, a grande utilidade proporcionada por essa espécie normativa é a de permitir a constante atualização do ordenamento positivo diante de uma sociedade cada vez mais complexa e cambiante, ao munir o julgador de diretrizes que possam ser adaptadas às características de cada caso concreto (Rodotà, 2024, p. 14 ss.). E, como também é notório, uma das possíveis consequências da incidência das mencionadas cláusulas gerais em relações contratuais é a possibilidade de intervenção heterônoma (leia-se, revisão judicial) dos

27 “A interferência judicial nos contratos, especialmente pelo uso de conceitos abertos, como é o caso daquele de função social, afasta o fator de previsibilidade e gera instabilidade jurídica de maneira tão mais acentuada quanto maior a possibilidade de extensão dos efeitos a outros que não participaram das ações judiciais e quanto maior o incentivo à proposta de novas demandas como decorrência dos precedentes criados. [...] Deste modo, o *enforcement* contratual parece-me merecer uma análise particular no que diz respeito aos contratos privados. Nesse sentido, uma recente alteração promovida no Código Civil brasileiro acompanha essa linha de pensamento. A alteração ao teor do artigo 421 [...] incluiu um parágrafo único ao dispositivo [...]. A alteração legislativa parece corroborar para a conclusão de que além da elevação dos custos de transação, a interferência judicial pode provocar externalidades negativas, como já mencionado, quando os efeitos forem suportados indiretamente por terceiros que venham a participar de futuras negociações, já que a imposição de ônus vai interferir, provavelmente, no preço praticado no mercado” (Ribeiro, 2021, p. 188-189).

28 Reproduzindo lições de Vera Fradera, Gerson Branco, Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti, registra a doutrina que a Lei da Liberdade Econômica “parece ser praticamente uma unanimidade na doutrina nacional, como um modelo contraproducente de legislação”. Isso porque, prosseguem as autoras, “as disposições do Código Civil de 2002 são fruto do amadurecimento jurisprudencial e doutrinário brasileiros, bem como da influência do direito comparado, que constituíram uma legislação privada em conformidade com o culturalismo da sociedade brasileira contemporânea, já distante do então Código Civil de 1916 e seu sistema fortemente marcado pelo liberalismo” (Targa; Riemenschneider, 2022, p. 11).

29 A opção do Código Civil de 2002 de centrar as regras de hermenêutica contratual nas cláusulas gerais coaduna-se com o dinamismo próprio das relações empresariais, traduzindo-se no que Gustavo Tepedino classifica como a “técnica legislativa própria da era tecnológica”, na medida em que “a iniciativa privada caminha em velocidade frenética, tornando impossível disciplinar a atividade econômica senão mediante o recurso a princípios e cláusulas gerais” (Tepedino, 2015a, p. 7).

30 A boa-fé, em particular, é referida pelos comercialistas como princípio afeito ao dinamismo comercial, possuindo previsão como critério de hermenêutica, em sua aceção subjetiva, desde o Código Comercial de 1850. Judith Martins-Costa, fazendo referência a Bento de Faria e Claudio Scognamiglio, lembra manifestações de autores comercialistas brasileiros e italianos que a tratavam como “critério hermenêutico meramente subsidiário e incidente apenas em face de ambiguidades ou de obscuridades no texto contratual” (Martins-Costa, 2015, p. 9-10). As lições da época apresentavam a boa-fé apenas ligada à sua aceção subjetiva, apesar da expressa referência legal ao instituto como critério hermenêutico (Alves, 1999, p. 194). No entanto, a boa-fé em sua aceção objetiva apenas seria introduzida a partir do Código de Defesa de Consumidor, em 1990, sendo sua incidência estendida às demais relações contratuais apenas pelo Código Civil de 2002.

contratos, nos casos em que isso se fizer necessário para a tutela de interesses juridicamente relevantes de partes em posição de vulnerabilidade na relação.

É justamente contra a intervenção judicial sobre o conteúdo do contrato que se volta o movimento doutrinário que sustenta um novo tratamento autônomo dos contratos empresariais, cujas pretensões se encontram materializadas na alteração promovida pela Lei da Liberdade Econômica sobre o Código Civil. O exemplo mais eloquente se extrai do *caput* do art. 421-A do Código Civil (inserido pela lei), justamente a disposição que menciona a distinção entre contratos civis e empresariais. A norma afirma, essencialmente, uma suposta “presunção relativa” de simetria e paridade nesses contratos. Ora, como nunca houve, no sistema do Código Civil de 2002, uma tendência contrária – isto é, de se considerar que relações regidas pelo Código fossem, em princípio, assimétricas ou não paritárias –, a norma em nada inovou no sistema jurídico (Konder; Oliveira, 2020, p. 19). Sua *ratio*, porém, parece ser fundamentalmente simbólica: se se presumem a simetria e a paridade – parece sugerir a norma –, não haveria razão, via de regra, para a revisão contratual, pois não haveria vulnerabilidade a ser suprida para qualquer das partes. Como se ainda não estivesse clara o bastante, essa conclusão foi consagrada pela mesma Lei da Liberdade Econômica ao inserir, no parágrafo único do art. 421, um duvidoso (para dizer o mínimo) “princípio da intervenção mínima” e de “excepcionalidade da revisão contratual”.³¹

A “percepção” que a referida lei pretendia combater, portanto, é a de um risco à atividade econômica supostamente criado por normas que, seja pela abertura de conteúdo, seja pelos valores solidários que informam, levariam a uma intensa intervenção judicial: cláusulas gerais como boa-fé e função social. Essa lógica, porém, revela, na verdade, um profundo desconhecimento sobre a operatividade e a própria razão de ser da técnica legislativa das cláusulas gerais. Evidentemente, a doutrina civilista não põe em dúvida que os contratos firmados no ambiente empresarial costumam ser profundamente diferentes daqueles celebrados, por exemplo, entre duas pessoas naturais não empresárias, sendo caracterizados por interesses específicos e até mesmo por distintas espécies de vulnerabilidade de suas partes (Azevedo, 2005, p. 356).³² Por isso mesmo, esclarece-se que as cláusulas gerais traduzem *standards* de aplicação variável, cabendo ao julgador dar concretude ao seu significado no caso concreto, a depender do contexto em que se insere a relação (Azevedo, 1999, p. 40-44).

31 Sobre o ponto, vejam-se os estudos reunidos na Parte II da obra: Souza; Guedes; Oliva, 2023.

32 E, mais recentemente: “O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial e até matemática. Desse modo, à aquisição de cada direito corresponde o custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporado ao preço da operação. O ambiente comercial, portanto, é palco de interesses diversos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, os quais se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam tutela protetiva, própria da esfera consumerista” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 498-499).

A utilidade em contar com diretrizes valorativas informadas por cláusulas gerais está justamente em se exigir que o julgador avalie, no caso concreto, se e em qual medida alguma das partes demanda proteção específica por parte do ordenamento ao ponto de justificar uma intervenção heterônoma sobre o programa contratual ou a sua execução. Vale dizer: as cláusulas gerais prestam-se justamente a evitar uma intervenção excessiva, ajustando o nível de interferência judicial sobre o contrato à exata medida do necessário para suprir desigualdades contrárias àquelas diretrizes valorativas.³³

Logicamente, a questão ingressa também na discussão, bastante antiga, sobre segurança jurídica e as supostas ameaças que normas de conteúdo aberto poderiam provocar sobre ela (Rodotà, 2024, p. 22 ss. e respectivas notas de tradução). Esse debate jamais poderia ser solucionado nesta sede, mesmo porque aqueles que acreditam que normas mais analíticas são capazes de garantir previsibilidade e segurança³⁴ dificilmente estariam dispostos a abrir mão desse posicionamento. No entanto, vale ponderar, ainda que se considerasse que nosso Judiciário sofresse de uma tendência a intervir ilegitimamente sobre contratos privados sob o Código Civil de 2002 (repita-se, entendimento no mínimo questionável), seria de se indagar se a simples produção de novas leis é capaz de conter uma tal cultura judicial.³⁵

O problema em se criarem categorias normativas como a dos contratos civis e empresariais reside na construção de figuras abstratas que, concebendo um modelo-padrão para esses dois tipos de relações, permite e mesmo incentiva o julgador a deixar de perquirir as particularidades de cada contrato em concreto e de cada uma das partes que concretamente contrataram. O recurso a essas categorias pela lei faz supor que exista “o” contrato civil, “o” contrato empresarial, quando na verdade cada relação contratual deveria ser entendida como singular e dependente da individuação de soluções adequadas a uma miríade de características concretas. Ao que parece, para o julgador que entenda ser necessário intervir sobre um contrato em concreto, continuam existindo muitos argumentos valorativos no sistema para justificar essa intervenção, ao mesmo tempo em que, quando o julgador entender que não é necessária qualquer interferência, apenas então fará remissão às novas normas que têm sido inseridas no Código Civil, como aquelas que afirmam

33 Assim, por exemplo, a aplicação da boa-fé em relações empresariais de forma alguma significa uma indevida intromissão estatal na autonomia das partes, mas justamente conforma “a aplicação da boa-fé a exigências idênticas para ambos os contratantes de atuação honesta e leal, o que, a toda evidência, não enseja risco para as pretensões econômicas perseguidas, tampouco desestimula, em qual quer medida, a celebração de negócios e o avanço econômico” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 500).

34 Ao contrário, na realidade, a hermenêutica centrada nas cláusulas gerais “contribuiu para garantir segurança jurídica aos negócios, afastando pretensões que eventualmente seriam extraídas de redações dúbias de cláusulas contratuais abertas, comportamentos lícitos que, na prática, conferissem mais poder a uma das partes do que se pretendeu outorgar ou, ainda, condutas desleais que contribuíssem para o enfraquecimento de vínculo contratual” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 510).

35 Nesse sentido, afirma-se que “não há como se combater decisões judiciais errôneas com alteração legislativa, mesmo porque não se pode coibir, com a reforma normativa, que as novas disposições sejam também mal aplicadas” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 510).

ser a revisão “excepcional” (art. 421, p.u. e incisos do art. 421-A). Afinal de contas, em rigor, a revisão contratual não é nem regra, nem exceção: trata-se de um remédio adequado a situações concretas específicas de desequilíbrio.³⁶

Nesse cenário, as reações legiferantes à unificação do direito obrigacional não criaram novas condições para o reconhecimento dos contratos empresariais como categoria autônoma. Ao contrário, as modificações introduzidas pela Lei da Liberdade Econômica foram criticadas com razão pela doutrina civilista, sobretudo por se configurarem inócuas na prática, na medida em que não atendem ao propósito de impedir o controle de utilidade social que também incide sobre as relações patrimoniais, à luz dos valores constitucionais.³⁷

A noção de que os princípios especiais de direito comercial não influenciariam as demais especialidades e vice-versa não é aceita por quem compreende a historicidade não só do Direito, mas do próprio direito comercial.³⁸ Essa tradição não provém do acaso, mas sim das influências jurídicas, culturais, sociais, políticas e econômicas observadas na evolução do direito privado nacional. Em perspectiva civil-constitucional, repele-se a noção de que a ordem jurídica poderia ser cindida em sistemas normativos que não se comunicam entre si.³⁹ Ao contrário, sob pena de se pôr em risco a unidade do ordenamento jurídico, a interpretação das múltiplas fontes normativas há de partir, em perspectiva sistemática, da tábua axiológica constitucional.⁴⁰ Disso decorre que mesmo as disciplinas influenciadas por

36 Afinal, “os interesses individualizados, deduzidos do contrato ou a eles coligados, são diversos, de maneira que as patologias contratuais são obrigadas a se conformar a tais interesses. Os ‘remédios’ devem ser adequados aos interesses” (Perlingieri, 2008, p. 374). Na doutrina nacional, permita-se remeter a Souza, 2019, p. 30 ss.

37 “A tentativa de conferir concretude em abstrato à boa-fé, para além de dogmaticamente criticável, pode, ainda, diminuir o espectro de sua aplicação. Dado o sem-número de situações concretas que podem se configurar e a impossibilidade de se antecipar o conteúdo que a boa-fé deve assumir em cada uma delas, sua delimitação pode não agasalhar, na prática, a maior parte da casuística. [...] Mais uma vez, o intuito do legislador parece ter sido manter o contrato incólume de valoração que não aquela conferida pelas próprias partes. Procurou-se afastar do fundamento da liberdade de contratar a função social, deixando-a somente como limite externo a não ser transposto. No entanto, a função social do contrato deita suas raízes na Constituição da República e a exclusão da locução ‘em razão’ não tem o condão de afastar o controle de utilidade social das relações patrimoniais, incidente sobre o conteúdo do contrato em razão da hierarquia superior da norma constitucional” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 500-501).

38 Sobretudo em países como o Brasil, em que a codificação civil é bem posterior à codificação comercial, a regra é “encontrar no código civil princípios que, no terreno geral do direito comparado, são, à vista do seu menor formalismo, considerados como tipicamente comercialísticos e, ao contrário, no código comercial, princípios que, no mesmo terreno, soa considerados como civilísticos” (Ascarelli, 1947, p. 37-42).

39 Nesse aspecto, Gustavo Tepedino alerta que “a classificação didática dos diversos ramos do direito não exclui o tratamento interpretativo unitário de todas as disciplinas jurídicas, especialmente no caso de matérias afins, que se sobrepõem inevitavelmente no direito obrigacional”. Isso porque, prossegue em suas lições, “a unidade do direito decorre não de suposta dogmática monolítica do direito obrigacional e empresarial, mas da dinâmica funcional do sistema jurídico, articulado em ordenamento complexo sob a regência de Texto Constitucional rígido” (Tepedino, 2015a, p. 6).

40 “Sendo, ao contrário, o ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e, daí sua complexidade que, só alcançará unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade. Disto decorre o equívoco, apontado por Pietro Perlingieri, de se conceber o sistema jurídico mediante modelos binários, dividindo-se ora os destinatários das normas jurídicas (legislador e sujeitos de direito); ora a produção legislativa e jurisdicional; ora os campos de conhecimento (direito público e direito privado); ora os setores da sociedade (que consagraríamos microsistemas), e assim por diante. Ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico” (Tepedino, 2009, p. 11).

uma pluralidade de fontes normativas também devem ser interpretadas sob o viés da unidade do ordenamento, em que a Constituição Federal se situa em posição de hierarquia.⁴¹

Não se pode ignorar que, mesmo regulando contratos ditos paritários e usualmente empresariais, existem em nosso sistema exemplos antigos de normas que reconhecem e tutelam a vulnerabilidade concreta dos contratantes. Ilustrativamente, pense-se na Lei n. 6.729/1979, chamada “Lei Ferrari”, que dispõe sobre as regras e as disposições contratuais que deverão constar de qualquer concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Outro exemplo é a Lei n. 13.966/2019, que disciplinou as normas atinentes ao sistema de franquia empresarial, revogando a Lei n. 8.955/1994. Mesmo esclarecendo que não incidem regras consumeristas e trabalhistas na relação entre franqueadora e franquia,⁴² a dita lei estabelece cláusulas e documentos que deverão ter previsão obrigatória nas relações de franquia, incluindo a previsão de normas regulando os direitos e deveres de concorrência dos franqueados, a aplicação de penalidades contratuais por inadimplementos, o prazo de vigência do contrato e as condições de renovação, entre outras.⁴³

Como se vê, sequer as leis especiais que regulamentam determinados contratos interempresariais firmados com escopo de lucro adotam a concepção ultrapassada, aparentemente resgatada pela Lei da Liberdade Econômica, que visa a uma autonomia meramente estrutural ou formal dos contratantes, sem atentar a que a autonomia não se pode reputar efetivamente tutelada se não representar uma liberdade substancial, concretamente aferida.⁴⁴ Todas as contratações, mesmo quando firmadas no ambiente empresarial, entre partes paritárias e com atuação profissional em prol de escopo de lucro, precisam ser analisadas também à luz da perspectiva dúplice de ambos os centros de interesse, com atenção a vulnerabilidades que sejam identificadas no caso concreto.

As escolhas de fundo do ordenamento sugerem a desnecessidade de uma disciplina legislativa dúplice para contratos civis e empresariais. Sem

41 “Do ponto de vista da teoria da interpretação, mostra-se imprescindível que a pluralidade de fontes normativas não acarrete a ruptura do sistema, disperso em lógicas setoriais, em detrimento da unidade essencial ao próprio conceito de ordenamento. Nessa perspectiva, há de se criticar a preferência linguística pela expressão microsistema para designar núcleos normativos que, a despeito de suas características estatutárias e multidisciplinares, não podem ser interpretados de maneira autônoma, apartado dos valores comuns ao sistema jurídico, o qual, embora aberto e plural, mostra-se necessariamente unitário, no âmbito do qual a Constituição da República se situa em posição hierárquica superior e prevalente” (Tepedino, 2015b, p. 6-7).

42 Cf. o art. 1º da Lei n. 13.966/2019: “Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento” (Brasil, 2019, s.p.).

43 Cf., por exemplo, o art. 2º da Lei n. 8.955/1994.

44 O argumento foi previamente desenvolvido em Souza, 2019, *passim*.

ignorar que os contratos celebrados no âmbito de relações negociais também possuem a função de regular os interesses econômicos dos contratantes, caberá ao intérprete analisar o caso concreto para concluir se a aplicação dos princípios contratuais e das regras de hermenêutica deverá sofrer algum tipo de temperamento, tendo em vista a abordagem funcional do contrato celebrado no âmbito empresarial e a concreta aferição de vulnerabilidade na relação contratual sob análise, independentemente de ser esta vista como uma contratação de natureza cível ou empresarial – distinção que, em rigor, é mais quantitativa do que qualitativa, e obnubila, na sua indolente enunciação abstrata, uma sucessão infinita de tipos e graus de paridade e de vulnerabilidade entre partes.

CONCLUSÃO

Em 24 de agosto de 2023, por ocasião da segunda década de entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Senado Federal oficializou a criação de uma comissão de juristas para atualização da nossa codificação.⁴⁵ Entre as inúmeras críticas que recebeu, já amplamente documentadas em doutrina, o anteprojeto daí decorrente, ora em tramitação perante o Congresso Nacional, pretende consagrar definitivamente o tratamento apartado dos chamados “contratos empresariais” no Código Civil, conferindo-lhes, desta vez, regras distintas daquelas previstas para os assim denominados “contratos civis” e agravando, portanto, a clivagem entre as duas categorias. Mais ainda, ao converter o atual art. 421-A em um inédito art. 421-C,⁴⁶ o anteprojeto pretende blindar ainda mais os contratos empresariais de uma análise valorativa à luz de cada relação em concreto.

Tomem-se como exemplos apenas dois pontos da nova disposição. Por um lado, a análise excessivamente abstrata desses contratos é agravada,

45 AGÊNCIA SENADO. *Comissão de juristas vai atualizar Código Civil para revolução digital*. Disponível em: www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/24/comissao-de-juristas-vai-atualizar-codigo-civil-para-revolucao-digital, último acesso em 14.6.2024.

46 De acordo com a versão final do Anteprojeto, tal como concebido pela comissão de juristas que o elaborou, o dispositivo contaria com a seguinte redação: “Art. 421-C. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, e assim interpretam-se pelas regras deste Código, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais. §1º Para sua interpretação, os contratos empresariais exigem os seguintes parâmetros adicionais de consideração e análise: I - os tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos, próprios de algumas relações empresariais, devem receber o tratamento específico que consta de leis especiais, assim como os contratos que decorram da incidência e da funcionalidade de cláusulas gerais próprias de suas modalidades; II - a boa-fé empresarial mede-se, também, pela expectativa comum que os agentes do setor econômico de atividade dos contratantes têm, quanto à natureza do negócio celebrado e quanto ao comportamento leal esperado de cada parte; III - na falta de redação específica de cláusulas necessárias à execução do contrato, o juiz valer-se-á dos usos e dos costumes do lugar de sua celebração e do modo comum adotado pelos empresários para a celebração e para a execução daquele específico tipo contratual; IV - são lícitas em geral as cláusulas de não concorrência pós-contratual, desde que não violem a ordem econômica e sejam coerentemente limitadas no espaço e no tempo, por razoáveis e fundadas cláusulas contratuais; V - a atipicidade natural dos contratos empresariais; VI - o sigilo empresarial deve ser preservado. §2º Nos contratos empresariais, quando houver flagrante disparidade econômica entre as partes, não se aplicará o disposto neste artigo” (Brasil, 2024, s.p.).

pois o inciso I do §1º cogita, entre os contratos empresariais, de “tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos”, nos quais seria justificável um tratamento específico de leis especiais. Em vez de se aferir se há disparidade ou assimetria em concreto, e qual é a disparidade ou a assimetria, condena-se a análise a certos tipos abstratos, presumindo-se os demais paritários e simétricos. Em outras palavras, em lugar de se avaliar a desigualdade a partir das partes contratantes, olha-se apenas para modelos estruturais de contratos. Como segundo exemplo, o inciso II do §1º cogita de uma suposta “boa-fé empresarial”, determinada pela expectativa comum dos agentes do mercado em geral. Mais uma vez, esvazia-se com isso a utilidade da cláusula geral da boa-fé objetiva, que é justamente a de analisar as expectativas e comportamentos concretos das partes, sendo certo que, para as práticas costumeiras do mercado, a remissão aos usos e costumes já seria suficiente. Vale dizer: troca-se a análise concreta por parâmetros vagos e abstratos.

Assiste-se, em suma, à inserção de duas graves contradições no Código Civil: o mesmo Código que promoveu a unificação do direito privado na experiência brasileira passaria a cogitar dos contratos empresariais como categoria autônoma; e o mesmo Código que consagrou cláusulas gerais importantíssimas para o ordenamento jurídico brasileiro, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, passaria, caso a reforma viesse a ser aprovada, a prever normas que, em uma espécie de malfadado meio do caminho entre a cláusula geral e a disposição analítica, tentam esvaziar o conteúdo daquelas cláusulas gerais e a própria razão de ser da sua previsão legal.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Novo Código Comercial deve ser votado em comissão no primeiro semestre*. Disponível em: www12.senado.leg.br/. Acesso em: 14 jun. 2024.

ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. *Rivista Roma e America*, Modena, n. 7, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. A unificação do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira da; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, [s.l.], n. 114, abr./jun. 1999.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 832, fev. 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, abr. 1998.

AZEVEDO, Erasmo Valladolid; FRANÇA, Novaes. O “antiprojeto” de novo Código Comercial. *Revista Jurídica Consulex*, [s.l.], ano XVII, n. 400, set./2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução CVM n. 30, de 11 de maio de 2021. Dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente e revoga a Instrução CVM nº 539, de 13 de novembro de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021.

BRASIL. Lei 10.046 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2002.

BRASIL. Lei 13.966 de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). *Diário Oficial da União*, Brasília, 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 1.572, de 14 de junho de 2011*. Institui o Código Comercial. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 4 set. 2024.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 8.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Additamentos ao Código do Commercio*. [S.l.]: [s.n.], 1879, v. I.

GUARANYS, Marcelo Pacheco dos; MORO, Sergio Fernando; FRANÇA, Renato de Lima. *Exposição de Motivos Interministerial (“EMI”) n. 00083/2019 ME AGU MJSP*, datada de 11 de abril de 2019.

HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020.

LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 60, abr.-jun. 2016.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MÜSSNICH, Francisco. A quem interessa um novo Código Comercial? *Revista RI*, [s.l.], fev. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2005.

REIS, Clayton. *Inovações ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função social do contrato empresarial: função econômica e perspectivas. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [s.l.], t. LXXI, n. 279, jan./abr. 2021.

RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, [s.l.], ano 14, n. 1, 2024.

SOUZA, Eduardo Nunes de. A chamada tutela post mortem dos direitos da personalidade: entre dilemas teóricos e alegações de defasagem legislativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1065, 2024.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, [s.l.], ano 8, n. 2, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 41, 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no direito contratual brasileiro*. Migalhas, [s.l.], 16 abr. 2020.

SOUZA, Eduardo Nunes de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa; OLIVA, Milena Donato (coord.). *O Código Civil após a Lei da Liberdade Econômica: estudos na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

TARGA, Maria Luiza Baillo; RIEMENSCHNEIDER, Patricia Strauss. Função hermenêutica do princípio da boa-fé objetiva: interpretação dos contratos nas relações civis e de consumo. *Civilistica.com*, [s.l.], ano 11, n. 3, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da Liberdade Econômica e o direito civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 20, abr./jun. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos empresariais na unidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 3, jan./mar. 2015a.

TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 5, jul./set. 2015b.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos de liberdade econômica e o direito civil. *Portal OABRJ*, [s.l.], 19 ago. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, v. III, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Fundamentos do direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 3, parte I.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. O projeto de novo Código Comercial e a (ir)responsabilidade do legislador. *Revista de Direito Empresarial*, [s.l.], 2013.

Recebido: 24/01/2022

Aprovado: 01/08/2022

OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM PREVIDÊNCIA PRIVADA: A CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA PREVIC COMO ALTERNATIVA VIÁVEL AOS CONFLITOS DO SETOR FECHADO DE PREVIDÊNCIA

*THE APPROPRIATE DISPUTE RESOLUTION
IN PENSION FUNDS: PREVIC'S MEDIATION
AND ARBITRATION CHAMBER AS A VIABLE
ALTERNATIVE TO CONFLICTS IN THE CLOSED
PENSION SECTOR*

Elthon Baier Nunes¹

Fábio Lucas de Albuquerque Lima²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve histórico: a evolução de uma atuação administrativa pautada da imperatividade para a consensualidade. 2. Formas de atuação da administração consensual. 3. Estruturação e

¹ Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). MBA em Gestão de Negócios pelo Instituto de Ensino Superior no Rio de Janeiro (Ibmec). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Procurador Federal.

² Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Procurador Federal.

características do sistema de previdência complementar.
4. A CMCA/Previc como instrumento adequado para resolução de conflitos dos partícipes do sistema de previdência fechada. Consagração do tribunal multiportas do sistema de previdência fechada.
Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar o contexto da criação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), inserida dentro das particularidades do sistema de previdência privada, bem como a possibilidade ou não de adoção de um modelo de resolução de conflitos a ser seguido pela Administração Pública em matérias cuja especificidade, complexidade e arcabouço normativo de ambientes regulados viabilizam-se como uma alternativa mais eficaz e ágil na solução e não judicialização dos conflitos, buscando de igual forma definir os limites de sua utilização. Para tanto, no decorrer do texto, foi preciso lançar um olhar sobre as inúmeras transformações quanto à consensualidade ao longo dos anos envolvendo o Estado e os meios utilizados para sua implementação por meio de métodos autocompositivos, além do próprio uso da arbitragem fomentada por Câmaras Públicas, ferramentas essas que restaram solidificadas no ordenamento jurídico com as alterações promovidas pelas Leis n. 13.129, 13.140 e 13.105, todas de 2015. Diante desse contexto, a metodologia de estudo se baseou em uma revisão da bibliografia sobre o tema, utilizando-se de fontes empíricas e legislativas.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Câmaras Públicas de resolução de conflitos. Consensualidade. Mediação. Previdência Privada.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the context of the creation of the Chamber of Mediation, Conciliation and Arbitration of the National Superintendence of Complementary Pensions (Previc), inserted within the particularities of the private pension system, as well as the possibility or not of adopting a model of resolution of conflicts to be followed by the Public Administration in matters whose specificity, complexity and normative framework of regulated environments become viable as a more efficient and agile alternative in the solution and non-judicialization of conflicts, seeking in the same way to define the limits of their use. In order to do so, throughout the text, it was necessary to take a look at the numerous transformations regarding the consensuality over the years involving the State and the means used for its implementation

through self-compositional methods, in addition to the very use of arbitration promoted by Public Chambers, tools that remained solidified in the legal system with the changes promoted by Law 13,129, 13,140 and 13,105, all of 2015. In this context, the study methodology was based on a review of the bibliography on the subject, using empirical sources and legislative.

KEYWORDS: Arbitration. Consensus. Mediation. Public Chambers for Conflict Resolution. Private Pension.

INTRODUÇÃO

Na Constituição da República de 1988, a previdência complementar ou previdência privada fechada está inserida na *Ordem Social*. Pelo fato de ser complementar aos sistemas de aposentadoria e pensões públicos ou estatais, teria essa conotação social, na medida em que visa primordialmente garantir uma complementação da renda do trabalhador na idade avançada ou invalidez, que se soma ao benefício pago pelos regimes previdenciários oficiais. Porém, a previdência privada é um ramo do direito privado, de índole contratual, como veremos.

O movimento de modernização da legislação que rege a previdência complementar teve início com a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. Essa emenda deu nova redação ao art. 202 da Constituição da República, dedicando-o inteiramente à previdência complementar. A própria Constituição, em seu art. 202, descreve a previdência complementar desenhando seu arcabouço como eminentemente contratual, baseado na capitalização de reservas de cunho patrimonial, para garantir o pagamento do benefício avençado no regulamento (contrato previdenciário), dissociando esse regime de previdência (complementar) dos regimes públicos de proteção previdenciária, quais sejam o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

O ramo da previdência complementar fechada é administrado por fundações de direito privado denominadas entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) ou *fundos de pensão*. Tal segmento baseia-se em três contratos principais, sendo estes o estatuto, ainda que tenha natureza unilateral, institui a EFPC, com patrimônio afetado exclusivamente à finalidade previdenciária; o *contrato previdenciário* (denominado de *regulamento*), que define os direitos e as obrigações dos participantes e patrocinadores; e o convênio de adesão, convenção celebrada entre o patrocinador e a entidade de previdência ou fundo de pensão para instituição do plano de benefícios para seus empregados, associados ou afiliados (Reis, 2017).

Claramente colocada a questão de previdência complementar no âmbito do direito civil, sujeitando-se ao regime jurídico de direito privado, que é

“a sua espinha dorsal” (Pulino, 2011, p. 286), prevalecendo a autonomia da vontade das partes. O princípio da legalidade, aplicado ao regime privado, significa que tudo o que não está proibido está permitido. O problema aqui é aferir a extensão da regulação estatal sobre os temas, o que é uma vasta seara para o hermenêuta.

Temos, então, diante desse panorama privatista uma gama enorme de situações que permite a utilização dos mecanismos de autocomposição de litígios, como a mediação e a conciliação sobre os direitos patrimoniais disponíveis, bem como a utilização do uso da arbitragem, como parte de um sistema de resoluções não judiciais, mais célere, técnico e condizente com a natureza do direito aqui discutido.

Visto dessa forma como foi construído o arcabouço da previdência complementar dentro da Carta Magna de 1988, com a subsunção ao direito privado, surge a questão sobre a utilização também de meios privados para a resolução dos conflitos advindos das relações jurídicas entre os principais atores que compõem tal sistema.

Com a criação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), mediante a transformação da antiga Secretaria de Previdência Complementar (SPC), evidencia-se um “direcionamento mais voltado à eficiência” e profissionalização da previdência privada, já que foram adotados padrões e ideias que já tinham sido postos nas agências reguladoras, como receitas e patrimônios próprios, não sendo despidendo mencionar o paradigma metateórico de cunho weberiano (Weintraub, 2005, p. 142).

A hipótese levantada aqui é de que os meios alternativos para solucionar litígios, retirando do poder estatal tal primazia, mostram-se como os mais adequados para resolver de maneira célere, técnica e eficaz as questões que lhe são postas diante desse quadro de um Judiciário abarrotado de processos e que não responde a contento demandas envolvendo partes de um setor econômico altamente regulado.

Mencione-se ainda a edição pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da Resolução n. 125, de 2010, que estabeleceu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, propiciando a todos a solução de litígios por meios consensuais, com uma efetiva tutela de direitos, utilizando-se da conciliação e da mediação.

O que se pretende discutir no presente texto, portanto, é a possibilidade de adoção de um modelo público de meios adequados de resolução de conflitos para ambientes altamente regulados, como é o ramo de previdência complementar fechada, assim como a viabilidade e limites da sua aplicação por meio da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc (CMCA/Previc), Câmara Pública, portanto, como previsto na Lei n. 13.140, de 2015, bem como encontrando agasalho da Lei n. 9.307, de 1996, na qual a autarquia fomenta diretamente esse espectro de consensualidade mais amplo.

Para se chegar a tal objetivo, será realizado um estudo da literatura sobre o tema, utilizando-se como metodologia de estudo revisão da bibliografia e análise de fontes empíricas e legislativas. O plano de trabalho será adentrar nas diversas transformações pela qual passou e vem evoluindo a Administração Pública ao longo dos anos, de atos de império numa relação vertical, para outra horizontal, pautada na consensualidade. Em seguida, sem a intenção de esgotar o tema, serão analisadas as mais diversas formas de atuação do ente público em sua relação com os administrados. Após, serão destacadas as principais características do setor de previdência privada e sua própria base normativa, reforçando seu caráter privado e contratual.

Por derradeiro, buscar-se-á analisar a possibilidade de se utilizar a CMCA/Previc como um meio mais adequado na resolução de litígios dos principais atores regulados do regime de previdência complementar frente a suas particularidades, já que em searas estritamente privadas, soluções de conflitos também de aspectos privados se mostram mais eficazes e eficientes na busca da pacificação social, conferindo um novo tipo de atuação por parte da Administração Pública pela busca de portas de saída para os conflitos de setores altamente regulados.

Assim, a questão levantada nessa problematização proposta é de que o uso de tais meios pelos partícipes dos setores regulados revela-se como algo mais eficiente para todos aqueles que integram a relação previdenciária privada fechada, ainda mais se realizada dentro da CMCA/Previc, de forma a introduzir uma lógica negocial com vistas à prevenção ou resolução dos conflitos.

1. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DE UMA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PAUTADA DA IMPERATIVIDADE PARA A CONSENSUALIDADE

A inserção da CMCA/Previc está contida num contexto um pouco maior, no qual a própria autarquia faz parte, de uma nova forma de atuação administrativa, dialógica e, acima de tudo, mais democrática³ para resolver conflitos, colocando em evidência a troca de técnicas de persuasão em contrapartida às técnicas de força (Bobbio, 2004, p. 7).

Para entender o fenômeno da consensualidade pelo Estado e como se encaixa dentro dela essa nova visão de atuação da Administração Pública, com esse desenho mais dialógico e paritário em relação ao administrado, faz-se necessário um breve olhar histórico, sem a intenção de ser exaustivo sobre todos os períodos que integram essa constante mudança.

³ Para Bobbio, a democracia é a sociedade dos cidadãos, que se mostra como um vetor essencial e imprescindível para que se estabeleçam as condições mínimas e seja possível a resolução pacífica de conflitos existentes entre indivíduos, grupos e grandes coletividades (que é o Estado em si), tradicionalmente indócil com os próprios cidadãos (cit., p. 93).

Em lição clássica ao definir as bases que sustentam o regime jurídico-administrativo, Bandeira de Mello (2002, p. 38-39) define os princípios da supremacia do interesse público⁴ sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público como as colunas fundamentais pelas quais se constrói todo o sistema de Direito Administrativo e que devem se pautar as relações jurídicas quando uma das partes for a Administração.

Diante dessas duas premissas até então intransponíveis, discutir um novo papel da Administração Pública, como um contraponto de liberdade sobre imperatividade que lhe é tão característica, vem se tornando algo muito mais corriqueiro. É preciso, no entanto, enxergar esse viés de diálogo entre Estado e consenso como um progresso histórico.

Esse progresso histórico, no entanto, não deve ser enxergado como uma degeneração da figura do Estado, com o direito privado se colocando à frente do público, mas, sim, visto como um desenvolvimento de um processo em que há a privatização do público e a publicização do privado, que se complementam entre si, já que a figura do Estado em ambas pode ser vista como o lugar certo para se desenvolver e recompor esses conflitos por meio de um acordo continuamente renovado, uma representação hodierna de um novo contrato social (Bobbio, 1987, p. 27), sendo um dever do Estado resolver tais conflitos da sociedade civil por meio da repressão ou da mediação (Bobbio, 1987, p. 36), embora seja o Estado a sociedade do consenso por excelência (Bobbio, 1987, p. 41).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se uma ruptura com o modelo imperativo ao se estabelecer logo em suas premissas um caminho na busca de uma maior consensualidade por parte da Administração Pública, com uma maior valorização da participação cidadã no exercício das atribuições, como se vê já em seu preâmbulo ao instituir um Estado Democrático destinado a assegurar mais direitos, bem como exortando uma a solução pacífica das controvérsias.

Diante desse contexto, em 1995, houve uma reforma gerencial, dando mais um passo para uma maior primazia do Estado Gerencial sobre o Estado Burocrático, cujo modelo remontava ainda aos tempos da Era Vargas. Tal reforma se fez necessária porque havia um descompasso entre o modelo político de Estado praticado e a forma administrativa de Estado adotada pelo Brasil, que até então era uma administração patrimonial iniciada num

4 Apesar do entendimento do emérito professor, há aqueles que há muito vem enfrentando esse verdadeiro axioma do Direito Administrativo relativo à supremacia do interesse público, chegando-se a falar em sua verdadeira desconstrução do princípio, por entender que lhe falta amparo dentro da Constituição Federal de 1988 (Ávila, 2007, p. 202).

governo autoritário, própria de um Estado liberal (Pereira, 1995, p. 171).⁵ Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/1998, foi introduzido formalmente, em nosso texto constitucional, o princípio da eficiência, que passou, a partir daí, a ser um elemento central da reforma administrativa de gestão do Estado, a qual vinculou de forma indubitosa a Administração Pública, frisando-se que momento marca “passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa a relação de ponderação” (Moreira Neto, 2003a, 147).

A Administração Pública passou a se vincular ao princípio da eficiência, permitindo-se uma guinada para uma maior horizontalidade na relação com o administrado e estímulos a novas formas de consenso e diálogo na resolução de conflitos, passando a se utilizar e fomentar tais práticas mais participativas de mecanismos consensuais com mais frequência, o que acaba por relativizar a imperatividade (Medauar, 2003, p. 210).

Tal abertura à consensualidade pela Administração Pública, nota-se, não se deu de forma instantânea, no entanto, por meio de um processo que ainda está em curso, devendo se pautar na participação democrática do administrado no processo de construção de uma cultura de diálogo, paritária como face da efetivação de um Estado Democrático e (realmente) de Direito, o que se constitui, inclusive com o reconhecimento internacional, na teoria da gestão social brasileira.

2. FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

O valor da participação da sociedade foi erigido pela Constituição como “pedra de toque” do Estado Democrático de Direito, informativo da atuação administrativa em sua inteireza. Nenhum instituto deve estar a ela indiferente; todos hão de ser reformulados à vista dessa nova perspectiva.

Essa nova ideia de uma atuação consensual pode ser verificada de diversas formas quando de uma análise da legislação pátria, nas mais variadas matérias, não se restringindo apenas aos casos em que a Administração Pública atua em temas estritamente administrativos de forma pura, adotando posições mais paritárias e de diálogo.

Sobram os exemplos para demonstrar essa nova roupagem de consensualidade, como nos casos de desapropriação, que pode se dar de

⁵ Conforme o autor, essas transformações administrativas têm verdadeira simbiose em relação às formas políticas que são adotadas dentro de um conceito histórico de Estado, já que, num Estado Absoluto, necessitasse de formas patrimoniais de administração a fim de garantir a proteção da sociedade de um inimigo externo (confunde-se o público e o privado); num Estado Liberal, capitaneado pela burguesia, necessitasse de garantia principal do primado da lei, dos contratos e das propriedades, daí uma administração mais burocrática, permanecendo também assim quando de um Estado de viés democrático-liberal. Porém, somente após o fim da Segunda Guerra Mundial, houve a efetiva transição de um Estado Democrático Liberal para um Democrático Social, impulsionada pelas novas forças eleitorais de trabalhadores e pobres (Pereira, 1995, p. 173).

forma direta e amigável (art. 27, § 2º do Decreto-Lei n. 3.365, de 1941) até mesmo por uma mediação ou arbitragem (art. 10-B, do mesmo Decreto-Lei com as alterações dadas pela Lei n. 13.867, de 2019);

Nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais regidos pela Lei n. 9.099/1995, o consenso sempre foi uma pedra fundamental de sua existência, e que serviu igualmente de baliza quando da criação dos Juizados Especiais Federais e Juizados Especiais da Fazenda Pública pela Lei n. 10.259/2001, proporcionando que a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais possam conciliar, transigir ou desistir dos processos (art. 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001) por meio de seus representantes judiciais.

De mencionar ainda no plano federal a Lei n. 9.469/1997, que prevê em seu art. 1º a possibilidade de realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais por parte do Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, que foi recentemente regulamentado pelo Decreto n. 10.201/2020, que fixou os valores de alçada para a autorização de acordos ou transações celebrados por pessoa jurídica de direito público federal e por empresas públicas federais, para prevenir ou terminar litígios, judiciais ou extrajudiciais.

Já no processo administrativo sancionador, temos os acordos de leniência previstos na Lei n. 12.529/2011, em seus art. 86 e 87, celebrados com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, denotando essa visão mais dinâmica do processo.

No procedimento licitatório, o acordo de leniência foi disciplinado pela Lei n. 12.846/2013, que quando de sua celebração poderá, inclusive, suspender a prescrição de sanções referentes a infrações administrativas na licitação previstas na contidas no art. 158, § 4º, II da Lei n. 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Até mesmo dentro da ação penal em que a presença do Estado se dá de forma muito mais imperativa, por ser a sua atuação a *ultima ratio*, existe a possibilidade de consensualidade impingindo inegável aspecto negocial e não punitivo a inúmeros institutos, desde à colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, com as modificações da Lei n. 13.964, de 2019, e a transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, e que tem fundamento constitucional (art. 98, I, da CF/1988).

Nesse contexto histórico de intensa transformação pela qual passa a Administração Pública, destaca-se ainda a mudança trazida pela Lei n. 13.655/18, que altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), instituindo-se, em marco legal e verdadeiro, regime jurídico à consensualidade administrativa, para assegurar a maior segurança jurídica aos

acordos celebrados, estabelecendo requisitos para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Tal dispositivo, ao atribuir competência consensual geral, faz com que se dispense à Administração Pública a edição de qualquer outro ato normativo autorizativo para a celebração de acordos, substituindo o entendimento anterior de que tal permissivo genérico de negociabilidade do poder público estivesse contido no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, que prevê o termo de ajustamento de conduta, posto que, dentro do art. 26, foi estabelecido o mínimo regulamentar, algo que faltava no dispositivo da Lei de Ação Civil Pública (Guerra; Palma, 2018, p. 146-147).

Diante dessa nova visão de uma Administração Pública que privilegia o administrado como partícipe de soluções mais adequadas, abrindo-se um caminho ao diálogo e consenso,⁶ por meio da utilização de portas, buscando-se arrematar um conflito mediante método que se revele mais adequado a tal finalidade e de acordo com a natureza do conflito que é posto em debate, com o evidente empoderamento das partes que passam a ter um papel bem mais importante do que se buscassem no Poder Judiciário a solução da querela, sendo um mecanismo mais democrático na pacificação social, além de uma mudança de grande envergadura na justiça brasileira (Lessa Neto, 2015, p. 1).

3. ESTRUTURAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O sistema previdenciário se caracteriza como um dos pilares da rede de proteção social de um país, garantindo ao trabalhador, no futuro, a possibilidade de manutenção de sua renda, assim como disponibiliza uma renda mínima àqueles que não têm condição de obtê-la por meio de atividade laborativa, seja por motivo de impossibilidade física ou mental, com auferição de uma renda básica que lhes garanta o sustento.

Nessa linha, dois sistemas dialogam nesse agasalho protetivo ao trabalhador, sendo um sistema básico de previdência social, geral, público e no modelo de repartição, também chamado de *pay as you go system* (Weintraub, 2005, p. 50), com uma espécie de solidariedade entre os seus membros em que as contribuições vertidas pelos ativos são transferidas, sem tardar, à população inativa. O outro sistema tem características que complementam esse padrão público de previdência com modelo de capitalização (Martins, 2018, p. 66), com as contribuições sendo vertidas para investimentos de longo prazo para serem convertidas em renda no futuro.

6 O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto há muito já apregoava essa nova forma de agir da administração, já que “(...) é inegável que a renovada preocupação com o consenso como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para renovar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente, evita os desvios morais (ilicitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)” (Moreira Neto, 2003b, p. 106).

Wladimir Novaes Martinez, citado por Weintraub (2005, p. 50), faz um interessante paralelo entre neoliberalismo e social-democracia para tentar explicar as diferenças entre um regime e outro, ao apontar para o primeiro o modelo de capitalização, bom para prestações programadas, hodierno e com tendência a se universalizar e, já para o segundo, seria o modelo de repartição, ultrapassado e com tendência a desaparecer.

Apesar de sua coexistência histórica, vem se notando uma inclinação mais forte de ampliação do sistema complementar de previdência, sob a alegação de insustentabilidade das contas do regime geral.

Os fundos de pensão, na forma como os conhecemos, surgiram tanto no Brasil como em outros países sob um manto de uma relação jurídica empregatícia envolvendo empregado e empregador, com a criação, por estes, de entidades fechadas para proteção futura daqueles, e, de outra parte, com o aval do Estado, que fomenta o setor com estímulos fiscais (Weintraub, 2005, p. 116).

No Brasil, tais fundos de pensão intensificaram suas atividades na década de 1970, com a exceção da centenária Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (Previ), fundada em 1904, e vieram na esteira de intervenção do Estado no domínio econômico⁷ (Silva, 2014). Quase todos os bancos públicos estatuais, bem como as companhias distribuidoras de energia e as de saneamento básico, tinham instituído seus fundos de pensão. Sendo que o maior fundo de pensão ainda hoje é, sem dúvida, a Previ, dos empregados do Banco do Brasil.

A par disso, as multinacionais implantaram seus fundos de pensão no Brasil, com papel relevante no estímulo à poupança de longo prazo, mais uma vez desafogando o Estado, na medida em que mais segurados podem contar, na velhice ou invalidez, com uma cobertura adicional de renda.

No início, dominava no sistema de previdência complementar o modelo clássico dos planos de benefício definido (BD), cuja diferença básica está no fato de que os benefícios concedidos nesses planos BD são parametrizados em valor futuro certo ou desde já previsível, geralmente calculado com base no salário da atividade, com parâmetros de concessão prefixados, tendo um forte viés de mutualismo na constituição das reservas matemáticas e no equilíbrio do próprio plano de benefício da massa de segurados (Gonzaga, 2011).

7 Havia alguns fundos de pensão de empresas privadas e estatais, mas o incremento da população protegida pela previdência complementar fechada se deu com as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) das estatais federais, como Petróleo Brasileiro, Caixa Econômica Federal, Eletrobrás, Telebrás, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – Correios, Conab, Embrapa, Banco Central do Brasil e Casa da Moeda, que são, respectivamente, patrocinadores dos fundos de pensão: Petros, Funcef, Eletros, Postalís, Cibrius, Ceres, dentre tantos outros. Os ferroviários e metroviários, de igual maneira, tiveram instituídas suas fundações. Nos Estados e no Distrito Federal, no Regime de Previdência Complementar (RPC), veremos as grandes estatais patrocinando fundos como o da Fundação Cesp (atual Vivest) e da Sabesp em São Paulo, a Fundcorsan, a Fundação Banrisul e a Fundação Eletrocece no Rio Grande do Sul, a Forluz dos eletricitários de Minas Gerais.

Em face do movimento da instituição de inúmeras entidades fechadas, foi editada a Lei n. 6.435, de 1977, primeiro marco legal dos fundos de pensão no país, para regular um mercado que, de maneira empírica, já se manifestava no país (embora os primeiros fundos não tivessem a devida roupagem atuarial, sendo mais planos contábeis, a nova lei chegou para regular com a devida responsabilidade a matéria) (Gonzaga, 2011).

Começa aqui o papel regulatório e de supervisão do Estado brasileiro sobre uma indústria, inicialmente vocacionada a desenvolver o mercado de capitais no Brasil, induzindo à União os fundos de pensão a investir sua poupança previdenciária (de longo prazo) no mercado de capitais brasileiro em início de formação.

Após esse primeiro marco legal, são promulgadas as Leis Complementares n. 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001, dando uma grande atualização no modelo regulatório desse ramo do direito privado, trazendo como grande inovação a possibilidade de criação dos fundos de pensão *instituídos*, sendo uma novel e grande abertura ao modelo anterior que previa apenas os planos patrocinados pela empresa a seus respectivos empregados.

Com essa inovação, entidades de classe, sindicatos, entidades setoriais ou profissionais puderam *instituir* planos para os seus associados, num movimento muito forte no que tange às categorias de médicos e profissionais de saúde, contadores, atuários, bem como profissionais do Direito.

A criação dos fundos de pensão dos servidores públicos civis, com a Lei n. 12.618, de 2012, impulsionou o crescimento da previdência complementar fechada, que se encontrava em estagnação. As reformas constitucionais da Previdência Social já indicavam a possibilidade de criação de fundos de pensão para os servidores públicos, o que permitiria à União, aos estados e municípios, a limitação das aposentadorias do setor público ao teto do INSS (Franklin Alves Felipe, 2019).

Nesse cenário, foi criada a Previc, cuja concepção, arquitetada pela Lei n. 12.154, de 2009, foi a de uma autarquia dotada de poderes para supervisionar os partícipes da relação jurídica de previdência complementar, com “instrumentos de autonomia político-funcional e máxima especialização de quadros funcionais para supervisão” (Pulino, 2011, p. 415), focando preponderantemente na supervisão desse setor regulado, em substituição ao modelo antigo feito diretamente pela Secretaria de Previdência Complementar, órgão do então Ministério da Previdência Social.

A atuação estatal passou a concentrar-se preponderantemente na supervisão do regime de previdência complementar privada, num movimento de fortalecimento das funções desempenhadas pelo Estado na fiscalização de setor altamente regulado, como uma resposta adequada a um novo panorama de crescimento dessa atividade econômica e que necessitava de

adequações com propósito de garantir uma maior segurança, previsibilidade e estabilidade em relação aos agentes sociais envolvidos.

O fortalecimento da supervisão e fiscalização desse setor econômico revestiu-se de blindagem institucional dando uma certa previsibilidade no desenvolvimento de negócios das atividades desse setor econômico tão caro à sociedade, para que haja uma maior segurança jurídica na administração de entidades e planos.

É bom destacar que, além das atribuições legais próprias da Previc, como ente supervisor, encontra-se uma de suas características principais e inovadoras, a competência de promover a solução adequada de conflitos entre os agentes do setor regulado, entidades fechadas, patrocinadores, participantes e assistidos, inclusive com possibilidade de se fazer arbitragens, inserta na Lei n. 12.154, de 2009, art. 2º, VIII. (Brasil, 2009).

Revela-se importante a Previc ao disponibilizar essa porta para desatar problemas que invariavelmente irão surgir das relações jurídicas envolvendo os partícipes da relação jurídica previdenciária privada, tendo em vista, primeiro, a imensa dificuldade do Poder Judiciário em entregar um resultado de forma rápida e, ao mesmo tempo, técnico, devido à profunda especialização da matéria. Sem dúvida que a adoção de meios adequados à solução dos conflitos de maneira técnica, célere e eficiente mostra-se um vetor essencial na sedimentação do setor aqui discutido, conferindo-lhe a segurança jurídica tão almejada.

4. A CMCA/PREVIC COMO INSTRUMENTO ADEQUADO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DOS PARTÍCIPES DO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA FECHADA. CONSAGRAÇÃO DO TRIBUNAL MULTIPORTAS DO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA FECHADA

A Previc foi instituída sob a forma de autarquia responsável pela fiscalização e supervisão com funções de decidir, fiscalizar e intervir no segmento de previdência fechada, agindo de forma técnica e eficiente, constituindo-se como um mecanismo essencial na engrenagem desse setor econômico de tamanha relevância social, podendo, para tanto, aplicar sanções em face de descumprimento de obrigações legais e regulamentares.

Nas funções de sua atividade precípua, existe a possibilidade também de se dirimir conflitos que lhe são postos entre os principais agentes do setor de previdência complementar fiscalizados, em razão do qual foi instituída a CMCA/Previc, que encontra seu supedâneo na Lei n. 12.154, de 2009,⁸

8 Embora seja superveniente à Lei n. 12.154, de 2009, a Lei Geral de Mediação, Lei n. 13.140, de 2015, em seu art. 43 confirma a possibilidade de existência da Câmara de Mediação da Previc, na medida que sedimenta a possibilidade de criação de Câmaras Públicas para a resolução de conflitos pelos órgãos e entidades da Administração pública sobre a atividade por eles regulada.

sendo o seu Regimento Interno vigente instituído pela Resolução n. 23, de 2023 (Brasil, 2023), que veio substituir a Instrução n. 17, de 2019.

Com a edição da Lei de Mediação, houve a previsão expressa (art. 32) para a criação de câmaras especializadas de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, assim como avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público, além de promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Fato esse também robustecido pelo Novo Código de Processo Civil, em seu art. 174, ao prever da mesma forma a criação de câmaras pela União, estados, Distrito Federal e municípios, para solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

O estabelecimento de Câmaras Públicas não chega a ser uma novidade dentro da Administração Pública Federal, haja vista a existência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), unidade da Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior integrante da Advocacia-Geral da União, que foi instituída pelo Ato Regimental n. 5/2007, e tem suas atribuições contidas pelo Decreto n. 10.608, de 2021, com objetivo de prevenir litígios entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e da mesma forma entre aqueles e a Administração Pública dos estados, Distrito Federal e municípios, por meio de mediação e da conciliação. Pontue-se que se a questão levada à CCAF não obtivesse solução por meio dos métodos consensuais postos, o deslinde da questão poderia ser feito mediante *arbitramento* da matéria pelo Consultor-Geral da União, conforme previa o art. 18, VI do Decreto n. 7.392, de 2010, revogado pelo Decreto n. 10.608, de 2021.

Tal possibilidade de arbitramento foi retirada do novo texto, porque, embora muito parecido, quase um homônimo, de arbitragem não se tratava, como prevista na forma da Lei n. 9.307, de 1996, como meio heterocompositivo de solução de controvérsias, que, como já dito, também faz parte desse conceito de Tribunal Multiportas, como um sistema de resoluções adequadas de conflitos.

O referido regulamento da Câmara da Previc cuida em seu bojo tanto de procedimentos consensuais por meio de mediação e conciliação,⁹ em que é dado às partes ampla liberdade na construção da solução que melhor se adequa à realidade e natureza do direito discutido, como também possibilita que se pactue um compromisso arbitral, na forma prevista na Lei n. 9.307, de 1996.

9 A diferença entre ambas é muito mais metodológica, pois, na mediação, o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia sem impor ou sugerir, enquanto na conciliação, tem uma participação mais propositiva. Porém, a busca pelo resultado pacificador está presente nos dois métodos, razão pela qual no corrente texto serão usados como equivalentes jurídicos (Scavone Junior, 2014, p. 19).

Isso é também fruto das modificações ocorridas em nosso ordenamento jurídico sedimentando essa alteração de postura do ente público para pensar e desenvolver métodos além da judicialização, principalmente a partir de 2015 com a instituição desse microssistema de resolução de conflitos baseado no novo Código de Processo Civil,¹⁰ na Lei de Mediação e nas alterações encampadas na Lei de Arbitragem, que conferiram um respaldo aos advogados públicos e gestores na persecução e incremento de outras maneiras de solucionar um litígio.

Importante analogia deve ser mencionada com relação às agências reguladoras, autarquias em regime especial, que, além da atividade fiscalizatória, também detêm poder normativo para regulamentar as atividades econômicas privadas, detendo certa liberdade e independência, com mandato de seus dirigentes, para evitar ingerências indevidas em suas atividades. Além disso, possuem também função de composição de litígios com vários de seus dispositivos legais prevendo a possibilidade de dirimir as divergências que surgirem entre os partícipes do setor regulado por elas.¹¹ Evidencia-se essa nova visão de múltiplas formas de atuação dos entes da Administração Pública, não apenas normatizando, fiscalizando e sancionando, como também abrindo portas para meios não judiciais de resolução de conflitos, ação esta que se mostra essencial ao fomento da atividade regulada com a possibilidade de solver conflitos litígios de maneira célere e técnica em setores tão dinâmicos da economia que clamam por decisões equivalentes às áreas em que atuam.

Há um evidente defasagem e desarmonia entre o dinamismo imposto ao mundo dos negócios e a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz quando afloram conflitos, fatos esses que são inerentes a quaisquer atividades humanas, mas que demandam respostas igualmente rápidas. A inserção da prestação judiciária nesse contexto de celeridade e dinamismo nunca foi algo buscado pelo Poder Judiciário, antes detentor único da forma de pacificar as relações sociais, já que vigorava a ideia encampada pelo princípio latino *fiat justitia, pereat mundus* (Santos, 2001, p. 281).¹² Porém, tal impressão há muito enraizada está deveras ultrapassada, já que o tempo da justiça e do mundo dos negócios são distintos, posto que não podem perdurar indefinidamente os esforços na busca pela solução de conflitos, tendo em vista os enormes prejuízos que esse atraso poderá acarretar às relações comerciais (Wald, 2012, p. 240).

10 “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (Brasil, 2015).

11 Exemplos legislativos não faltam nos setores regulados pelas agências, como a Lei n. 9.472, de 1997 (ANATEL), em seu art. 19, XVII, Lei n. 9.478, de 1997 (ANP), no art. 20, Lei n. 9.427, de 1996 (ANEEL), no art. 3º, V, assim como a Lei n. 10.233 (ANTAQ e ANTT), de 2001, em seu art. 20, II, b.

12 Tal brocardo latino tem como significado “faça-se justiça, embora pereça o mundo”.

Dentro do âmbito de supervisão da previdência complementar feita pela Previc, a utilização de métodos alternativos, mais adequados às peculiaridades próprias do setor econômico de Previdência Privada supervisionada pela Previc, vem aumentando cada vez mais, assim como o uso da arbitragem, com a instituição da CMCA como verdadeiro tribunal multiportas com uma “rede de tratamento adequado dos conflitos” (Cahali, 2018, p. 60) em diversas situações fáticas que permitem a utilização de tal órgão de forma célere e especializada, concretizando uma nova visão do direito fundamental de acesso à justiça, bem mais participativa e com menos enfrentamento com a adoção de meios autocompositivos e heterocompositivos.¹³ No âmbito da CMCA/Previc, os partícipes da relação jurídica de previdência complementar poderão se valer dessa rede de tratamento adequado de conflitos, optando por diferentes portas para solucionarem o conflito existente por meio de métodos consensuais, como a mediação/conciliação, ou se valer da arbitragem com a celebração de compromisso arbitral. Aliado a isso, a Câmara de Mediação da Previc funciona de forma não onerosa. Não há taxas nem cobrança de custas. Os mediadores não cobram honorários, sendo seu trabalho considerado serviço público relevante.

Quanto ao uso da mediação e conciliação como métodos de solução consensual de conflitos, há a necessidade de que envolvam direitos disponíveis ou direitos indisponíveis, mas que admitam uma transação. Dizendo de outra forma, os aspectos patrimoniais são negociáveis mesmo em se tratado de direitos indisponíveis.¹⁴ Tais pontos podem igualmente ser utilizados diante de procedimento arbitral, que requer, além da convenção arbitral (cláusula ou compromisso) entre as partes, que estejam presentes a arbitrabilidade objetiva e a subjetiva.¹⁵ Tal requisito de disponibilidade está preenchido tendo em vista o que as características próprias da previdência privada, de caráter significativamente privado, de conteúdo patrimonial, contratual e facultativo, tornam passível de discutir o direito face a sua disponibilidade.

Mesmo com esse aperfeiçoamento de um canal de diálogo, os administrados temiam severamente levar suas pretensões à Câmara, com receio da autarquia exercer o poder sancionador sobre os supervisionados. Não raro, questionava-se se haveria a possibilidade de, ao requerer a solução de algum problema na Câmara, sair do ambiente de mediação com uma

13 Para o professor Carlos Alberto Carmona, o correto é denominar a arbitragem como “meio adequado” de solução de controvérsias, estando esse meio heterocompositivo integralmente inserido nessa forma não judicial de resolução de conflitos (Carmona, 2009, p. 31).

14 Para Carmona, estão fora dessa disponibilidade o direito de família, os que tratam do estado das pessoas, direito de sucessão, liberdade, direito penal, dentre outras, já que fora dos limites da autonomia privada para dispor. (Carmona, cit. 2009, p. 38).

15 A arbitrabilidade objetiva relaciona “o que” pode ser objeto, a matéria, portanto, que envolve as partes, conforme dispõe o art. 1º. da Lei da Arbitragem, que a define como aqueles litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. É preciso verificar primeiro a disponibilidade do direito como pré-requisito para instituir uma arbitragem. Já a arbitrabilidade subjetiva dispõe sobre “quem” poderá se submeter a uma arbitragem, ou seja, aqueles com capacidade para transigir.

autuação do órgão de fiscalização. Nesse ponto, a Resolução Previc n. 23, de 2023, bem como as instruções anteriores sempre pautaram por mencionar expressamente que o poder de polícia da Previc não poderia ser aplicado quando o caso estivesse submetido à mediação/conciliação e na própria arbitragem.

Além disso, ainda antes da edição da Lei n. 13.140, de 2015, já se tinha o entendimento de que, apenas no caso de crime de ação penal pública, a Câmara poderia informar as autoridades de fato de que tomou conhecimento no curso da mediação, na forma prevista pela Lei de Mediação em seu art. 30, § 3º.¹⁶ Esse aspecto da confiabilidade ou credibilidade é muito caro a quem procura uma Câmara de Mediação ou de Arbitragem, e, graças ao trabalho de independência e imparcialidade dos membros da CMCA/Previc, esse órgão tem demonstrado ser um instrumento exemplar de serviço social relevante prestado pelo Estado.

Torna-se cada vez mais importante promover essa cultura de paz, e uma das ferramentas dentro dessa ideia é a de introduzir cláusulas de mediação e conciliação nos contratos previdenciários celebrados, seja na relação entre entidade e participante, ou entre entidade e patrocinador por meio de convênio de adesão, já que o regime jurídico das relações travadas dentro do regime de previdência complementar é privado.

Essa opção está contida dentro da Lei de Mediação, em seu art. 23,¹⁷ com a possibilidade de ser indicada a CMCA na condução da solução consensual, evitando que eventuais conflitos surgidos sejam judicializados, com as partes se comprometendo a comparecer à primeira reunião, não iniciando procedimento arbitral ou judicial ou, se iniciado, haverá a suspensão de tais processos até a implementação da condição. Tal possibilidade também é vislumbrada para se embutir cláusulas também de arbitragem quando da adesão contratual do participante ao plano, assim como na relação entre entidade e patrocinadora, rememorando que, nesses casos, seja necessária a anuência expressa da referida cláusula, em apartado.

Caso não se logre êxito na seara consensual, às partes é facultada a possibilidade de instituir arbitragem institucional por meio da Câmara da Previc e, nesse ponto, revela-se interessante alternativa para solucionar o conflito, na forma instituída pela Lei n. 9.307, de 1996, posto que, além de

16 “Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.
(...)”

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública” (Brasil, 2015).

17 “Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição” (Brasil, 2015).

sua ampla viabilidade no âmbito do setor regulado de previdência fechada, a escolha pela heterocomposição com um tribunal formado dentro da lista de árbitros e experts disponível possibilita uma saída técnica para solver questões complexas e com probabilidade de repercussões econômicas no sistema.

É importante notar que os mesmos fundamentos técnicos utilizados para que fosse criada a arquitetura do regime de previdência privada, com descentralização de atividades que eram exercidas por órgão pertencente à estrutura do então Ministério da Previdência e consequente criação da Previc, estão igualmente presentes aqui na adoção de soluções adequadas de conflitos por parte da Câmara Pública da autarquia.

A questão da arbitrabilidade subjetiva parece não enfrentar maiores dilemas quando envolve pessoas de direito privado, como é no caso da previdência privada, das entidades, dos patrocinadores, participantes e assistidos, que se submetem aos ditames da LC n. 109, de 2001. Quando se tratar de relação envolvendo patrocinador público, em grande parte, empresas públicas e sociedades de economia mista, a admissão à arbitragem, o respaldo para utilizar a arbitragem como forma de resolução dos seus litígios relativos a direitos patrimoniais, decorre especificamente de expressa autorização da Lei de Arbitragem, em seus §§ 1º e 2º do art. 1º.¹⁸ Quanto à arbitrabilidade objetiva na seara do regime complementar, a autarquia supervisora reúne competências fiscalizatórias e sancionatórias, além da função de solver litígios, devendo-se verificar caso a caso, razão pela qual dentro do regulamento da Câmara da Previc há a previsão de consultar as Diretorias sobre a existência de situação que recomende a não admissibilidade do pedido antes de decidir sobre o prosseguimento do feito (Resolução Previc n. 23, de 2023).

Faz-se necessário pontuar que há questões específicas dentro da lei que tornam indisponíveis normativamente algumas matérias, atividades que são privativas e exclusivas da Previc, como, por exemplo, aquelas que dependem da prévia e expressa autorização do órgão fiscalizador, como a constituição e o funcionamento das entidades fechadas, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações, ou quando prevê operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, as retiradas de patrocinadores e as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas (art. 33, da LC n. 109, de 2001). Porém, entendo que os aspectos patrimoniais dessas competências privativas podem vir a ser discutidos, teoricamente.

18 “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações” (Brasil, 1996).

Por fim, os partícipes da relação previdenciária fechada poderão se valer da CMCA da Previc para compor seus litígios de maneira consensual e autocompositiva, utilizando-se da mediação e da conciliação, assim como poderão se valer da Câmara Pública para pactuar compromisso arbitral e submeter o conflito a uma arbitragem institucional, com a formação de um tribunal arbitral escolhido pelas partes dentro da relação de árbitros e peritos que fazem parte da lista de profissionais cadastrados, ressalvando-se, porém, matérias que são de competência exclusiva da Previc, dentro de sua atribuição legal como entidade fiscalizadora do sistema, por indisponibilidade normativa.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo foi elaborado sob a premissa da viabilidade do uso de meios adequados de solução de litígios no âmbito de atuação de previdência complementar, por meio da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Previc, ente este que exerce as funções de supervisor do setor, revelando-se muito mais técnico e eficiente para o setor, no qual a autarquia supervisora fomenta diretamente (dever do Estado).

A questão principal foi verificar se o uso de tais meios pelos partícipes dos setores regulados mostra-se de fato eficiente para todos aqueles que integram a relação previdenciária fechada, de forma a introduzir uma lógica negocial com vistas à prevenção ou resolução dos conflitos, retirando do poder estatal tal primazia, posto que já imerso em demandas e sem que seja possível dizer o direito e pacificar as relações de maneira célere, técnica e eficaz de um setor econômico altamente regulado.

Para responder a esses pontos, fez-se necessário adentrar nas origens dessa nova forma de atuação da Administração Pública, olhando atentamente para esse aspecto mais plural e transparente, em que o Estado, na sua relação com o particular, evolui de uma relação verticalizada para uma horizontal, de confronto para um diálogo, de parte adversarial de conflitos para fomentadora de soluções, passando por diversos exemplos ao longo dos anos que espalham essa mudança de paradigma.

Demonstrou-se também que o direito previdenciário complementar é de natureza privada e suas atividades são supervisionadas pela Previc, cuja lei de criação determinou a promoção da conciliação, mediação e até mesmo a arbitragem no ambiente regulado, tendo sido efetivada inicialmente por meio da Instrução n. 10, de 2014, revogada posteriormente pela Instrução n. 17, de 2019, portanto, que permitiu ao Estado cumprir seu dever de pacificação social por meio do importante meio de autocomposição de litígios, criando um ambiente célere e altamente especializado que desafoga o Poder Judiciário brasileiro, já tão assoberbado com milhões de processos ajuizados no país.

Esse caráter privado conferido constitucionalmente à previdência privada e a estrutura legal pela qual foi desenhada a Previc sugerem um anseio por parte da sociedade de respostas mais céleres e de maneira técnica, tão presente nas searas privadas que demandam um dinamismo que não é acompanhado pelo Poder Judiciário.

Essa nova tendência foi sedimentada pela Previc com a instituição e utilização de uma câmara pública apta a oferecer múltiplas portas de resolução de conflitos surgidos entre os partícipes da relação previdenciária fechada, não apenas normatizando, fiscalizando e sancionando, ação essa fundamental ao fomento da atividade regulada com a possibilidade de solver conflitos litúrgios de maneira célere e técnica, mediante o uso de procedimentos consensuais como a mediação e a conciliação, como também possibilita que se pactue um compromisso arbitral, na forma prevista na Lei n. 9.307, de 1996, oferecendo às partes ampla liberdade na construção da solução que melhor se adequa à realidade e natureza do direito discutido com uma maior segurança jurídica a todos que compõem o sistema de previdência fechada.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 202.

BALERA, Wagner (coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, v. 69. (Coleção Pensamento Crítico).

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 18897, Seção 1-24 de set. 1996.

_____. *Lei n. 12.154, de 23 de dezembro de 2009*. Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

_____. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 4, col. 1, 29 de jun. 2015.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, Seção 1, 17 de mar. 2015.

_____. 2023. *Resolução Previc n. 23, de 2023*. Disponível em: <https://www.gov.br/previc/pt-br/aceso-a-informacao-1/institucional/normas/resolucoes/resolucoes-previc/2023/resolucao-previc-23-2023-consolidada-reticacoes-31-08-2023-e-19-09-2023-e-res-previc-24/view>. Acesso em: 5 set. 2024.

_____. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 jul. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm. Acesso em: 8 ago. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: Tribunal Multiportas*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CHAN, Betty Lilian; SILVA, Fabiana Lopes da; Martins, Gilberto de Andrade. *Fundamentos da Previdência Complementar*. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução N° 125 de 29/11/2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr., 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANKLIN ALVES FELIPE, Jorge. Previdência do servidor público. *Revista Amagis Jurídica*, [S.l.], n. 7, p. 93-116, ago. 2019. ISSN 2674-8908. Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/153>. Acesso em: 2 set. 2021.

GONZAGA, Rafael Dias. Um Estudo de Caso para Previdência Privada Complementar. *Revista de Finanças Aplicadas*, 2011. Publicado em: 8 nov. 12. Disponível em: http://www.financasaplicadas.net/index.php/financasaplicadas/article/view/124/pdf_1. Acesso em: 11 set. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. São Paulo: CEJUPREV, 2013.

GUERRA, S.; PALMA, J. B. de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, 135-169, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>. Acesso em: 9 ago. 2021.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 40, n. 244, jun. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4557178/mod_resource/content/0/O%20novo%20CPC%20adotou%20o%20sistema%20multiportas%20-%20Jo%20C3%A3o%20Lessa.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, v. 5 (Fontes contratuais das obrigações: responsabilidade civil).

MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. *Previdência privada: limites e diretrizes para a intervenção do estado*. Curitiba: Juruá, 2018.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Danilo Riberio. *Previdência Privada, Limites e Diretrizes para a Intervenção do Estado*. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e Direito Público na virada do século brasileiro. *Revista de Direito (PGE-RJ)*, Rio de Janeiro, 57. ed., 2003a. p. 106-126. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. Acesso em: 3 ago. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003b.

NESE, Arlete; GIAMBIAGI, Fabio. *Fundamentos da Previdência Complementar*. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. Os primeiros passos da reforma gerencial do estado de 1995. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez./2008-fev./2009, p. 2-3. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/bresser__os_primeiros_passos_reformar_gerencial_estado_1995.pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar*. São Paulo: Conceito, 2011.

REIS, Adacir. Curso Básico de Previdência Complementar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. ed. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Devanir. *Fundos de Pensão e ABRAPP, História de Lutas e Vitórias*. São Paulo: ABRAPP, 2014.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WALD, Arnaldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: abr./jun. 2012, v. 33.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Recebido: 11/06/2024

Aprovado: 23/07/2024

A COMPETÊNCIA COMPARTILHADA DO IBS E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NA ECONOMIA E NA AUTONOMIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

*THE SHARED COMPETENCE OF THE IBS AND
ITS POTENTIAL IMPACTS ON THE ECONOMY
AND THE LEGISLATIVE AUTONOMY OF STATES
AND MUNICIPALITIES*

*Emerson Ademir Borges de Oliveira¹
Iamara Feitosa Furtado Lucena²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A interação entre Direito Econômico, Direito Tributário e Direito Financeiro. 2. Competência tributária, competência legislativa e repartição de receitas. 3. A dinâmica da competência compartilhada no IBS e seus reflexos na competência

¹ Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Professor Titular da Universidade de Marília.

² Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (Unimar). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos (UniSantos). Professora dos cursos de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA), do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio (Unileão) e da Centro Universitário Vale do Salgado (UNIVS). Advogada.

legislativa, e a destinação do produto da arrecadação.
4. Possíveis impactos econômicos e arrecadatórios do IBS no arranjo da federação brasileira. Conclusão. Referências.

RESUMO: Diante da recente alteração constitucional-tributária (reforma tributária), promovida pela Emenda Constitucional n. 132 de 2023, o objetivo deste artigo é investigar os possíveis impactos econômicos e arrecadatórios decorrentes da implementação do IBS, especialmente considerando a extinção da competência tributária exclusiva e a inauguração de uma competência tributária compartilhada entre os entes federativos, seus impactos na competência para legislar sobre normas gerais, bem como as alterações na destinação do produto da arrecadação. Este trabalho, inicialmente, examina a interação entre o Direito Econômico, Tributário e Financeiro, destacando a inserção da reforma tributária em um contexto interdisciplinar. Uma análise é conduzida sobre competência tributária, legislativa e destinação do produto da arrecadação, considerando que as alterações na competência tributária também influenciam a competência para legislar sobre assuntos econômicos. Na terceira seção, investiga-se a dinâmica da competência compartilhada e o impacto da previsão constitucional do IBS na distribuição de competências legislativas entre os entes federativos. Por fim, são discutidos os possíveis efeitos dessas mudanças na autonomia e na arrecadação tributária dos Estados, Municípios e da União, bem como seus impactos na ordem econômica. Metodologicamente, utiliza-se o direcionamento indutivo, elegendo as características específicas da implementação do IBS como ponto de partida, para, então, relacioná-las com o contexto mais amplo da economia e do sistema tributário. É realizada uma ampla revisão bibliográfica e documental, utilizando como fontes doutrinas, documentos legislativos, relatórios de organizações nacionais e artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Competência compartilhada. IBS. Imposto sobre bens e serviços. Reforma tributária. Emenda Constitucional 132/2023. Autonomia legislativa. Impactos econômicos. Arrecadação tributária.

ABSTRACT: The aim of this article is to investigate the potential economic and revenue impacts resulting from the implementation of the IBS, particularly considering the cessation of exclusive tax jurisdiction and the introduction of shared tax jurisdiction among federative entities, and its implications on the competence to legislate on general norms, as well as changes in the allocation of revenue proceeds. Initially, this work examines the interplay between Economic, Tax, and Financial Law,

highlighting the insertion of tax reform into an interdisciplinary context. An analysis is conducted on tax jurisdiction, legislative competence, and revenue allocation, recognizing that changes in tax jurisdiction also influence the competence to legislate on economic matters. The third section explores the dynamics of shared competence and the impact of the constitutional provision of the IBS on the distribution of legislative competencies among federative entities. Finally, the potential effects of these changes on the autonomy and tax revenue of States, Municipalities, and the Union, as well as their impacts on the economic order, are discussed. Methodologically, an inductive approach is used, starting with the specific characteristics of the IBS implementation and then relating them to the broader context of the economy and the tax system. A comprehensive bibliographic and documentary review is conducted, utilizing doctrines, legislative documents, reports from national organizations, and scientific articles as sources.

KEYWORDS: Shared competence. IBS. Goods and Services Tax. Tax reform. Constitutional Amendment 132/2023. Legislative autonomy. Economic impacts. Tax revenue.

INTRODUÇÃO

A intersecção entre o Direito Econômico, o Direito Tributário e o Direito Financeiro é um campo de estudo que transcende as fronteiras das disciplinas jurídicas tradicionais, especialmente se considerarmos sua complexidade e dinamicidade. No contexto de um país federativo como o Brasil, onde a autonomia dos entes federativos é alicerçada num contexto constitucional, a distribuição de competências legislativas assume um papel central na construção normativa e na condução da economia nacional.

Nesse cenário, a reforma tributária emerge como um tema de relevância ímpar. A recente alteração constitucional-tributária, implementada pela Emenda Constitucional n. 132 de 2023, reverbera não apenas nos corredores dos órgãos governamentais, mas também nas salas de aula das universidades, nos escritórios de advocacia, nas empresas, nos jornais etc. A busca por um sistema tributário mais eficiente, justo e simplificado é uma constante, e o Imposto sobre Valor Agregado (IVA) figura como uma das peças-chave desse quebra-cabeça normativo de transição para um novo sistema tributário sobre o consumo.

Dentro da sistemática de divisão do IVA em Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), este estudo, diante da brevidade que se propõe, tem como foco este último. Trata-se de um imposto que incidirá sobre operações com bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou com serviços. O IBS, embora ainda não

tenha sido efetivamente instituído, já se inscreve na Constituição Federal como uma previsão que promete transformar a arquitetura tributária do país. Sua competência compartilhada traz consigo desafios e oportunidades. A harmonização das normas tributárias, a segurança jurídica e a busca por um equilíbrio entre autonomia e coesão econômica são temas que permeiam os debates acadêmicos e práticos.

O objetivo deste artigo é investigar os possíveis impactos econômicos e arrecadatórios decorrentes da implementação do IBS, especialmente considerando a extinção da competência tributária exclusiva e a inauguração de uma competência tributária compartilhada entre os entes federativos, seus impactos na competência para legislar sobre normas gerais, bem como as alterações na destinação do produto da arrecadação.

Nesse contexto, este trabalho explora, num primeiro momento, a interação entre o Direito Econômico, Tributário e Financeiro, evidenciando como a reforma tributária se insere num contexto interdisciplinar. Em seguida, é feita uma análise da competência tributária, competência legislativa e destinação do produto da arrecadação, considerando que as normas que alteram a competência tributária refletem na competência para legislar sobre assuntos que afetam a economia do país.

Na terceira seção, é investigada a dinâmica da competência compartilhada e como a previsão constitucional do IBS impacta a distribuição de competências legislativas entre os entes federativos, bem como elucidado o equívoco constitucional de confundir o conceito de competência com o de destinação do produto da arrecadação. Por fim, é discutido como essas mudanças afetarão a autonomia e a arrecadação tributária dos Estados, Municípios e da União e seus possíveis impactos na ordem econômica.

Metodologicamente, utiliza-se o direcionamento indutivo, elegendo as características específicas da implementação do IBS como ponto de partida, para, então, relacioná-las com o contexto mais amplo da economia e do sistema tributário. É realizada uma ampla revisão bibliográfica e documental, utilizando como fontes doutrinas, documentos legislativos, relatórios de organizações nacionais e artigos científicos.

Este artigo se propõe a contribuir para o debate acadêmico e para a compreensão das transformações normativas que moldam o futuro da economia brasileira, considerando a relevância do IBS como um divisor de águas na legislação econômica, tributária e financeira do país.

1. A INTERAÇÃO ENTRE DIREITO ECONÔMICO, DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO FINANCEIRO

Há uma clara separação conceitual do Direito em diversos ramos, o que pode ser proveitoso para fins didáticos, mas muitas vezes resulta em

debates menos enriquecedores do ponto de vista analítico e interpretativo. Portanto, a intersecção entre o Direito Econômico, o Direito Tributário e o Direito Financeiro é uma discussão que transcende as fronteiras das disciplinas jurídicas tradicionais. Todos eles desempenham papéis fundamentais na regulação da atividade econômica, e suas interfaces são cada vez mais relevantes em um mundo globalizado e dinâmico.

Para melhor compreensão, inicialmente cumpre aderir à sistematização da separação conceitual, para, então, analisar as interrelações entre as áreas. De acordo com Ruy Barbosa Nogueira (1989, p. 30), o Direito Tributário “é a disciplina da relação entre fisco e contribuinte, resultante da imposição, arrecadação e fiscalização dos impostos, taxas e contribuições”, ou seja, dos tributos. Para Kiyoshi Harada (2021, p. 346), o objeto do Direito Tributário são os tributos que o Estado impõe no exercício de sua soberania.

Já o Direito Financeiro é compreendido por Carlos M. Giuliani Fonrouge (1970, p. 28) como o “conjunto de normas jurídicas que regula a atividade financeira do Estado em seus diferentes aspectos: órgãos que a exercem, meios em que se exterioriza e conteúdo das relações que originam”. Geraldo Ataliba (1969, p. 50) dispõe que o Direito Financeiro é ciência exegética, que capacita os juristas, por meio de critérios puramente jurídicos, a compreender e aplicar corretamente as normas jurídicas, especialmente as de caráter financeiro. Ele regula de forma normativa toda a atividade financeira estatal. Seu objeto é a atividade financeira do Estado, abrangendo todos os seus desdobramentos e aspectos – receita, despesa, orçamento e crédito público (Harada, 2021, p. 17).

O Direito Econômico, por sua vez, conforme Washington Peluso Albino de Souza (2003, p. 23), tem por objeto o tratamento jurídico da política econômica. Portanto, tem como eixos a ordem jurídica e suas perspectivas político-econômicas, fazendo com que a ordem política – compreendida enquanto “elementos que definem sistemas e regimes políticos, que, por sua vez, estarão inseridos na Constituição” – e a ordem econômica – formada por princípios econômicos baseados nos valores da disciplina econômica, que, de maneira integrada, apresentam uma concepção teórica do modelo econômico (sistema econômico) ou a realidade do modelo econômico (regime econômico) (Bagnoli, 2013, p. 23) – sejam juridicamente instrumentalizadas pelo Estado.

Várias são as situações em que a tributação reflete no cenário econômico, e vice-versa. Becker já advertia que “o Direito Tributário é justamente o instrumento fundamental do Estado para poder realizar sua intervenção na economia” (1998, p. 593). “De fato, o Estado intervém na atividade econômica por meio de seu poder normativo, elaborando leis de combate ao abuso do poder econômico, de proteção ao consumidor, leis

tributárias de natureza extrafiscal conferindo-lhes caráter ordinatório” (Harada, 2021, p. 7).

Acerca dessa interação entre Direito Tributário e Direito Econômico, Aguillar (2019, p. 23) compreende que toda imposição estatal (cobrança de tributos) tem um componente político, e são as políticas econômicas estatais o objeto do Direito Econômico, conforme apresentado. O autor chama a atenção para a extrafiscalidade enquanto ferramenta de política tributária capaz de produzir efeitos na política econômica de um modo geral, sendo uma das formas do Estado intervir no domínio econômico por meio da indução:

Ao instituir tributos sobre determinada atividade ou fato, ao reduzir ou aumentar alíquotas de tributos existentes, o Estado induz a economia para que caminhe em um ou outro sentido. Ele estimula ou desestimula determinadas atividades. Ele fixa uma política pública econômica, que pode consistir em, por exemplo, incentivar a exportação de determinado produto (ao baixar a alíquota dos tributos incidentes na operação), estimular a concentração de indústrias em um determinado local (instituindo facilidades para o pagamento de impostos para empresas ali situadas) etc. (Aguillar, 2019, p. 23).

Com a EC n. 42/2003, a Constituição Federal passou a prever de modo expresse que eventuais intervenções no domínio econômico serão editadas pela União, que poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios de concorrência, conforme art. 146-A.

Assim, a Constituição respalda a intervenção do Estado, que deve orientar suas atividades financeiras para objetivos de desenvolvimento (Bercovici, 2005, p. 55). Ao estabelecer o papel do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe expressamente a função de incentivo no art. 174, a Constituição permite a utilização da tributação como ferramenta para promoção do desenvolvimento econômico. Assim, pode-se afirmar que o Direito Econômico influencia o Direito Tributário na medida em que políticas econômicas podem determinar a necessidade de criar ou modificar tributos.

Nesse contexto, o Direito Financeiro se faz presente sincronicamente. A arrecadação de tributos, regulada pelo Direito Tributário, é essencial para a execução das políticas financeiras delineadas pelo Direito Financeiro. O sucesso das políticas públicas, o planejamento orçamentário de cada ente federativo, depende da eficiência e eficácia da arrecadação tributária. Assim, o Direito Tributário alimenta a gestão financeira do Estado.

Tathiane Piscitelli (2023, p. 8) afirma que, mesmo antes do surgimento de uma Federação, o foco das discussões tributárias sempre foi a necessidade

de garantir recursos para os entes públicos: “Tratava-se de estabelecer a melhor distribuição das formas de obtenção de receitas por parte do Estado, como meio de viabilizar e assegurar a autonomia política e administrativa não só da União, mas, na mesma medida, dos estados (ou províncias) e municípios”.

A destinação adequada das receitas tributárias, objeto material do Direito Financeiro, contribui para o equilíbrio fiscal e, conseqüentemente, a estabilidade macroeconômica. Quando os tributos são bem aplicados, o Estado consegue cumprir suas obrigações sem comprometer a saúde financeira do país (Piketty, 2014, p. 19). Por outro lado, se houver desvios ou desperdícios, a economia pode sofrer com déficits, inflação e instabilidade.

O Direito Econômico, por meio de políticas de regulação e controle de mercados, busca criar um ambiente econômico estável e previsível, importante para uma arrecadação tributária eficiente e uma gestão financeira eficaz, completando o ciclo de interação entre esses ramos. Essa interação complexa e dinâmica é essencial para a eficácia das políticas públicas e para o desenvolvimento econômico sustentável do país.

Deve ser considerada essa interrelação prática entre os campos econômico, tributário e financeiro quando o Estado, por exemplo, oferece incentivos fiscais para empresas que se estabeleçam em determinadas regiões para estimular o crescimento econômico local. Assim, determinadas políticas tributárias podem atrair investimentos e promover o desenvolvimento regional.

A destinação dos recursos também influencia os incentivos concedidos às empresas e aos setores produtivos. Por exemplo, se parte da arrecadação for direcionada a programas de incentivo à inovação, exportação ou desenvolvimento regional, isso pode estimular a competitividade e o crescimento econômico. No entanto, se os incentivos forem mal planejados ou não estiverem alinhados com as necessidades do mercado, podem ocorrer distorções e perda de competitividade.

Os entes federativos devem buscar um sistema tributário que permita a arrecadação necessária para desempenhar eficazmente as funções de financiamento de políticas públicas e promoção dos direitos fundamentais, sem prejudicar a competitividade das empresas. Escolhas tributárias inadequadas podem afetar negativamente a economia, desestimulando investimentos e prejudicando a competitividade das empresas nacionais. Na realidade brasileira, não faltam exemplos dessas escolhas. Um caso notório é a concessão de incentivos fiscais a determinados setores, como o automobilístico, que muitas vezes não apresenta exigências de contrapartidas claras ou mostram um baixo retorno para a sociedade (Tribunal de Contas da União, 2023).

Um exemplo recente é a prorrogação dos incentivos fiscais para o setor automotivo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste até 2032, medida

que visa reduzir desigualdades regionais, mas também enfrenta críticas. Segundo a Federação das Indústrias do Paraná (Fiep), ela “tem o potencial de destruir toda a cadeia automotiva localizada nas regiões Sul e Sudeste, que não terá isonomia tributária para competir com as empresas das demais regiões, afetando também a atração de investimentos desse setor” (2023, s.p.).

A clareza e a estabilidade das normas econômicas, financeiras e, especialmente, as tributárias, são essenciais para atrair investimentos. A reforma tributária, como parte desse contexto, não pode ser compreendida isoladamente, sendo evidente o impacto das regras tributárias na economia. Embora muitas vezes seja abordada como uma questão eminentemente tributária, sua amplitude e profundidade a inserem diretamente no âmbito do Direito Econômico e Financeiro. Afinal, as mudanças propostas nas normas tributárias têm implicações significativas na economia e finanças do país como um todo.

As mudanças no sistema tributário nacional, especialmente relacionadas ao consumo de bens e serviços, podem influenciar significativamente o comportamento dos agentes econômicos. Isso é ainda mais evidente quando ocorre a extinção e criação de novos tributos, que impactam a competência tributária, a destinação do produto da arrecadação e a instituição de diversos regimes diferenciados de tributação para inúmeros setores. Por exemplo, uma carga tributária elevada sobre determinados bens e serviços afeta o poder de compra dos consumidores e a produção das empresas. Isso pode levar a uma diminuição na demanda agregada e, conseqüentemente, à desaceleração econômica.

O sistema econômico, em certas situações, requer a intervenção estatal para sustentar o mercado, em meio à complexidade das normas político-jurídicas que, em última análise, afetam a distribuição de recursos entre os indivíduos. A reforma tributária, portanto, transcende os limites do direito tributário e se insere no cerne do Direito Econômico e do Direito Financeiro. Suas normas não são meros dispositivos técnicos; são instrumentos que moldam a atividade empresarial, a competitividade, o investimento e o desenvolvimento nacional. A questão da competência tributária compartilhada, por exemplo, reflete diretamente na capacidade desses entes de legislar sobre assuntos que afetam a economia do país, conforme discutiremos adiante.

2. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E REPARTIÇÃO DE RECEITAS

Conforme observado, ao analisarmos a reforma tributária, devemos considerar não apenas os aspectos técnicos relacionados à cobrança de tributos, mas também os impactos econômicos, financeiros, sociais e políticos

que dela decorrem. A competência tributária e a destinação do produto da arrecadação devem ser colocadas no centro desse debate, pois as mudanças provenientes da EC n. 132/2023 têm o potencial de trazer implicações profundas na dinâmica financeira, no desenvolvimento regional e na própria estrutura econômica do país.

Porém, ao abordar os agentes envolvidos na competência compartilhada, o texto incorreu em uma confusão entre dois conceitos fundamentais no âmbito do Direito Tributário e Direito Financeiro: a competência tributária e o beneficiário da arrecadação.

A competência tributária diz respeito ao poder conferido pela Constituição Federal a cada uma das pessoas políticas de instituírem seus tributos, observadas as limitações que a própria Constituição impõe. É o poder soberano do Estado que lhe confere o direito de impor tributos sobre as atividades econômicas realizadas pelos cidadãos, assim como sobre seus bens. Atualmente, os tributos são a principal fonte de receita pública.

É amplamente compreendido que a competência tributária é uma questão estritamente constitucional. De acordo com esse entendimento, uma parte do poder soberano do constituinte é repartida de forma taxativa e imutável entre as diferentes pessoas políticas, que então passam a exercer essa competência de forma exclusiva.

A competência legislativa plena, de acordo com o artigo 6º do Código Tributário Nacional, está abrangida pela competência tributária, e é definida como a capacidade de cada pessoa jurídica de direito público para instituir seus próprios tributos sem depender de autorização de outra entidade federativa (Schoueri, 2024, p. 146).

É importante registrar ainda que a competência tributária, como poder de instituição de tributo, não se confunde com a competência para legislar sobre Direito Tributário. Esta é genérica; aquela, específica. Tal competência para legislar é denominada competência concorrente, conforme o art. 24 da Constituição Federal (Sabbag, 2024, p. 232).

A respeito da competência legislativa, é importante ressaltar que, em um contexto de Estado intervencionista, as esferas subnacionais perdem a capacidade de deliberar e decidir autonomamente sobre diversos setores da intervenção estatal, os quais demandam uma abordagem uniforme em âmbito nacional. Isso se torna especialmente relevante nos setores econômico e social, os quais requerem uma coordenação e planejamento unificados. Assim, o Estado social (aqui compreendido como o Estado intervencionista) exerce uma influência significativa no atual modelo de federalismo. Nesse sentido, o federalismo cooperativo é considerado mais adequado ao Estado social, pois permite uma cooperação eficaz entre os diversos níveis de governo (Bercovici, 2002, p. 15-25; Rovira, 1986, p. 54-55).

No contexto do federalismo cooperativo, dentre as intrincadas interações entre a União e os entes federados, é importante destacar a política de coordenação, que pode ser compreendida como um arranjo no qual as competências são atribuídas e exercidas de forma conjunta, permitindo que todos os membros da Federação tenham algum grau de envolvimento.

Sob essa perspectiva, os entes atuam com igualdade e liberdade, mantendo integralmente suas competências, com autonomia para agir de forma isolada, se assim desejarem. A coordenação é um mecanismo orientado para alcançar resultados que sejam benéficos para todos os envolvidos. As decisões conjuntas, tomadas em nível federal, são então implementadas pelos entes federativos, no âmbito de suas autonomias (capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração), respeitadas as suas peculiaridades e possibilidades (Rovira, 1986, p. 361-369).

A técnica de repartição de competências legislativas no Brasil, orientada pelo *princípio da predominância do interesse*, tem como um de seus principais objetivos evitar os conflitos e estimular a cooperação entre os entes que compõem a federação. A título de exemplo, podemos citar, além do disciplinamento da competência concorrente no art. 24, a previsão do art. 23, parágrafo único, estabelecendo que, no âmbito da competência comum, “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Observamos, portanto, um esforço do poder constituinte no sentido de fomentar a cooperação entre os entes federados. Na competência legislativa privativa, existe a possibilidade de a União delegar matérias específicas aos Estados-Membros (art. 22, parágrafo único); na competência concorrente, que nos interessa mais diretamente por compreender o Direito Econômico, Financeiro e Tributário, existe uma série de regras, tendentes a evitar conflitos e fomentar a cooperação. O Constituinte estabeleceu que cabe à União a definição de normas gerais e aos Estados-Membros a suplementação, com normas específicas, a fim de atender às suas peculiaridades.

Isso, ao menos em tese, promove o equilíbrio e a segurança jurídica em âmbito nacional ao mesmo tempo em que respeita as necessidades dos Estados-Membros. Em caso de omissão da União, os Estados-Membros podem exercer a competência legislativa plena (normas gerais e específicas) e, em caso de superveniência de lei federal de normas gerais, suspende-se a eficácia da legislação estadual, apenas na parte geral.

É importante lembrar que os Municípios, embora não sejam mencionados no art. 24, estando fora, portanto, do disciplinamento específico da competência concorrente, podem “legislar sobre assuntos de

interesse local” (art. 30, I) e “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, II), o que permite que possam legislar sobre uma imensa gama de assuntos, desde que atentem para o princípio da predominância do interesse, pois, aos Municípios, cabe sempre as matérias de interesse local.

A inclusão do direito econômico como um tema de competência concorrente na Constituição abre espaço para que os Estados e Municípios também exerçam atividades econômicas, seguindo as disposições constitucionais dos artigos 173, 174 e 175, que não se restringem apenas à esfera federal. De fato, a participação direta do Estado em atividades de relevante interesse público (art. 173), assim como as competências de planejamento, incentivo, regulação e fiscalização das atividades econômicas (art. 174), e a prestação de serviços públicos (art. 175) podem ser realizadas por qualquer ente federativo, não se limitando à esfera de atuação do governo federal.

As normas gerais relativas à legislação tributária, encontradas no Código Tributário Nacional e em leis complementares subsequentes, têm como objetivo principal esclarecer e detalhar as normas constitucionais, reduzindo sua ambiguidade. Elas não têm o propósito de criar novos tributos, mas, sim, de estabelecer diretrizes amplas para orientar a elaboração das leis tributárias pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos diversos Municípios do Brasil. Essas normas gerais visam garantir a certeza e a segurança jurídica, promovendo a uniformidade no sistema tributário nacional, em conformidade com os princípios e limites estabelecidos pela Constituição Federal (Machado Segundo, 2023, p. 267).

Quanto à repartição da receita tributária, essa é uma questão amplamente reconhecida como parte do Direito Tributário, pois está localizada, topologicamente, no Capítulo da Constituição que trata do Sistema Tributário Nacional. No entanto, a distribuição das receitas tributárias não diz respeito aos contribuintes, mas apenas às entidades políticas que impõem os tributos. Esse assunto se enquadra na esfera da atividade financeira do Estado, que é examinada pelo Direito Financeiro.

Kiyoshi Harada (2021, p. 439) aborda o convívio das entidades tributantes, explicando que

[...] a ausência de hierarquia entre elas fez que o Texto Magno estabelecesse a repartição de competência legislativa de cada uma, delimitando o campo de atuação de cada pessoa jurídica de direito público interno, notadamente em matéria tributária, que mereceu um tratamento específico em atenção à tipicidade da Federação Brasileira, onde o contribuinte é súdito, ao mesmo tempo, de três governos distintos (Harada, 2021, p. 439).

Conforme os ensinamentos de Aliomar Baleeiro (2018, p. 60), ao tratar sobre competência legislativa plena e normas gerais na Constituição de 1988, podemos perceber que a Constituição, ao repartir a competência tributária, considerou o princípio federativo:

[...] em um Estado do tipo federal, a isonomia entre as ordens jurídicas parciais (central, estadual e municipal, no caso brasileiro) é corolário lógico e necessário da descentralização dinâmica. Se os tributos de competência dos Estados nascem de fonte jurídica própria estadual, se aqueles, atribuídos aos Municípios pela Constituição, somente surgem de atos do Poder Legislativo municipal, órgão estatal eleito pelos munícipes, não pode haver hierarquia ou relação de supraordenação de um poder parcial sobre o outro. Caso houvesse, a descentralização dinâmica (político-jurídica), característica essencial do federalismo, estaria prejudicada. Há sim a subordinação das três ordens parciais a uma ordem jurídica total, ou nacional, que corresponde à parcela de poder não partilhada entre as distintas esferas estatais, e da qual são expressão mais evidente as normas constitucionais e as normas gerais de Direito Tributário (Baleeiro, 2018, p. 60).

Por outro lado, a destinação do produto da arrecadação refere-se à norma que define o ente político beneficiário da receita tributária, que pode ou não ser o mesmo ente que detém a competência tributária.

Fernando Facury Scaff (2014, p. 181) menciona o conceito de federalismo fiscal, que abrange a divisão da receita tributária e patrimonial entre os diferentes entes federativos, seja por meio da distribuição das fontes de receita, seja pela partilha do produto da arrecadação. Segundo o autor, o federalismo fiscal tributário aborda a distribuição da arrecadação proveniente dos tributos.

É comum a Constituição, após conceder competência tributária exclusiva a cada entidade política, estabelecer um mecanismo de participação de uma entidade no produto da arrecadação de tributos de outra entidade, no qual Estados, Distrito Federal e Municípios compartilham certas receitas da União, enquanto os Municípios participam de algumas receitas dos Estados.

De acordo com Kiyoshi Harada (2021, p. 60), esse critério tem como objetivo principal garantir recursos financeiros adequados às entidades regionais (Estados-Membros) e locais (Municípios) para que possam cumprir suas responsabilidades constitucionais.

Quanto à autonomia financeira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 44) ressalta que a verdadeira autonomia requer a disponibilidade de recursos suficientes e incondicionais para que os estados possam cumprir

suas responsabilidades. Essa independência financeira tem sido efetivada na prática por meio do sistema dual de competência tributária e divisão de receitas tributárias, conforme Luciano Amaro (2014, p. 115-116).

No entanto, apesar do princípio federativo sempre enfatizado e considerado imutável por emenda constitucional, é inegável o poder central predominante. A União, além de controlar os principais impostos, historicamente mantém a competência residual nessa área.³

3. A DINÂMICA DA COMPETÊNCIA COMPARTILHADA NO IBS E SEUS REFLEXOS NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, E A DESTINAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO

Uma das grandes mudanças do sistema tributário nacional diante da aprovação da EC n. 132 de 2023 é a adoção do modelo IVA na tributação sobre o consumo. Ao utilizar especificamente o modelo do IVA de forma dual – ou seja, composto por dois tributos, quais sejam, a CBS e o IBS –, a Constituição passa a prever a extinção do ISS e ICMS e sua substituição pelo IBS. Além disso, dispõe sobre a extinção da Contribuição Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), que serão substituídas pela CBS, de competência tributária da União.

A previsão constitucional do IBS, embora ainda não instituído, já gera reflexos na distribuição de competências e receitas entre os entes federativos. Não é apenas uma questão de alíquotas e bases de cálculo. Ele reflete a capacidade do Estado de regular setores estratégicos da economia, como produção, comércio e serviços.

Com a EC n. 132 de 2023 surgiu uma nova modalidade de competência tributária: a competência tributária compartilhada. Porém, conforme já mencionado, ao abordar os agentes envolvidos na competência compartilhada, o texto incorreu em uma confusão entre a competência tributária e o beneficiário da arrecadação.

A competência compartilhada se caracteriza pela capacidade de mais de um ente político determinar a regra-matriz de incidência tributária (RMIT) de um imposto. De acordo com a Constituição, determinados aspectos da RMIT serão definidos por uma entidade federativa específica, enquanto outros entes federativos definirão outros aspectos dessa regra-matriz.

Em uma analogia, podemos dizer que, nesses casos de competência compartilhada, uma entidade começa a elaborar o plano e outras contribuem

³ Uma distribuição equitativa dos impostos poderia dispensar o uso desse mecanismo de partilha de receitas tributárias. Na prática, isso limita a autonomia dessas entidades que recebem repasses de receitas de outro ente, pois enfrentam diversos obstáculos burocráticos, incluindo questões políticas, que dificultam o recebimento oportuno dessas parcelas.

para a finalização. O único imposto que se encaixa nesse modelo de competência compartilhada é o IBS.

Conforme pontuado na seção anterior, é importante distinguir entre ter competência tributária e ser o beneficiário da arrecadação. No contexto do IBS, os beneficiários da arrecadação são os Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que os valores obtidos com esse imposto devem ser compartilhados entre essas entidades federativas. A União não está envolvida no recebimento dessa receita.

Entretanto, ao contrário do que afirma o texto constitucional, a competência tributária do IBS não é apenas compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios, mas, sim, entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso se deve ao fato de que todas as entidades federativas possuem competência para estabelecer normas relacionadas ao IBS. Portanto, o desenho da norma tributária será elaborado em conjunto por várias entidades federativas.

A União possui a competência para regulamentar a maioria dos aspectos do IBS por meio de lei complementar. É essa lei complementar federal que deve abordar diversos critérios da RMIT, como o critério material, temporal, espacial, base de cálculo e critério pessoal (sujeitos ativos e passivos). Por outro lado, Estados e Municípios têm a autorização para legislar sobre a alíquota do IBS, que será aplicada às operações que envolvam bens e serviços em seus territórios. Ou seja, o único elemento da regra-matriz da incidência tributária definida pelos Estados e Municípios será a definição de suas próprias alíquotas.

Assim, na realidade, o IBS é um imposto de competência compartilhada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, uma vez que todas essas entidades federativas colaboram na elaboração da norma tributária. Contudo, os beneficiários diretos do IBS são os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pois a União não terá qualquer envolvimento com o resultado econômico proveniente da tributação.

4. POSSÍVEIS IMPACTOS ECONÔMICOS E ARRECADATÓRIOS DO IBS NO ARRANJO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

A previsão constitucional de que o produto da arrecadação do IBS não será destinado à União reflete uma escolha política e econômica importante. Essa restrição poderá fortalecer a autonomia dos entes federativos, como é o caso dos Municípios, permitindo que eles utilizem essas receitas para promover o desenvolvimento local, investir em infraestrutura, saúde, educação e outras áreas essenciais, alinhadas com suas necessidades específicas. Por outro lado, pode acentuar disparidades regionais, onde locais mais populosos

e economicamente ativos continuarão a se beneficiar mais, enquanto áreas menos densamente habitadas podem enfrentar maiores desafios.

O IBS será aplicado no local de destino, e a tributação será determinada em conjunto com as alíquotas estabelecidas pelos Estados e Municípios. A Constituição dispõe que o IBS terá legislação única e uniforme em todo o território nacional, sendo que cada ente federativo fixará sua alíquota própria, e que a alíquota fixada será a mesma para todas as operações com bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou com serviços, mas já com a previsão de exceções na própria Constituição (art. 156-A, § 1º, IV, V e VI).

A adoção de alíquota uniforme evita as questões de classificação – e o consequente aumento do contencioso e do custo de conformidade tributária – que inevitavelmente acompanham modelos com múltiplas alíquotas.

A Constituição prevê uma alíquota de referência do IBS, em que Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão optar por vincular suas alíquotas a esta (art. 156-A, § 1º, XII e § 10). Determina também, no art. 156-B, que esses entes federativos devem editar regulamento único e uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação do imposto. A busca por uniformidade no tratamento tributário visa simplificar, especialmente diante da multiplicidade de microssistemas normativos existentes.

Não apenas se propaga a ideia de redução do número de tributos, mas também de eliminação da diversidade nas formas de apuração, o que requer prudência, sobretudo porque a iniciativa pode resultar em repercussões significativas para segmentos específicos da economia que atualmente operam sob o regime cumulativo e/ou desfrutam de uma carga tributária inferior.

Para Ricardo Lodi Ribeiro, a substituição do principal imposto estadual (ICMS) e do ISS municipal pelo modelo proposto de IBS sugere um cenário de federalismo no qual os entes federativos se tornariam basicamente destinatários de repasses financeiros provenientes da tributação. O autor entende como uma ameaça ao equilíbrio federativo, haja vista que a dimensão fiscal do federalismo não se resume à divisão de receitas, sendo indispensável uma distribuição adequada das competências tributárias. Além disso, a possibilidade de os entes periféricos estabelecerem alíquotas uniformes não satisfaz a necessidade de uma atribuição de competência tributária específica para cada membro da federação (Ribeiro, 2019).

Segundo Murilo de Oliveira Junqueira, os Estados mais pobres foram contrários à implementação de um Imposto sobre Valor Agregado, do qual faz parte o IBS, uma vez que esses Estados possuem uma base tributária limitada, resultando em um aumento da carga tributária sobre o consumo das camadas de renda mais baixa por meio desses tributos indiretos (Junqueira, 2011, p. 20).

Com a reforma, com o intuito de combater a “guerra fiscal”, a Constituição, no art. 156-A, § 1º, X, traz como regra a vedação de concessão de incentivos e benefícios financeiros ou fiscais relativos ao IVA ou de regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação. Essa previsão explícita de proibição de isenções, incentivos ou benefícios tributários, inclusive, levanta dúvidas se não seria uma violação à autonomia dos entes federativos impedir que cada um promova políticas tributárias regionais para desenvolvimento, visando a redução das desigualdades sociais.

Em outras palavras, a revogação da exclusividade dos estados para instituir e regular seus impostos inevitavelmente reduz a capacidade dos entes federativos de conceder benefícios fiscais. Isso ocorre porque eles não têm mais a competência legislativa para conceder isenções nem o monopólio da cobrança do tributo. Assim, os entes federados estariam com sua competência tributária e legislativa suprimidas, já que não poderão definir as regras de seus próprios tributos, não poderão adaptar o IBS à realidade de suas economias.

Como consequência, regiões menos favorecidas, com baixa densidade populacional e que não contam com localização privilegiada ou infraestrutura logística atrativa para atrair empregos e investimentos, ficarão ainda mais desfavorecidas. Essas regiões dependerão de subsídios para empreendimentos previstos no orçamento anual, concorrendo com despesas essenciais como saúde, segurança e educação.

Aguardar que os recursos públicos incentivem o empreendedorismo e o desenvolvimento regional é limitar as oportunidades para áreas distantes do país, não apenas geograficamente dos grandes centros de emprego e tecnologia, mas também equidistantes no que diz respeito à efetiva ação do Poder Público como agente promotor da cidadania e dignidade humana (Dias, 2019). Assim, será mais difícil reduzir eficazmente as disparidades sociais regionais.

Em contrapartida, a proibição de concessão de benefícios fiscais tem o potencial de prevenir a possibilidade de setores específicos pleitearem tratamento diferenciado no contexto do IBS, o que, por sua vez, resultaria em distorções competitivas e alocativas. Porém, eliminar a concessão de incentivos fiscais significa comprometer a competitividade na atração de investimentos, causando prejuízos significativos a várias regiões brasileiras que dependem atualmente de empresas e desenvolvimento impulsionados pelos benefícios fiscais concedidos, além da Zona Franca de Manaus e áreas de livre comércio.

Segundo nota técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de 2023, em que são estimados os impactos econômicos decorrentes das mudanças de regra de apropriação/distribuição dos impostos sobre o consumo entre os entes federados, no tocante ao IBS, temos que

Os efeitos redistributivos mais notáveis, porém, ocorrem na esfera municipal, como é possível verificar na tabela 2, na qual é computado o número de municípios que ganham ou perdem em cada UF, bem como a soma dos ganhos e perdas em cada uma delas. No total, aproximadamente R\$ 50 bilhões ou 21% das receitas municipais trocam de mãos, beneficiando 82% das cidades brasileiras, onde vivem 67% da população. (...)

Para se ter uma ideia do efeito redistributivo da mudança no imposto municipal, estimamos que um volume total de R\$ 36 bilhões (um terço da receita de R\$ 107 bilhões) mudaria de mãos com a substituição do ISS na origem por um IBS no destino. E dois terços dessa migração de recursos têm origem em 45 cidades muito ricas de São Paulo (grandes e pequenas), a qual é redistribuída para os demais municípios paulistas e do restante do país (Gobetti; Monteiro, 2023, p. 3-4).

Dessa forma, uma ampla quantidade será favorecida com a expansão da base tributária proporcionada pelo IBS e sua arrecadação pelos Municípios onde ocorre o consumo.

Uma alternativa para avaliar o impacto positivo ou negativo dessas mudanças é analisar o índice de Gini. Em estudo que mede a concentração de receitas, tanto antes quanto depois da reforma tributária, é apontado o aumento da proporção da população beneficiada (e a queda do Gini) relacionada à redução da desigualdade entre os municípios. Segundo Gobetti e Monteiro, a redução de pelo menos 5% no referido índice (Gobetti; Monteiro, 2023, p. 5).

Ainda segundo o IPEA, nenhum Estado e apenas alguns Municípios enfrentam o risco de queda na arrecadação, mesmo ao considerarmos um cenário mais pessimista para o crescimento econômico nas próximas décadas, com uma taxa média de 1,5% ao ano (em comparação com a média de 2,1% ao ano desde 1995), em que apenas 32 Municípios terminariam a transição tributária para o IBS com uma receita real menor do que atualmente.

No horizonte de vinte anos, por exemplo, no máximo treze municípios teriam perdas efetivas de arrecadação em um cenário pessimista de desempenho da economia. Em cenários mais otimistas, com economia crescendo em média 2,5% a.a. depois da reforma tributária (um pouco acima da média), nenhum município terá perdas até o trigésimo ano, e apenas cinco terão perdas até o quinquagésimo ano (Gobetti; Monteiro, 2023, p. 7).

Apesar de ser amplamente aceito, conforme evidenciado por estudos utilizando diversas metodologias, que a reforma tem o potencial de impulsionar a produtividade da economia e acelerar o crescimento do

PIB, há incertezas quanto à magnitude desses impactos, bem como suas variações entre setores e regiões.

O Direito Econômico deve considerar essas diferenças regionais ao analisar os impactos do IBS na competitividade e no desenvolvimento. Afinal, a competência tributária e legislativa não são apenas uma atribuição técnica; são instrumentos poderosos que refletem a capacidade do Estado de regular e influenciar a economia regional e nacional.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou investigar os possíveis impactos econômicos e arrecadatórios decorrentes da implementação do IBS, fruto da EC n. 132 de 2023, que trata da reforma constitucional-tributária, especialmente considerando a extinção da competência tributária exclusiva e a inauguração de uma competência tributária compartilhada entre os entes federativos, seus impactos na competência para legislar sobre normas gerais, bem como as alterações na destinação do produto da arrecadação.

A análise realizada na seção inicial revelou que considerar a interação complexa e dinâmica entre o Direito Tributário, o Direito Econômico e o Direito Financeiro é essencial para a eficácia das políticas públicas e para o desenvolvimento econômico sustentável do país, assim como é fundamental para a compreensão e a superação dos obstáculos que surgirão no processo de transformação do sistema tributário brasileiro. As alterações inauguradas pela EC n. 132/2023, como parte desse contexto, embora muitas vezes sejam abordadas como uma questão eminentemente tributária, não podem ser compreendidas isoladamente. Sua amplitude e profundidade a inserem diretamente no âmbito do Direito Econômico e Financeiro, sendo evidente o impacto da tributação na economia e nas finanças públicas.

Em seguida, foram identificadas as diferenças entre competência tributária, competência legislativa e destinação do produto da arrecadação, considerando que algumas normas provenientes da referida EC, que alteram a competência tributária, refletem na competência para legislar sobre assuntos que afetam a economia regional, demonstrando o potencial de trazer implicações profundas na dinâmica financeira, no desenvolvimento regional e na própria estrutura econômica do país.

Na terceira seção, foi analisada a dinâmica da competência compartilhada e como a previsão constitucional do IBS impacta a distribuição de competências legislativas entre os entes federativos, bem como foi elucidado o equívoco constitucional de confundir o conceito de competência com o de destinação do produto da arrecadação.

Por fim, foi discutido como essas mudanças afetarão a autonomia e a arrecadação tributária da União, dos Estados e Municípios, e seus possíveis

impactos na ordem econômica. A previsão constitucional de que o produto da arrecadação do IBS não será destinado à União reflete uma escolha política e econômica importante. Essa restrição poderá fortalecer a autonomia dos entes federativos, como é o caso dos Municípios, permitindo que eles utilizem essas receitas para promover o desenvolvimento local, investir em infraestrutura, saúde, educação e outras áreas essenciais, alinhadas com suas necessidades específicas. Por outro lado, pode acentuar disparidades regionais, onde locais mais populosos e economicamente ativos podem se beneficiar mais, enquanto áreas menos densamente habitadas podem enfrentar desafios.

Portanto, apesar de ser amplamente aceito – conforme evidenciado por estudos aqui analisados – que a reforma tributária tem o potencial de impulsionar a produtividade da economia e acelerar o crescimento do PIB, há incertezas quanto à magnitude desses impactos, bem como suas variações entre setores e regiões.

Nesse contexto, o presente trabalho demonstra que devem ser consideradas as diferenças regionais ao analisar os impactos do IBS na competitividade e no desenvolvimento, afinal, a competência tributária e legislativa não são apenas uma atribuição técnica; são instrumentos poderosos que refletem a capacidade do Estado de regular e influenciar a economia regional e nacional.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando H. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ATALIBA, Geraldo. Apontamentos da ciência das finanças, direito financeiro e tributário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1969.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

BECKER, Alfredo. *A. Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O Federalismo Cooperativo nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, n. 16, 2002.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO PARANÁ. *Fiep pede revogação de benefícios fiscais a montadores do Norte, Nordeste e Centro-Oeste*. Disponível em: <https://agenciafiep.com.br/2023/11/22/fiep-pede-revogacao-de-beneficios-fiscais-a-montadores-do-norte-nordeste-e-centro-oeste/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Derecho financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1970.

GOBETTI, Sérgio Wulf; MONTEIRO, Priscila Kaiser. *Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas*. Carta de Conjuntura número 60. Brasília: IPEA, 2023. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2023/08/230828_reforma_tributaria_cc_60_nota_18.pdf. Acesso em: 17 mar. 2024.

GRAU, Eros R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

JUNQUEIRA, Murilo de O. O nó tributário: por que não se aprova uma reforma tributária no Brasil. In: Code 2011 - II Conferência do Desenvolvimento. *Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos*, 2011, p. 1-23. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area10/area10-artigo8.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2024.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

PISCITELLI, Tathiane. *Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Reforma tributária simplifica, mas tem efeitos regressivos e centralizadores. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 abr. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/ricardo-lodi-reforma-tributaria-simplifica-efeitosregressivos>. Acesso em: 23 fev. 2024.

Emerson Ademir Borges de Oliveira
Jamara Feitosa Furtado Lucena

ROVIRA, Enoch A. *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

SCAFF, Fernando Facury; HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício (Orgs.). *Direito financeiro, econômico e tributário: homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. Obra coletiva. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SCHOUERI, Luis E. *Direito tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Benefícios tributários para empresas automotivas custam R\$ 5 bilhões ao ano e geram baixo retorno*. [Brasília]: 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/beneficios-tributarios-para-empresas-automotivas-custam-r-50-bilhoes-ao-ano-e-geram-baixo-retorno.htm>. Acesso em: 22 jul. 2024.

Recebido: 22/07/2024
Aprovado: 05/08/2024

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: O REAJUSTE DE PREÇOS NA AUSÊNCIA DE ÍNDICES NO EDITAL E NO CONTRATO

*NEW BIDDING AND PUBLIC CONTRACTS
LAW: PRICE ADJUSTMENT IN THE ABSENCE
OF INDICES IN THE BIDDING NOTICE AND
CONTRACT*

*João Paulo Forni¹
Maria Tereza Fonseca Dias²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. As formas de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na Lei n. 14.133/2021. 2. As diferentes visões sobre as consequências da ausência de cláusula contendo índice de reajuste de preços no edital e no contrato. 3. O detalhamento

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Auditor no Tribunal de Contas da União (TCU).

² Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do Departamento de Direito Público da UFMG e dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu da Fundação Mineira de Cultura (Universidade FUMEC).

do conflito à luz da teoria da seleção adversa e das consequências práticas. 4. A tendência de prevalência da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato sobre a igualdade entre os licitantes nos casos concretos. Conclusão. Referências.

RESUMO: Por meio de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, este artigo objetiva analisar o conflito entre o princípio da isonomia no processo licitatório e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro quando ausentes índices de reajustes nos editais e nos contratos administrativos. Partindo de uma perspectiva consequencial e com aportes da análise econômica do Direito, defende-se a prevalência, *prima facie*, no caso da colisão em tela, da manutenção do equilíbrio contratual, materializado na preservação do vínculo, com a utilização de índice não estipulado no edital e no contrato, em detrimento da igualdade entre os licitantes, especialmente à luz das consequências dessa opção, com a ressalva de que circunstâncias específicas podem ocasionar a mudança desse balanceamento entre princípios de igual estatura constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Contrato administrativo. Equilíbrio econômico-financeiro. Reajuste. Isonomia.

ABSTRACT: Through bibliographical review and jurisprudential research, this article aims to analyze the conflict between the principle of equality in the bidding process and maintenance of economic-financial balance when there are no readjustment rates in notices and administrative contracts. Starting from a consequential perspective and with contributions from the economic analysis of Law, we defend the prevalence, *prima facie*, in the case of the collision in question, of maintaining contractual balance, materialized in the preservation of the bond, with the use of an index not stipulated in the notice and contract, to the detriment of equality between bidders, especially in light of the consequences of this option, with the exception that specific circumstances may cause a change in this balance between principles of equal constitutional stature.

KEYWORDS: Bidding. Administrative contract. Economic-financial balance. Readjustment. Isonomy.

INTRODUÇÃO

A licitação é procedimento prévio à celebração de contrato administrativo por meio do qual um ente público, no exercício da função administrativa, permite a formulação de propostas por todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, dentre as quais será selecionada a que melhor atenda aos interesses da Administração (Di Pietro, 2019). A disputa visando à contratação pública pressupõe a igualdade entre os interessados, que pode ser atenuada apenas nas hipóteses previstas em lei, em atenção a razões de interesse público, a exemplo de certos benefícios atribuídos às microempresas e empresas de pequeno porte.

José dos Santos Carvalho Filho (2019) alça a igualdade de oportunidades entre os que intentam contratar com a Administração a princípio estruturante da licitação, ao lado da moralidade administrativa, na sua faceta entrelaçada à impessoalidade,³ pois não pode o gestor público favorecer um concorrente em detrimento de outros sem amparo na lei. A referida igualdade entre os licitantes permite a competitividade, que é essencial e inerente à licitação, inclusive por determinação constitucional e infraconstitucional. Acrescenta-se que a isonomia entre os licitantes costuma ser destacada no momento da elaboração do edital e da minuta contratual, bem como quando do processo licitatório em si – o momento da seleção da proposta vencedora. Entretanto, a igualdade deve ser observada também durante a execução contratual (Freire, 2023).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) resguarda, de maneira expressa, a igualdade de condições entre os licitantes,⁴ cujo tratamento isonômico, conjugado com a justa competição, é objetivo do processo licitatório, nos termos da Nova Lei de Licitações e Contratações (NLLC).⁵

Além da igualdade entre os licitantes, tanto a CRFB/88 quanto a NLLC tratam da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro entre os encargos do particular e a retribuição devida pela Administração ao longo

3 A impessoalidade é o princípio que se relaciona à imputação do ato administrativo ao Poder Público, e não ao sujeito privado que o pratica; à finalidade da ação administrativa, que deve ser sempre aquela prevista pelo Direito; ao tratamento igualitário, com vedação a favoritismos; à neutralidade, imparcialidade e objetividade da atuação estatal (Freire, 2023) – sendo grande a interseção de todos esses aspectos com o princípio da moralidade, que, por sua vez, se revela, na dimensão objetiva, no dever de boa-fé ligado ao Direito Público, no dever de transparência, lealdade e proteção da confiança; e, na dimensão subjetiva, nos deveres de honestidade e probidade por parte do agente público (Giacomuzzi, 2002).

4 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que **assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (Brasil, 1988, grifo nosso).

5 Em alusão à Lei n. 14.133/2021, cujo art. 11 prevê: “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: [...] II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição” (Brasil, 2021).

da execução das avenças. A Constituição (art. 37, XXI) plasma a exigência de manutenção das condições efetivas da proposta⁶ e a NLLC discorre sobre o equilíbrio contratual em diversas passagens, assentando que, mesmo nas hipóteses de modificação unilateral do contrato pela Administração, as cláusulas econômico-financeiras deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual (art. 104, § 2º).⁷ Reconhece-se, assim, que o equilíbrio econômico-financeiro é essencial à preservação das condições efetivas da proposta vencedora da licitação, particularmente pelo reconhecimento de que sua perturbação pode acarretar o prematuro e conflituoso fim da relação contratual.

Um dilema surge, entretanto, quando esses dois pilares da licitação e do contrato administrativo – a igualdade entre os concorrentes e o equilíbrio econômico-financeiro do pacto – apontam para caminhos diversos na realidade do gestor público que lida com contratações, em verdadeiro *trade-off* (ou conflito normativo), a saber: ou se prioriza a isonomia entre os licitantes, em detrimento do equilíbrio econômico-financeiro e, por consequência, da preservação dos contratos; ou se priorizam os últimos, em detrimento da primeira.

O conflito aludido emerge, na prática, do reajustamento em sentido estrito,⁸ previsto no art. 6º, LVIII, da NLLC, quando ausente o índice no edital e no contrato. Se não há critérios estabelecidos para reajustar a proposta, mas a CRFB/88 obriga a manutenção de suas condições, como deve o gestor proceder?

Tem-se como hipótese a afirmação de que deve prevalecer, na maior parte dos casos concretos, a utilização de índice não estipulado no edital e no contrato, em detrimento da igualdade entre os licitantes, com o objetivo de manutenção do vínculo contratual e defesa do interesse público.

Isso se deve, essencialmente, à perspectiva jurídica adotada neste trabalho, de índole consequencial, com algum aporte da análise econômica do direito.

A consideração, na tomada de decisões jurídicas, dos efeitos delas decorrentes parte da perspectiva denominada consequencialismo, que pode ser conceituado como qualquer programa teórico, ou mesmo qualquer atitude, que se proponha a condicionar ou que condicione “explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas” (Schwartz, 2008, p. 130-131). No presente caso, adota-se o consequencialismo fraco descrito

6 Vide grifo na nota 4.

7 “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I – modifica-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; [...] § 2º Na hipótese prevista no inciso I do *caput* deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual” (Brasil, 2021)

8 O conceito de “reajustamento em sentido estrito” será detalhado no tópico seguinte.

por Schuartz (2008), que reserva à valoração das consequências da decisão um papel residual ao aferir seu juízo de adequação, admitindo, ao lado da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, diferentes formas de argumentação. Soma-se a essa perspectiva alguns instrumentos da análise econômica do direito, cuja premissa é que as causas e os efeitos das normas jurídicas e instituições, sob o ponto de vista empírico, diante de diversas análises possíveis, podem ser apreciados a partir de critérios de racionalidade econômica (Dias, 2017, p. 86), notadamente a investigação da seleção adversa nas contratações (detalhamento na seção 4).

Este artigo, de natureza dogmático-jurídica, foi desenvolvido por meio de pesquisa jurisprudencial – que se dirige à análise de julgados, entendidos como qualquer decisão de autoridade competente que, interpretando o direito, emite um comando voltado à resolução de um caso concreto (Palma, Feferbaum e Pinheiro, 2023) – e bibliográfica, com especial ênfase na consulta de artigos científicos (Lakatos e Marconi, 2003).⁹ A jurisprudência analisada resultou de pesquisa nos portais do Tribunal de Contas da União (TCU), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), notadamente a partir dos termos “manutenção da equação econômico-financeira” e “previsão expressa” no contrato ou no instrumento contratual. Os resultados foram consolidados e analisados a partir do julgamento dos autores e não têm pretensão de generalização.

Analisadas as fontes primárias e secundárias levantadas, o trabalho foi estruturado nas seguintes seções: (i) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos na Lei n. 14.133/2021, no intuito de destacar as especificidades do reajustamento em sentido estrito; (ii) visão jurisprudencial a respeito da matéria, marcando as diferenças entre o que prevalece no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Tribunal de Contas da União (TCU), bem como a diversidade dos entendimentos doutrinários; (iii) enunciaremos o conflito objeto do trabalho à luz da seleção adversa e das consequências práticas para a relação contratual; e (iv) conclusões.

1. AS FORMAS DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEI N. 14.133/2021

Antes de adentrar cada um dos dispositivos previstos na NLLC relativos à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, cabem algumas considerações preliminares sobre seus fundamentos.

⁹ Segundo Lakatos e Marconi, a pesquisa bibliográfica “abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc.” (Lakatos e Marconi, 2003, p. 183).

Uma das características marcantes dos contratos administrativos é a comutatividade, que impõe o estabelecimento de obrigações recíprocas e equivalentes entre as partes, com condições previamente conhecidas. Os contratos aleatórios, que se contrapõem aos comutativos, são exceções¹⁰ no âmbito público (Miranda, 2021).

Mesmo sendo marcadamente comutativos, no entanto, os contratos administrativos não estão imunes às circunstâncias econômicas e sociais em que se encontram inseridos, que podem perturbar o equilíbrio da avença. São as contingências ou áleas contratuais que ganham mais relevância em relações jurídicas com lapso temporal dilatado (Roppo, 2011).

Referidas perturbações, caso ocorram, devem ser corrigidas, em observância ao dever de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, que é, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2023), a relação de igualdade formada pelo cotejo entre as obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e a compensação econômica que lhe corresponderá. Essa equivalência estabelecida no momento do ajuste não pode ser alterada (Meirelles, 2010),¹¹ devendo permanecer hígida durante toda a execução contratual. O ordenamento jurídico prevê diversos institutos que possibilitam sua implementação, quais sejam: a revisão, o reajuste de preços e a repactuação (espécies do gênero “reequilíbrio econômico-financeiro”), sem prejuízo da promoção do equilíbrio contratual por outros meios, a exemplo da prorrogação do prazo contratual.

A revisão é o instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução da avença tal como pactuada, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato (art. 124, II, “d” da NLLC).¹²

O instituto associa-se à álea extraordinária, não albergando, portanto, os “riscos comuns” (Bittencourt, 2022), previsíveis, os quais são endereçados por outros mecanismos de recomposição. Pauta-se na teoria da imprevisão e apresenta, segundo estabelecido pelo TCU em processo administrativo, os seguintes pressupostos (Brasil, 2023):

10 Os contratos advocatícios *ad exitum* podem ser citados como exceções à comutatividade contratual administrativa, tendo sido admitidos pelo TCU, desde que observado o primado da proporcionalidade e com remuneração vinculada exclusivamente ao êxito da demanda (Brasil, 2018a).

11 A obra *Licitação e contrato administrativo*, a que se faz referência, foi atualizada por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini.

12 “Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo entre as partes: [...] d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato” (Brasil, 2021).

- a) os fatos geradores devem ser imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis, e sua ocorrência em concreto deve dar-se posteriormente (eventos supervenientes) à apresentação da proposta, que desafiam qualquer cálculo no momento da sua elaboração;
- b) tais eventos devem ser estranhos à vontade das partes, daí serem qualificados como extracontratuais; em outros termos, não sejam fatos cuja ocorrência seja atribuível ou provocada pelas partes contratantes;
- c) tais eventos devem ser comprovadamente inevitáveis; vale dizer, sua ocorrência se dá a despeito da possibilidade de atuação das partes; são, portanto, fatos alheios à vontade das partes contraentes; os quais sejam
- d) ensejadores de acentuado desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, de modo a elevar demasiadamente os encargos da parte que pleiteia a revisão, inviabilizando a continuidade da execução do objeto contratado sem acarretar-lhe prejuízo ou, até mesmo, ruína (onerosidade excessiva).

É importante ressaltar que não apenas eventos imprevisíveis podem ensejar a revisão do contrato, mas também atos ou fatos da Administração. Alterações unilaterais entabuladas pela Administração igualmente acarretam a necessidade de revisão contratual, afinal “são, para o contratado, imprevisíveis” (Niebuhr, 2023, p. 1059). Neste último caso, “é irrestrito o direito do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro”, estando a execução de cláusula alterada unilateralmente subordinada ao “restabelecimento – por acordo, através de aditamento – do equilíbrio econômico-financeiro acaso afetado pelo ato” (Bittencourt, 2022, p. 785).

Já no âmbito da álea ordinária, encontra-se o reajustamento em sentido amplo, gênero que abarca a repactuação e o reajustamento em sentido estrito (ou reajuste de preços), assim conceituados no art. 6º, incisos LVIII e LIX da NLLC (Brasil, 2021):

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...]

LVIII - reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;

LIX - repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data

vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra; [...].

Os institutos são abordados também nos incisos I e II do § 4º do art. 92 do mesmo diploma (Brasil, 2021):

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: [...] § 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:
I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;
II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

Ressalta-se, preliminarmente, que o reajustamento em sentido estrito, ao contrário do que faz crer a leitura acrítica dos dispositivos, não reflete com exatidão a variação efetiva do custo de produção.¹³ Essa é justamente uma das diferenças entre o reajustamento em sentido estrito e a repactuação.

A repactuação representa a via de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais e dos custos de produção, comprovada mediante apresentação de planilha de composição de custos. Já o reajustamento em sentido estrito aplica índices gerais, específicos ou setoriais – ou mesmo uma cesta de índices – linearmente sobre o valor contratual, sem detalhamento sobre a variação efetiva do custo de cada serviço ou bem.

Na mesma linha, Marçal Justen Filho (2023, p. 1271) assevera que a distinção fundamental entre os institutos “reside em que os custos relacionados à mão de obra envolvem variações insuscetíveis de acompanhamento por meio de índices setoriais ou específicos”, pois “cada espécie de trabalho e cada categoria de empregados envolvem variações de custos distintos”. O reajustamento em sentido estrito se relaciona a índices de variação de preços entabulados a partir da identificação daqueles que

13 No enunciado de jurisprudência formulado a partir do Acórdão 1884/2017-TCU- Plenário, tem-se que: “A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. Diferença entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado” (Brasil, 2017).

representam de modo mais preciso as variações de custos pertinentes à atividade objeto do contrato, mas cuja aplicação linear “dispensa a necessidade de avaliação sobre a formação de custos do particular e as ocorrências efetivamente verificadas no mercado” (Justen Filho, 2023, p. 1440). Já a repactuação depende de avaliação das circunstâncias concretas relativas a cada contratação, considerando com exatidão a variação de custos ocorrida.

A própria NLLC caminha nesse sentido ao apontar, nos incisos I e II do § 8º do art. 25, que, nas licitações de serviços contínuos, o critério de reajustamento será (i) por “reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais”; e (ii) por “repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos” (Brasil, 2021).

Hely Lopes Meirelles (2010), tradicionalmente, define o reajustamento contratual como a majoração de valores unitários ou de parcela do valor global, conforme previsão contratual, para compensar a inflação e elevações do mercado, decorrentes da desvalorização da moeda ou do aumento geral de custos. Nada menciona a respeito da variação efetiva de custos específicos. Segundo Camarão (2015), o reajuste em sentido estrito surgiu em decorrência da percepção de que o mundo econômico não se mantém estável no decorrer do tempo. Para lidar com isso, o estabelecimento prévio de índices que exprimem essa variação tem se mostrado uma prática adequada.

A jurisprudência do TCU é precisa ao assentar que “o instituto da repactuação de preços aplica-se apenas a contratos de serviços continuados prestados com dedicação exclusiva da mão de obra” (Brasil, 2013 [voto]) e “ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços” (Brasil, 2015 [voto]).

Por fim, ambas as formas de reequilíbrio econômico-financeiro devem observar o “princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação”, expressão utilizada no § 4º do art. 135 da NLLC (Brasil, 2021). É dizer: da data da apresentação da proposta ou da data do orçamento estimado (a jurisprudência do TCU prefere a segunda), deve transcorrer um ano para que se possa conceder o reajuste, devendo o mesmo intervalo ser observado nas concessões posteriores.

Esclarecida a distinção entre as diferentes modalidades de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, passa-se a discutir o reajustamento em sentido estrito e as consequências da ausência de cláusula contratual com a previsão do respectivo índice.

2. AS DIFERENTES VISÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE CLÁUSULA CONTENDO ÍNDICE DE REAJUSTE DE PREÇOS NO EDITAL E NO CONTRATO

A previsão de índice de reajuste de preços (que embasa o reajustamento em sentido estrito) no edital de licitação e no contrato é dever da Administração. A jurisprudência do TCU é uníssona nesse sentido, como ilustra o seguinte trecho de acórdão de 2018, ao afirmar que: “o estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição” (Brasil, 2018b [voto]). No plano legal, a Lei n. 8.666/1993 previa expressamente a exigência de critérios de reajuste no edital e no contrato,¹⁴ e a NLLC detalhou ainda mais referido dever. Assentou, no § 7º do art. 25,¹⁵ que, independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preços, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

O problema surge, entretanto, quando o edital e a minuta contratual que o acompanha não preveem índice de reajuste, seja por erro, seja por intenções escusas do gestor. É quando se revela a tensão aludida no título deste artigo – entre o princípio da isonomia entre os licitantes e a manutenção da equação econômico-financeira.

O STJ, ao julgar o tema ora em comento, se posicionou no sentido de que ausente o índice, inviabilizado o reajustamento pretendido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. REAJUSTE DE PREÇOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL. DESCABIMENTO. 1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado

14 “Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; [...] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento” (Brasil, 1993).

15 “Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. [...] § 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos” (Brasil, 2021).

o pretendido reajustamento do contrato administrativo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido (Brasil, 2007).

Da ementa, infere-se que a ausência de previsão contratual inviabilizaria o pleito de reajuste, por ter natureza convencional, podendo as partes dispor, mesmo que implicitamente, de forma diversa. Em outro julgado, o STJ endossou novamente a necessidade de previsão expressa do reajuste no instrumento contratual para que possa ser concedido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DIREITO AO REAJUSTAMENTO DOS VALORES. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 3º, *CAPUTE* § 1º, DA LEI 10.192/2001. REAJUSTE SEM PREVISÃO CONTRATUAL. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Segundo consignado no acórdão recorrido, “não há reajuste anual exigível se, no momento do contrato firmado, as partes nada convencionaram neste sentido. Como foi descrito no voto do relator, o reajuste anual é matéria contratual, autorizada sua feitura por lei, por conseguinte, o reajuste é direito disponível e precisa estar previsto no contrato até para garantia de dotação orçamentária correspondente” e, no caso, “poderia haver a presunção de que, se não houve cláusula de reajuste anual no contrato administrativo, a licitante, por se tratar de instituição profissional experiente, já tenha incluído em sua proposta um valor compatível com a não incidência de reajuste”. II. Diante desse contexto, alterar o entendimento do Tribunal de origem ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos e do contrato celebrado entre as partes, procedimento vedado, pelas Súmulas 5 e 7 desta Corte. Precedentes do STJ. III. Agravo Regimental improvido (Brasil, 2016).

A pesquisa realizada na jurisprudência do STJ retornou mais uma decisão que, apesar de não enveredar no mérito, assentiu com posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que se assemelha aos anteriormente apresentados.¹⁶

No campo doutrinário, Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho seguem linha semelhante. Para o primeiro, o preço normalmente é fixo e imutável nos contratos. O reajustamento de preços, sendo exceção, há de ser expressamente previsto pelas partes e delimitado no instrumento inicial do contrato. Em reforço, Meirelles acrescenta que “não é a concordância posterior

¹⁶ Trata-se do AgInt no REsp 1931235/DF, julgado em 16.08.2021 pela segunda turma do STJ, relatado pela ministra Assusete Magalhães.

das partes que legitima o reajuste do preço; é o contrato originário que há de autorizar essa conduta desde que admitida no edital, na conformidade da legislação permissiva do reajustamento” (Meirelles, 2010, p. 268). Mais adiante, conclui:

Esse reajuste de preços é uma conduta contratual autorizada por lei, para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência de imprevisão das partes contratantes; ao revés, é previsão de uma realidade existente, que vem alterando a conjuntura econômica em índices insuportáveis para o executor de obras, serviços ou fornecimentos de longa duração. Diante dessa realidade nacional, o legislador pátrio institucionalizou o reajuste de preços nos contratos administrativos, facultando às partes adotá-lo ou não, segundo as conveniências da Administração, em cada contrato que se firmar. Não se trata, portanto, de uma imposição legal para todo contrato administrativo, mas sim, de uma faculdade concedida à Administração de incluir a cláusula de reajustamento de preços em seus ajustes, quando julgar necessário para evitar o desequilíbrio financeiro no contrato.

[...]

As épocas de reajuste dos preços e os índices de correção serão previstos no contrato, e a fórmula, a estabelecida em norma legal ou regulamentar da respectiva Administração contratante. Calculado o reajustamento devido, aditar-se-á o contrato ou se consignarão simplesmente os novos preços, com a demonstração dos respectivos cálculos, na forma estabelecida no contrato ou na legislação pertinente. **Sem estes requisitos e formalidades é inadmissível o reajuste de preços** (Meirelles, 2010, p. 269-270, grifo nosso).

Carvalho Filho (2019), por sua vez, assevera que os critérios de reajustamento são cláusulas necessárias do contrato administrativo, mas devem estar expressas na avença. Caso não estejam, o preço ajustado é fixo e irreatável.

No mesmo sentido é a lição de Diogenes Gasparini:

Embora, não seja pacífico, tem-se entendido que o reajustamento só é possível se previsto no edital ou no processo de contratação direta, pois se assim não for entender-se-á o contrato administrativo como irreatável e que o contratado embutiu no preço a inflação do período, até porque poderia ter reclamado contra a omissão editalícia do índice de reajustamento inflacionário. Se não o fez, é justo entender que encontrou outro modo de se preservar contra a inflação (Gasparini, 2004, p. 416).

Tanto os mencionados julgados do STJ quanto as lições doutrinárias referidas não se utilizam como fundamento para a rejeição do reajuste, ante a ausência de sua expressa previsão no edital ou no contrato, o malferimento

ao princípio da igualdade entre os licitantes decorrente da vinculação da Administração ao edital. A argumentação cinge-se a uma suposta concordância implícita do contratado em não reajustar a avença.

Com a devida vênia, não parece que seja esse o principal fator a militar contra o reajuste sem previsão contratual. Muito mais relevante é o fato de que os outros licitantes, ao competirem por aquele contrato administrativo, podem ter embutido em suas propostas valores passíveis de manutenção por todo o período contratual, internalizando o custo de um pacto não reajustado. Ademais, é frágil tentar extrair a vontade implícita – em um contrato de adesão – de contratado que pode ter sua prestação inviabilizada pela ausência de reajuste. A seleção adversa que esse quadro pode gerar será discutida mais à frente, na seção 4.

A tensão descrita – igualdade entre os licitantes *versus* manutenção da equação econômico-financeira original – não escapou ao olhar de Jordão de Vasconcelos, que assim discorreu sobre o tema:

Em outras palavras, o reajuste tem a função de prevenir os efeitos inflacionários antes que afetem o equilíbrio financeiro do contrato administrativo. Para ser aplicável, necessário que haja a sua previsão contratual expressa. Na hipótese de ausência de tal cláusula, o contrato permanecerá sem reajuste até o termo. Forçoso repetir: caso edital e contrato não preverem cláusula de reajuste, permanecerá irremediável até o fim da avença. A matéria está no âmbito dos direitos disponíveis das partes. Contudo, a inflação é previsível, restando vedado invocar a teoria da imprevisão com o escopo de reajustar o valor do contrato. Ademais, os pactuantes antes de firmarem o contrato tomam conhecimento tanto da minuta do edital quanto da minuta do contrato. Violaria até o princípio da boa-fé objetiva pleitear reajuste contratual sem previsão expressa no contrato. Nesta situação, um hipotético deferimento do reajuste violaria vários princípios constitucionais e administrativos, mormente os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório (Vasconcelos, 2017).

Explicitada a visão da corrente jurisprudencial e doutrinária que endossa a invariabilidade dos preços como consequência para a ausência de cláusula de reajuste no edital e no contrato, passa-se ao exame da visão oposta.

O TCU fixou o seguinte entendimento em enunciado de jurisprudência que tomou por base o Acórdão 7184/2018-Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Augusto Nardes:¹⁷

¹⁷ O Ministro do TCU Benjamin Zymler, no Acórdão nº 963/2010 – Plenário, manifestou em seu voto entendimento similar: “Quanto à vedação ao reajuste prevista no contrato firmado (...), cabe ressaltar que a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de que deverá assegurar-se ao interessado o direito a esse instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que não esteja previsto contratualmente, uma vez que a Lei n. 8.666/93 (arts. 5º, § 1º, e 40, XI) garante aos contratados a correção dos preços a fim de que lhes preservem o valor” (Brasil, 2010).

O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e consequente violação ao princípio da boa-fé objetiva (Brasil, 2018b).

Vê-se que a Corte de Contas privilegiou, no caso, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em detrimento da igualdade entre os licitantes. Pautou a opção pela relevância da boa-fé objetiva, que deve nortear as avenças do Poder Público, bem como pela vedação ao enriquecimento ilícito do erário.

É relevante ressaltar, entretanto, que não há, assim como no caso da corrente oposta, qualquer menção, seja na parte dispositiva do acórdão, seja no voto, seja no relatório que embasa a decisão, à isonomia (ou igualdade) entre os licitantes ou à competitividade do procedimento licitatório. Isso é um sinal de que o conflito ora em análise passou ao largo da ponderação realizada pelo TCU, que se cingiu ao conflito entre vinculação ao edital e ao contrato, de um lado, e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, do outro.

A mesma linha argumentativa permeou decisão do TJMG, em acórdão proferido no bojo da Apelação Cível n. 1.0471.06.066448-2/001, a partir do voto da Desembargadora Albergaria Costa, que consignou a possibilidade de reajuste, mesmo na ausência de previsão no edital e no contrato, endossada a partir da previsão constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença. Para o referido julgado:

O cerne do litígio cinge-se à verificação do direito da empresa apelada, vencedora da licitação feita pela modalidade concorrência, em ter a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços firmado com o Município de Pará de Minas, tendo-se em vista que a execução da obra contratada ultrapassou o prazo de doze meses inicialmente previstos para o seu término.

[...]

O Município, contudo, resistiu ao pedido de reajuste, defendendo a ausência de previsão editalícia ou contratual neste sentido.

Contudo, tenho que a equação econômico-financeira do contrato administrativo independe de previsão expressa no instrumento contratual, pois sua gênese tem lugar no próprio texto da Constituição, quando prescreve

que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta...” (CR/88, art. 37, XXI).

Daí porque não se pode resistir à pretensão sob o pretexto de observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou ao princípio da legalidade (Minas Gerais, 2008b).

O TJMG externou posição similar em outras oportunidades,¹⁸ o que permite inferir a solidez de sua jurisprudência nesse sentido.

Em consulta, o TCE-MG manifestou posicionamento correlato em ao menos duas oportunidades:

TCE/MG, Contrato administrativo. Prestação de serviços de natureza continuada. Reajuste sem previsão editalícia ou contratual. Possibilidade. Utilização de índices de preços setoriais ou gerais. Adoção do menor percentual. Não-sujeição aos limites estabelecidos pelo § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 (Minas Gerais, 2008).

CONSULTA. PROCURADORIA MUNICIPAL. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. MÉRITO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. VIGÊNCIA SUPERIOR A UM ANO. REAJUSTE POR ÍNDICE. CONCESSÃO DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO. PAGAMENTO RETROATIVO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO PRAZO PRESCRICIONAL. 1. Sempre que o contrato administrativo vigorar por período superior a 1 (um) ano, o contratado fará jus ao reajuste por índice, sendo dever da Administração Pública concedê-lo independentemente de requerimento do particular ou de previsão contratual expressa. 2. Na hipótese de a Administração Pública não ter aplicado o índice de reajuste no momento oportuno, é devido o pagamento retroativo, observando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos (Minas Gerais, 2019).

O voto do Conselheiro do TCE-MG, Antônio Carlos Andrada, na primeira decisão transcrita (Consulta n. 761.137), traz relevantes argumentos em defesa do reajuste sem previsão no edital ou no contrato. Após ressaltar a força do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pelo qual deve ser mantida a relação entre os encargos do particular e a respectiva remuneração prestada pelo Poder Público, o Conselheiro Andrada concluiu que:

18 Cf. Apelação Cível n. 1.0000.21.234316-4/001, julgada em 10.02.2022; Apelação Cível n. 1.0024.11.195191-9/001, julgada em 25.06.2017; Apelação Cível n. 1.0209.12.008333-9/001, julgada em 08.02.2018; Apelação Cível n. 1.0713.15.000188-9/001, julgada em 16.08.2017; e Apelação Cível n. 1.0567.04.083046-3/001, julgada em 15.05.2015, todas relatadas pela Desembargadora Albergaria Costa.

[...] ainda que não haja previsão expressa no edital ou no instrumento contratual quanto à forma como se dará o reajustamento de um contrato de prestação de serviços com prazo de duração superior a 12 meses, não há dúvidas de que é devido o reajuste, tendo-se em vista a preservação do valor real inicialmente contratado. A interpretação literal do art. 40, XI, da Lei n. 8.666/93, neste caso, implicaria admitir a ocorrência de indesejável desequilíbrio contratual, ensejando enriquecimento sem causa do Poder Público. Dessa forma, nosso posicionamento visa privilegiar a principiologia que rege a moderna teoria dos contratos, notadamente o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da justiça contratual (Minas Gerais, 2008).

Em arremate, o Conselheiro consignou estar “convencido de que a realização de reajuste visando à preservação da equação econômico-financeira de um contrato administrativo é um direito do particular, ainda que não haja previsão editalícia ou contratual”. E acrescentou que “o princípio da vinculação aos termos do edital, apresentado como justificativa central dos defensores da impossibilidade de Reajuste [...], pode e deve ser relativizado, excepcionado, tendo em vista o respeito a esse direito subjetivo do particular” (Minas Gerais, 2008).

Esse entendimento, que preconiza a necessidade e adequação do reajuste mesmo ante a ausência de previsão no edital e no contrato, encontra amparo, no campo doutrinário, nas lições de Joel de Menezes Niebuhr. Defende o doutrinador que, se as normas licitatórias preveem a obrigatoriedade do estabelecimento de critério de reajuste, sua ausência faz do edital e do contrato instrumentos jurídicos ilegais nesse aspecto. Se ilegais, esses instrumentos devem ser anulados ou convalidados. A anulação importa no desfazimento da licitação e do contrato, operando-se efeitos retroativos. Já a convalidação importa na correção do vício. Nos casos de ausência critério de reajuste, para “convalidar o edital e o contrato, deve-se prever, em que pese já na fase de execução do contrato, critério para reajuste. Dessa sorte, a Administração deveria promover alteração contratual para dispor de critério de reajuste” (Niebuhr, 2023, p. 1045).

Aos que alegam que a ausência de índice de reajuste deveria ter sido impugnada oportunamente pelo licitante que se sagrou vencedor, não podendo, posteriormente, ser utilizada em seu favor, Niebuhr responde que a omissão do contratado naquele momento é irrelevante, pois não importa em convalidação da ilegalidade, que persiste e não pode ser desconsiderada. Se assim não fosse, “seria forçoso reconhecer que as ilegalidades em editais de licitação seriam todas apagadas em face da não apresentação de impugnação pelos licitantes ou que editais não impugnados administrativamente não poderiam mais ser anulados” (Niebuhr, 2023, p. 1045).

Essa segunda corrente está mais alinhada com as premissas e disposições da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como com as razões consequenciais, sobre as quais se discorrerá a seguir, juntamente a considerações sobre a seleção adversa, ambas no cenário do conflito entre a igualdade dos licitantes, relacionada com a vinculação da Administração ao edital, e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3. O DETALHAMENTO DO CONFLITO À LUZ DA TEORIA DA SELEÇÃO ADVERSA E DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

No contexto das contratações públicas, os disputantes devem ter segurança de que aqueles critérios a eles apresentados a partir do edital e da minuta contratual serão de fato os aplicados quando da execução do contrato, em observância à isonomia. Os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro são especialmente sensíveis nesse aspecto, pois os critérios utilizados pela Administração devem ser não apenas iguais para diferentes contratados em circunstâncias semelhantes (Freire, 2023), como também previsíveis ou, ao menos, razoavelmente cogitáveis, quando da disputa.

Caso a Administração omita determinado critério de reequilíbrio no edital e/ou na minuta contratual que o acompanha, uma empresa prudente e confiável pode deixar de participar do certame para não correr o risco de arcar com prejuízos durante a prestação do serviço ou o fornecimento do bem – ou com as consequências de não lograr cumprir a contento as obrigações pactuadas. Esse fenômeno é conhecido como seleção adversa.

Em sua formulação tradicional, a seleção adversa é conceituada como um tipo de assimetria informacional que teve entre seus mais destacados investigadores o economista norte-americano George Akerlof (1970) e ocorre quando uma das partes, em um momento pré-contratual, tem dificuldade de obter informações sobre a qualidade específica de um produto ou serviço, conhecendo apenas a qualidade média de determinado mercado. Diante dessa dificuldade, a parte mal-informada exigirá um prêmio ou desconto maior para realizar a transação, e os vendedores que dispuserem dos melhores produtos não conseguirão o preço devido, terminando por sair do mercado, o que importa em uma queda na qualidade e na competição desse setor. Esse ciclo continua, em teoria, até que restem apenas os ofertantes de pior qualidade (Timm; Guarisse, 2014).

Aplicando referido conceito ao contexto deste artigo, a omissão do índice de reajuste no edital e/ou na respectiva minuta contratual tende a afastar boas empresas que identificaram o risco de defasagem dos valores a serem

pagos pela Administração e optaram por não participar do certame – ou por participar, mas com a oferta de valor mais alto, precificando o risco. De seu turno, as empresas que não mapearam adequadamente o risco de defasagem de valores citado ou vislumbraram possibilidade de alteração das regras editalícias a posteriori participariam de um certame menos competitivo, o que acarreta um incremento na probabilidade de seleção de empresas piores.

Outra perspectiva de análise do tema consiste nas alternativas de que dispõe o gestor diante de eventual omissão do índice de reajuste no edital/contrato.

Hipoteticamente, considere-se um contrato de dedicação exclusiva de mão de obra com uma parcela relativa a insumos. O edital não trouxe, por lapso do gestor responsável, índice de reajuste relativo aos insumos. Para além das consequências em termos de competitividade no certame, com potencial afastamento de empresas responsáveis, cientes dos riscos de defasagem remuneratória, imagine-se que o processo licitatório tenha decorrido sem intercorrências e sem qualquer prática escusa. A vencedora do certame, empresa X, firma o contrato com a Administração e inicia a prestação dos serviços, com prazo de 12 meses prorrogáveis até 60 meses – duração comum sob a égide da Lei n. 8.666/1993 e viável após o advento da NLLC, mesmo diante da possibilidade de contratos plurianuais –, sendo a execução contratual pautada pela boa relação entre Poder Público e empresa X.

Ao final do primeiro ano de prestação do serviço, além da repactuação – prevista no edital –, impende atualizar os valores dos insumos. Entretanto, o edital e o contrato não previram o índice de reajuste, restando silentes a respeito – a despeito das previsões legais que exigiriam seu estabelecimento. Relembre-se que, em nosso exemplo, boas empresas não participaram do certame justamente pela ausência do índice, dado o risco de terem de arcar com valores defasados ao longo de toda a vigência contratual (60 meses, considerando o máximo de prorrogações possíveis) ou de terem de optar pela não prorrogação do contrato após o primeiro ano¹⁹ – o que muda os contornos da avença, pelo impacto na escala prevista e, portanto, nos preços. Diante desse quadro, o que deveria fazer o gestor?

Caso opte por seguir a literalidade do contrato, privilegiando a isonomia entre os licitantes e a vinculação ao edital, terá de “optar”²⁰ pela não prorrogação do contrato, o que pode ter impacto na vida dos administrados (suponha que a ausência do índice tenha sido percebida apenas poucos dias antes da expiração da vigência inicial, o que tornaria impossível a finalização

19 A opção pela não prorrogação se deveria à indisposição para seguir prestando serviço com prejuízo ou redução de margem de lucro, pois a defasagem nos preços (não corrigidos) tende a gerar esses efeitos.

20 A opção por não prorrogar a avença, na verdade, é da empresa, cf. nota *supra*. Entretanto, o gestor, sabendo disso de antemão, deve considerar que sua opção por não proceder ao reajuste acarretará a aludida reação por parte da contratada.

de um novo certame em tempo hábil). Acrescente-se a isso a majoração de custos em decorrência do processamento de nova licitação, cujo resultado, previsivelmente, acarretará a contratação de empresa cujos valores dos insumos já estão corrigidos por determinado índice (e.g., o IPCA), sendo despendido, ao fim e ao cabo, na melhor das hipóteses, um valor igual ao que seria gasto com os insumos da atual contratada corrigidos pelo mesmo índice – mas com todos os acréscimos decorrentes do custo do novo processo licitatório.

O dilema que se coloca, portanto, é: percebido o erro no edital e no contrato a posteriori, e considerando os custos e problemas relativos a processar nova licitação para o mesmo serviço, deve o gestor privilegiar a isonomia entre os licitantes, não prorrogando o contrato (a empresa X não aceitaria prorrogar a avença sem reajuste dos valores dos insumos, pois não se dispõe a prestar o serviço com prejuízo) – considerando, ainda, que o reajuste irregular de preços caracteriza superfaturamento (art. 6º, LVII, “d” da NLLC), ou poderia ele utilizar um índice usual para reajustar o contrato (e.g., o IPCA), em respeito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que tem por consequência a preservação da relação contratual, a adequada prestação do serviço e a economia de recursos, mesmo diante da omissão no instrumento contratual?

A resposta a esse questionamento será tratada a seguir.

4. A TENDÊNCIA DE PREVALÊNCIA DA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO SOBRE A IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES NOS CASOS CONCRETOS

No conflito objeto deste trabalho, endossamos o seguinte posicionamento: em que pese a exigência constitucional de igualdade entre os concorrentes, bem como os objetivos legais de isonomia entre os licitantes e de justa competição, a realidade se impõe. As consequências da decisão, nos casos de ausência de previsão de índice no contrato, devem ganhar especial relevo, o que faz prevalecer, via de regra, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que oportuniza a preservação da relação contratual.

Tendo em vista as consequências de cada uma das posições analisadas, prevalecendo o princípio da isonomia entre os licitantes, bem como a vinculação ao instrumento convocatório, o contrato não poderia ser reajustado. A consequência mais provável seria a não prorrogação de uma relação contratual desenhada, quando da elaboração do edital, para durar mais do que um exercício financeiro. Essa conduta ensejaria a necessidade de novo procedimento licitatório (com os custos a ele

inerentes), o qual selecionaria, em tese, proposta que já incorporaria os valores reajustados, pois só assim haveria interessados em prestar o serviço (ou fornecer o bem). A depender do momento em que o erro atinente à ausência de critério de reajuste fosse percebido, correr-se-ia, ademais, o risco de interrupção na prestação do serviço, pois possivelmente não haveria tempo hábil para a finalização do novo procedimento licitatório, sujeito, é bom que se diga, a todas as intercorrências que permeiam essa atividade.

Deve, nesse sentido, prevalecer, *prima facie*, o princípio constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, materializado na economia de recursos, na conservação dos atos administrativos e na continuidade da prestação de um serviço (ou de um fornecimento) necessário à boa atuação administrativa.

Retomando as lições de Niebuhr (2023), dado que as normas licitatórias preveem a obrigatoriedade do estabelecimento de critério de reajuste, a sua ausência faz do edital e do contrato instrumentos jurídicos ilegais nesse aspecto, o que enseja a necessidade de anulação ou convalidação.

A NLLC, em seu art. 147,²¹ assenta que a nulidade do contrato deve ser decretada apenas “caso não seja possível o saneamento” e quando se revelar “medida de interesse público”, com avaliação, entre outros aspectos, dos impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; e custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Sendo a relação contratual passível de saneamento em face do conflito em tela, pelo estabelecimento posterior de um índice de mercado para reajustar a avença, deve ser essa, a priori, a postura adotada. Em amparo dessa visão, Egon Bockmann Moreira (2023) afirma que o art. 147 da NLLC é a mais notória manifestação do princípio da preservação dos contratos, preceituando que, em determinadas situações de vícios jurídicos que poderiam resultar na invalidade do contrato administrativo, a Administração Pública necessita atuar no sentido de corrigir a irregularidade, a fim de garantir a execução

21 “Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: [...]” (Brasil, 2021).

do pactuado, pois a regra é que a ilegalidade detectada ceda em vista da estabilidade da relação jurídico-contratual. Houve, nos dizeres do jurista, uma inversão da lógica da legislação anterior, que prestigiava a decretação de nulidades e inibia a manutenção do contratado.

Nesse sentido, sendo a convalidação uma diretriz da NLLC, volta-se ao que propugna Niebuhr nos casos de ausência de critério de reajuste: “para convalidar o edital e o contrato, deve-se prever, em que pese já na fase de execução do contrato, critério para reajuste. Dessa sorte, a Administração deveria promover alteração contratual para dispor de critério de reajuste” (Niebuhr, 2023, p. 1045).

Pelo exposto, deve prevalecer o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pautado na preservação do vínculo contratual, na maior parte dos casos concretos – sempre ressalvando que circunstâncias concretas podem modificar esse quadro. A irregularidade administrativa atinente à não positivação do índice de reajuste no edital e no contrato, se, dados os contornos fáticos, decorrer de dolo ou erro grosseiro, pode ensejar apuração de responsabilidade. Contudo, nem nessa hipótese, a não ser que haja comprovado conluio com o licitante vencedor, deverá a Administração deixar de convalidar o ajuste. A igualdade entre os licitantes e a vinculação ao instrumento convocatório cedem, pois se deve presumir que foi uma irregularidade pontual, cuja correção será implementada em futuras licitações, até mesmo diante da obrigatoriedade legal da positivação de índice de reajuste nos editais e nos contratos, sendo, como se disse, eventuais condutas desabonadoras tratadas por meio de eventual apuração de responsabilidade.

Definida a necessidade de realizar o reajuste por índice, mesmo quando não previsto no edital e no contrato, passa-se à parte procedimental: como operacionalizar essa decisão?

De pronto, refuta-se a possibilidade de estabelecimento de índice ou de sua aplicação (sem previsão em edital e no contrato) por mero apostilamento. O rol de possibilidades de utilização dessa ferramenta está expressamente disposto no art. 136 da NLLC, sendo o inciso I peremptório no que respeita ao reajuste (Brasil, 2021, grifo nosso):

Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:

I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços **previstos no próprio contrato**.

Outra possibilidade que poderia ser aventada é a utilização do instituto da revisão, já devidamente explanado, constante no art. 65, II, “d” da Lei

n. 8.666/1993²² e no art. 124, II, “d” da NLLC.²³ Entretanto, referido instituto tem cabimento apenas nos casos que refletem a álea extraordinária, ligada à imprevisibilidade e ao impacto significativo na relação contratual. O entabulamento de índice, por outro lado, se vincula à álea ordinária, previsível, e nem sempre com impactos de tal monta que inviabilizem a relação contratual. Não é a revisão, portanto, instrumento adequado a suprir a omissão ora em análise.

Nesse caso, a forma adequada de suprir a ausência de índice previsto no edital é a celebração de termo aditivo, com base no art. 124, II, *caput*, da Lei n. 14.133/2021. Foi adotado o entendimento de que as hipóteses constantes das quatro alíneas do art. 124, II, da NLLC²⁴ são meramente exemplificativas. Nesse sentido, Torres (2022) afirma que a intenção do legislador ao elencar as quatro hipóteses foi estabelecer que as alterações previstas naquelas situações devam ser de trato consensual, não cabendo imposição unilateral por parte da Administração, e não que as possibilidades de alteração por acordo se limitariam àquelas hipóteses.²⁵ Jessé Torres Pereira Júnior, em análise do disposto na Lei n. 8.666/1993, adota posição correlata, asserindo que alterações que não se enquadrem no rol do inciso II do art. 65²⁶ podem ser convencionadas entre as partes, destinando-se

22 “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual” (Brasil, 1993).

23 “Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo entre as partes: [...] d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato” (Brasil, 2021).

24 “Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo entre as partes: [...] a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato” (Brasil, 2021).

25 No mesmo sentido, Loureiro (2022).

26 “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual” (Brasil, 1993).

o dispositivo a assegurar justamente “o contrário”, isto é, que “as quatro situações de mutabilidade referidas nas alíneas somente podem resultar do consenso, vedada sua imposição por ato unilateral da Administração” (Pereira Júnior, 2009, p. 717).

O TCU seguiu essa linha de atuação em processo administrativo interno. No caso, o contrato previu a repactuação como exclusivo meio de reequilíbrio econômico-financeiro, mas não se tratava de contratação de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra – única espécie de contrato apta a ensejar repactuações. Constatado o erro já durante a execução contratual, cujo objeto era a prestação de serviço mensal de acesso à internet, foi entabulado termo aditivo com a substituição da repactuação por índice de reajuste – no caso, o Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) (Brasil, 2016b).²⁷

A então Diretoria de Gestão Contratual do TCU afirmou, em sua instrução, que “a contratada tem direito ao reajuste dos preços pactuados, porquanto o contrato foi celebrado para vigor por até trinta e seis meses [...]. Tal direito tem raiz constitucional e constitui direito subjetivo do particular que contrata com a Administração”. Ademais, asseverou que “o fato de o reajuste de preços não haver sido previsto originalmente não é obstáculo à alteração ora proposta e à imediata concessão do direito”, bem como que “é fora de dúvida que o procedimento ora proposto (inclusão da cláusula de reajuste por índice financeiro, não prevista desde a licitação) tem amparo na jurisprudência desta Corte de Contas” (Brasil, 2016b, p. 8).

Das decisões mencionadas na referida instrução, merece destaque o Acórdão 1685/2008-TCU-Plenário, especialmente os seguintes trechos do relatório e do voto, que, em síntese, apontam a necessidade de aditamento contratual para inclusão de data-base, periodicidade e índice de reajuste, se não previstos no contrato (Brasil, 2008):

[Relatório]

5.3. não constam do contrato 431/2008 algumas cláusulas exigidas pela Lei 8.666, de 21/6/1993, quais sejam, regime de execução ou forma de fornecimento; data-base e periodicidade do reajustamento de preços; critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; e crédito pelo qual correrá a

²⁷ Conforme voto do relator, Ministro Benjamin Zymler, no Acórdão 1574/2015-TCU-Plenário: “25. Análise neste tópico outras inconformidades que verifiquei no Edital de Tomada de Preços 1/2014 e nos demais documentos carreados aos autos. 26. A primeira delas refere-se à previsão de repactuação do contrato prevista no item 8 do citado edital. Tal disposição está afrontando pacífica jurisprudência deste Tribunal, bem como o art. 37 da Instrução Normativa SLTI nº 2/2008, de que a repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada apenas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997. 27. O objeto licitado não se enquadra nem como serviço continuado, nem como atividade com dedicação exclusiva de mão de obra. Assim, o edital deveria prever o uso do instituto do reajuste, e não da repactuação” (Brasil, 2015).

despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; e

[Acórdão]

9.2. determinar à Saneamento de Goiás S/A – Saneago que, no emprego de recursos públicos federais: [...] 9.2.3. adite o contrato 431/2008, firmado com a empresa Evoluti Ambiental Ltda., acrescentando cláusulas exigidas pelo artigo 55 da Lei 8.666/1993, referentes ao regime de execução do contrato, à data-base e periodicidade do reajustamento de preços e ao crédito pelo qual ocorrerá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica.

O posicionamento do TCU no acórdão anteriormente citado, bem como o entendimento de sua área administrativa, no caso da prestação de serviço mensal de acesso à internet, alinham-se às lições doutrinárias expostas neste último tópico e nos permitem concluir pela tendência de prevalecer, nos casos concretos, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, vinculado à preservação dos contratos, cujos benefícios foram apontados e detalhados, em face da igualdade entre os licitantes no conflito objeto deste artigo.

CONCLUSÃO

Por meio de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, este artigo teve por objetivo explorar o conflito entre a isonomia licitatória e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro quando ausentes índices de reajustes nos editais e nos contratos.

Defendeu-se a prevalência, *prima facie*, no caso da colisão em tela, da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, materializado na preservação do vínculo contratual, com a utilização de índice não estipulado no edital e no contrato, em detrimento da igualdade entre os licitantes, com a ressalva de que circunstâncias específicas podem ocasionar a mudança desse balanceamento entre princípios de igual estatura constitucional.

Nesse percurso, destaca-se a convalidação de vícios contratuais como uma diretriz da NLLC, sendo a ausência de índice de reajuste justamente uma irregularidade que precisa ser sanada. O meio adequado para o estabelecimento e a formalização do índice não previsto é o termo aditivo, art. 124, II, *caput*, da Lei n. 14.133/2021, tendo em vista ser o rol disposto nas alíneas desse dispositivo meramente exemplificativo.

A posição adotada enfatizou questões consequenciais. Por um lado, isso se dá por respeito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro entre Administração e contratado, com a consequente preservação do vínculo contratual; por outro, decorre do fato de que a negativa do reajuste ou fará com que o contratado não queira prorrogar

a avença, dando ensejo à necessidade de nova licitação, que resultará, em situações normais, em contratação com valor reajustado, ou, caso a empresa opte por prosseguir com o contrato a despeito do prejuízo, fará com que não consiga dar cabo do objeto contratual. Sancioná-la pelo eventual descumprimento não evitará que a Administração arque com um serviço não prestado ou com um bem não fornecido, dos quais supõe-se que necessite. Licitar novamente, contratar diretamente ou contratar remanescente são alternativas custosas que fatalmente incorporarão o valor pleiteado e negado ao anterior contratado.

No conflito examinado, portanto, tende a ceder a intangibilidade da isonomia entre os licitantes diante da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das avenças, o que se deve às consequências do encerramento prematuro da relação contratual quando confrontado com sua preservação.

A irregularidade administrativa atinente a não positivação do índice de reajuste no edital e no contrato, se, dadas as circunstâncias fáticas, decorrer de dolo ou erro grosseiro, pode ensejar apuração de responsabilidade, mas não deve obstar o entabulamento do índice de reajuste não previsto via aditivo.

REFERÊNCIAS

ACKERLOF, George A. The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*. *The MIT Press*, v. 84, n. 3, 1970, p. 488-500.

BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando artigo por artigo a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1. de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º ago. 2021. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 730568/SP*. Rel. Ministra Eliana Calmon. 2. Turma. DJe: 26.09.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1518134/SE*. Rel. Ministra Assusete Magalhães. 2. Turma. DJe. 1.3.2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 963/2010*. Plenário. Rel. Ministro Benjamin Zymler, julgado em 5.5.2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1285/2018*. Plenário. Rel. Ministro Benjamin Zymler, julgado em 6.6.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1488/2013*. Plenário. Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 12.6.2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1574/2015*. Plenário. Rel. Ministro Benjamin Zymler, julgado em 24.6.2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1685/2008*. Plenário. Rel. Ministro Aroldo Cedraz, julgado em 13.8.2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1884/2017*. Plenário. Rel. Ministro Augusto Nardes, julgado em 30.08.2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 7184/2018*. Segunda Câmara. Rel. Ministro Augusto Nardes, julgado em 7.8.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Análise do Serviço de Reajustamentos e Revisões Contratuais – SRC*. Processo Administrativo TC 019.711/2023-9, peça 21, juntada em 29.6.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Análise do Serviço de Instrução de Repactuações e Sanções Contratuais – SRJ*. Processo Administrativo TC 028.935/2013-0, peça 7, juntada em 14.11.2016.

CAMARÃO, Felipe Costa. *A (im)possibilidade de reajuste de contratos administrativos que não possuem previsão deste no instrumento contratual*. TCC (Especialização em Gestão Pública) - Faculdade Laboro e Universidade Estácio de Sá, São Luís, p. 71, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*): em busca de propostas legislativas para sua superação. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FREIRE, André Luiz. *Direito dos contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diogenes. Reajuste, revisão e repactuação. *ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 11, maio 2004.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

JORDÃO DE VASCONCELOS, Angelo Costa. Da possibilidade de revisão e reajuste de contratos administrativos. *Revista Científica Semana Acadêmica*, Fortaleza, ano MMXVII, n. 104, v. 1, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LOUREIRO, Marcelo. Capítulo VII – da alteração dos contratos e dos preços. In: SARAI, Leandro (Org.). *Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021 comentada por advogados públicos*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. *Consulta n. 761.137*. Tribunal Pleno. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Julgado em 24.9.2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. *Consulta n. 104.820*. Tribunal Pleno. Rel. Conselheiro Wanderley Ávila. Julgado em 14.8.2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. *Apelação Cível n. 1.0471.06.066448-2/001*. Rel. Des. Albergaria Costa. Julgado em 3.4.2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. A Nova Lei de Licitações e o princípio da preservação dos contratos. *O Globo*, 22 de nov. de 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2023/11/egon-bockmann-moreira-a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-principio-da-preservacao-dos-contratos.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

PALMA, Juliana Bonarcosi, FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coords.). *Metodologia de pesquisa em direito: técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses*. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

João Paulo Forni
Maria Tereza Fonseca Dias

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (coord.). *Trattato di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2011.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 130–158, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *O Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Ronny Lopes Charles de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Recebido: 24/05/2024
Aprovado: 14/08/2024

MEDICAMENTOS PARA TODOS: COMO A JUSTIÇA PODE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE?

MEDICINE FOR ALL: HOW JUSTICE CAN ENSURE THE RIGHT TO HEALTH?

Leandro Cavalcante Lima¹

Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro²

Isaura Alberton de Lima³

SUMÁRIO: Introdução. 1. Judicialização da saúde e do fornecimento de medicamentos. 2. A estrutura de critérios e o aperfeiçoamento da política de medicamentos. 2.1. Dos princípios. 2.2. Os critérios e a

- ¹ Mestrando em Planejamento e Governança Pública pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Especialista em Advocacia Cível. Advogado.
- ² Doutora em Desenvolvimento Socioambiental, Mestra em Planejamento do Desenvolvimento Regional e especialização em Educação Ambiental pelo Programa de Formação Interdisciplinar em Meio Ambiente da Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Professora permanente do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Professora do Mestrado Acadêmico em Direito (PPGD/ICJ/UFPA) e do Mestrado Profissional em Gestão Pública (NAEA/PPGGP/UFPA).
- ³ Doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Governança Pública da Universidade Tecnológica Federal do Paraná.

operacionalização dos princípios. 2.3. Dos indicadores.
2.4. Do verificador. Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é estabelecer critérios para o exame de pedidos judiciais de medicamentos no contexto da judicialização da Política de Assistência Farmacêutica (PAF). Tem-se por *metodologia* a proposição de uma taxonomia de critérios que distinguem situações de controle e revisão de atos da administração pública de interferência na política pública, com base na essencialidade do medicamento para o caso concreto. Medindo-se assim estudos temáticos feitos na área. Dessa maneira, encontrados os critérios, eles são categorizados em princípios, critérios, indicadores e verificadores, identificados por meio da análise da literatura. Os *resultados* indicam que a taxonomia proposta permite analisar as demandas judiciais por medicamentos de forma mais abrangente e sistemática, destacando-se o uso racional do medicamento, a garantia, a segurança, a qualidade e a eficácia como meios de operacionalizar princípios que favorecem a entrega efetiva de uma prestação jurisdicional concreta. Ademais, o estudo observa que nem sempre a judicialização de medicamentos de alto custo é responsável pelo aumento de demandas judiciais na área da saúde. Tem-se por *conclusão* que a utilização de critérios para o exame de pedidos judiciais de medicamentos pode ser a melhor forma de garantir a justa e adequada aplicação da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, socializando o custeio de demandas individuais quando necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Direito à Saúde. Políticas Públicas. Prestação Pública. Critérios.

ABSTRACT: The *objective* of this article is to establish criteria for the examination of judicial requests for medicines in the context of the judicialization of the Pharmaceutical Assistance Policy (PAF). The *methodology* involves proposing a taxonomy of criteria that distinguish situations of control and review of acts of public administration from interference in public policy, based on the essentiality of the medicine for the specific case. Thus, measuring thematic studies conducted in the area. In this way, once the criteria are found, they are categorized into principles, criteria, indicators, and verifiers, identified through literature analysis. The results indicate that the proposed taxonomy allows us to analyze legal demands for medicines in a more comprehensive and systematic way, highlighting the rational use of the medicine, guarantee, safety, quality, and effectiveness as means of operationalizing principles that favor delivery effective provision of concrete jurisdiction. Furthermore, the study notes that the Judicialization of high-cost medicines is not always responsible for the increase in legal demands in the health sector. It is concluded that the use of criteria for examining judicial

requests for medicines may be the best way to guarantee the fair and adequate application of the National Pharmaceutical Assistance Policy, socializing the funding of individual demands when necessary.

KEYWORDS: Judicialization. Right to Health. Public Policy. Public Sector. Criteria.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a materialização do direito à saúde em produtos e serviços é conquistada pela pressão social exercida sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que definem seu significado e sua finalidade (Biehl *et al.*, 2012). Nesse sentido, a busca pela efetivação dos direitos sociais pela via judicial é consequência direta de condicionantes como a promulgação da Carta Constitucional de 1988 – com textura aberta e princípios com força normativa –, a universalização do acesso à justiça e a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal (STF), em vista da autorização constitucional para a intervenção do Judiciário no controle das leis e nos processos de elaboração e de execução das políticas (Asensi; Pinheiro, 2015; Campilongo, 1994; Carvalho, 2004; 2010; Verbicaro, 2008).

A judicialização da saúde é um fenômeno na estrutura do sistema sanitário que denota um crescimento notável e preocupante dos pedidos por medicamentos em paralelo à estruturação da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (Gomes; Amador, 2015). O direito à assistência farmacêutica foi declarado na Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), mas a menção a um serviço qualificado apenas ocorre com a Política Nacional de Medicamentos (PNM) de 1998, prevista na Política Nacional de Assistência Farmacêutica em 2004. A inclusão da assistência farmacêutica como parte integrante do direito à saúde é uma resposta ao fato de que parcela considerável da população não tem acesso aos medicamentos e frequentemente sofre intoxicações com o uso inadequado, como registrou a Comissão Parlamentar de Inquérito dos Medicamentos em 2000 (Pereira *et al.*, 2010, p. 3552).

Nesse complexo contexto da judicialização, impõe-se a observância de critérios para que as decisões minorem os efeitos ou justifiquem a determinação de uma prestação demandada em juízo. Assim, este estudo enfrenta o seguinte problema: *por que há necessidade de se estabelecer critérios no contexto da judicialização da saúde no Brasil?* Nesse sentido, o artigo visa argumentar que o estabelecimento de critérios diz respeito aos custos na saúde, já que, por ser a saúde um direito social, oriundo das políticas públicas, esse direito possui custos.

O estudo é de abordagem qualitativa de caráter exploratório e descritivo, baseada em pesquisa bibliográfica (literatura sobre judicialização da saúde) e documental da legislação pertinente (arco normativo da política de assistência

farmacêutica). Utilizou-se a técnica de análise de conteúdo e adaptação do referencial de Ritchie *et al.* (2001) como guia para criar uma taxonomia dos critérios dispostos na política pública de medicamentos, isto é, do serviço de assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde brasileiro.

Metodologicamente, propõe-se uma taxonomia de critérios que podem ser considerados quando do exame de pedidos judiciais por medicamentos, para distinguir situações de controle e revisão de atos da administração e de interferência na política, em razão da essencialidade da prestação para o caso concreto. Dessa forma, parâmetros para a assistência farmacêutica são categorizados em princípios, critérios, indicadores e verificadores, identificados pela avaliação dos fatos relatados na literatura revisada.

Este artigo se divide em três seções: a primeira seção aborda o papel do Estado e a política de medicamentos, estabelecendo os pressupostos do direito de acesso, com base nas exigências do sistema público. A segunda seção discorre sobre os princípios, critérios, indicadores e verificadores, como ferramentas para estimular o debate sobre a fundamentação de decisões judiciais. E, por fim, a terceira seção, dá-se ao leitor a conclusão da investigação e a sugestão de encaminhamento futuro sob a área do artigo.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

O fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde é promovido pela Política Nacional de Medicamentos (Portaria GM/MS n. 3.916, de 30 de outubro de 1998), cujo objetivo é garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais. Essa política pública contém decisões gerais que apontam as linhas estratégicas de atuação da administração, expressam suas intenções e orientam o planejamento governamental no detalhamento de programas, projetos e atividades, otimizando os recursos disponíveis.

A otimização dos recursos na saúde requer uma atuação positiva do Estado, seja normativa ou fática, submetida a dois tipos de reservas: a reserva imanente de ponderação e a reserva do financeiramente possível (Hachem, 2014). A reserva imanente de ponderação, que entre direitos fundamentais se exprime como reserva do politicamente adequado ou oportuno, indica a restrição de um direito na definição dos meios à sua efetivação. Por sua vez, a reserva do financeiramente possível ocorre em razão das escolhas alocativas feitas diante da finitude do dinheiro público. Considerando as referidas restrições, Hachem (2014, p. 39) escreve “que o que demanda recurso financeiro não é determinado direito em si, mas eventual função prestacional relacionada a ele”.

Os serviços de assistência farmacêutica, em especial o fornecimento de medicamentos, demandam dispêndio de recursos públicos, motivo pelo qual a escassez de recursos assume relevância normativa para a delimitação do conteúdo do direito. Nessa linha de raciocínio, é relevante redimensionar o que se tem denominado *judicialização da saúde* porque o que de fato se judicializa é uma prestação específica, *in casu*, o serviço de assistência farmacêutica, e mais particularmente a dispensação de um medicamento para atender a uma prescrição médica.

Estudiosos do direito sanitário e do direito administrativo afirmam que os juristas desconhecem as diretrizes da assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde ou negligenciam sua finalidade (Delduque, 2012, p. 33; Hachem, 2014, p. 59). Observa-se que as decisões do Judiciário, sob a abstrata justificativa da imediata efetividade de direitos fundamentais sociais (CRFB/88 art. 5º, § 1º), parecem ignorar os programas desenvolvidos pelas políticas públicas, que, em sua concepção técnica, dirigem a materialização em serviços públicos das escolhas terapêuticas prioritárias em face dos recursos públicos disponíveis.

O problema posto pela judicialização é o da viabilidade material do acesso aos bens e aos serviços de saúde, isto é, aos medicamentos e à assistência farmacêutica. Frequentemente as decisões do Judiciário são sustentadas sob o argumento de que “a defesa da vida através do fornecimento de medicamentos é questão jurídica e eticamente superior, que não pode ser contrastada com questões menores como o orçamento” (Amaral, 2001, p. 79). A essa mesma conclusão chegaram Marques e Dallari (2007, p. 107) e Sartori Junior *et al.* (2012, p. 2723).

Sob esse ponto de vista, a seguir um conjunto de informações é organizado sobre as justificativas e as decisões políticas mais gerais no âmbito das políticas públicas em saúde pelo exercício da função de governo. Essas informações são algumas das diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (Portaria GM/MS n. 3.916, de 30 de outubro de 1998).

Para organizar os critérios da PNM em uma estrutura hierarquizada, utilizamos os conceitos de princípios, critérios, indicadores e verificadores apresentados por Ritchie *et al.* (2001, p. 16-17), em síntese:

Quadro 1 - Conceitos de princípios, critérios, verificadores e indicadores

Princípios	Os <i>princípios</i> são afirmações de primeira ordem, significam as afirmações de ideias ou verdades fundamentais.
Crítérios	Os <i>crítérios</i> são reflexões do conhecimento técnico científico e adicionam significado e operacionalidade aos princípios, isto é, são padrões pelos quais o progresso para satisfazer os princípios pode ser julgado. Expressos como uma condição ou estado que direciona procedimentos e ações do serviço público de assistência farmacêutica.

Indicadores	Os <i>indicadores</i> expressam algo específico que pode ser avaliado em relação aos critérios, ou seja, indicam as condições requeridas por um critério.
Verificadores	Os <i>verificadores</i> significam as informações necessárias a serem coletadas, isto é, são dados ou informações necessários para avaliar um indicador.

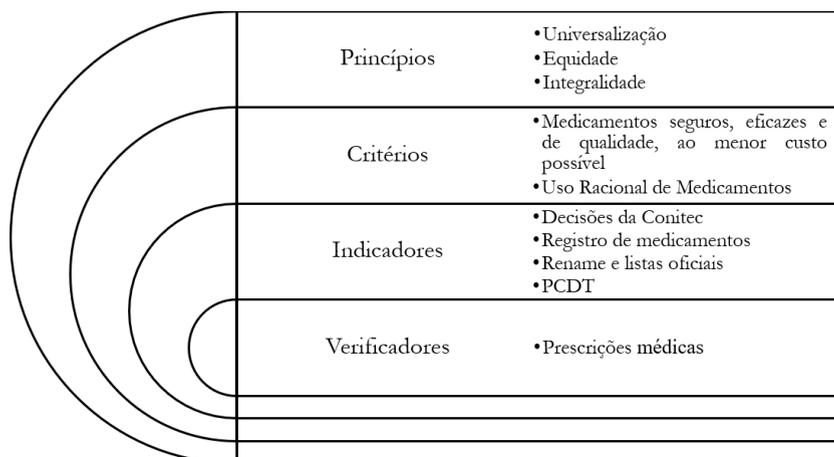
Fonte: Elaboração própria.

Essa investigação tem por finalidade criar conexões entre o campo político e o campo jurídico, apontando os critérios da política que podem ser utilizados como ferramentas para estimular o debate sobre a fundamentação de decisões judiciais que levem em conta também os argumentos da técnica médica e farmacêutica para uso de medicamentos.

2. A ESTRUTURA DE CRITÉRIOS E O APERFEIÇOAMENTO DA POLÍTICA DE MEDICAMENTOS

Os critérios (em sentido amplo) adotados formam um padrão, resultado do aperfeiçoamento da Política Nacional de Medicamentos, relacionados ao atendimento dos princípios do sistema público de saúde. Tais princípios refletem os indicadores nacionais que se espelham em verificadores como as prescrições médicas.

Figura 1 - Diagrama da taxonomia dos princípios, critérios, indicadores e verificadores de acordo com a Política Nacional de Medicamentos



Fonte: Elaboração própria.

2.1. Dos Princípios

O constituinte na Carta de 1988 estabeleceu os princípios que fundamentam a atuação do Estado na prestação dos serviços de saúde, quais sejam: a universalidade, a equidade e a integralidade. O direito à saúde figura como um direito fundamental relacionado diretamente ao princípio da dignidade humana e ao direito à vida, portanto um direito fundamental subjetivo. É norma de dimensão imediatamente aplicável e vincula diretamente as entidades estatais e os particulares (CRFB/88 art. 5º, § 1º).

A *Universalidade* expressa no *caput* do artigo 196⁴ da CRFB/88 se refere à adequada prestação dos serviços públicos a toda a população de potenciais usuários, o que não significa que todos poderão usufruí-los exatamente da mesma forma porque nem todos necessitam deles e podem obter a satisfação de suas necessidades de outras formas ou pagar por elas.

A *Equidade*⁵ é um meio para alcançar a justiça social, que impede a existência de preconceitos ou privilégios de qualquer espécie nos serviços públicos de saúde. Assim, torna-se irrelevante a origem socioeconômica do jurisdicionado. Esse é o entendimento que vem apresentando os tribunais, a exemplo dos dados do Estado de Minas Gerais, em que 55,3% (2.807, n=5.072) das ações foram ajuizadas por advogados particulares (Coelho *et al.*, 2014). Todavia, há variações; no Distrito Federal, 95% (368, n=443) das ações são representadas pela Defensoria Pública (Diniz; Machado; Penalva, 2014).

A equidade é prevista na CRFB/88 art. 196 e definida no art. 7º, IV da Lei n. 8.080/90. Por esse princípio, a máxima efetividade dos direitos sociais exigiria uma atuação da administração pública fundada na igualdade material, para além da meramente formal (Hachem, 2014). Isso é complexo porque, embora a universalidade proporcione o acesso de todos os cidadãos ao SUS e a equidade material deva garantir a justa distribuição das ações e serviços de saúde, os gestores apontam que, para prescrever serviços do SUS, os médicos devem integrar o sistema.

A *Integralidade*, por sua vez, é uma diretriz constitucional (CRFB/88 art. 198, II)⁶ para organizar as ações e os serviços de saúde públicos ofertados pelo SUS. Santos (2006, p. 4) argumenta que o direito à saúde, declarado no artigo 196 da CRFB/88, garante a universalidade dos cidadãos e o acesso igualitário às ações e aos serviços públicos curativos e preventivos prestados

4 CRFB/88 art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

5 Equidade, isonomia e igualdade são tomadas neste texto como sinônimos embora sejam conceitos diferentes. O debate sobre suas distinções não será descrito nesta oportunidade.

6 CRFB/88 art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

pelo SUS. Porém ele não autoriza interpretações de que “todos tem direito irrestrito a tudo”. A autora ressalta que a interpretação do artigo 196 deve ser sistemática considerando os artigos 198 e 200 da Constituição e as leis que o regulam, quando se trata de pensar o direito concretizado pelo SUS.

Portanto, considerando que o SUS não poderia garantir sozinho todos os fatores que condicionam a saúde (alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente equilibrado, educação, trabalho, renda, lazer etc.), ao Poder Público cabe definir, por meio de políticas públicas, as prioridades da assistência prestada no interesse coletivo, de acordo com a capacidade financeira do Estado e as necessidades de saúde da população (Santos, 2006; Vieira, 2008).

2.2. Os Critérios e a Operacionalização dos Princípios

No sentido de afastar as distorções que a judicialização gera sobre o sistema de assistência (Vieira; Zucchi, 2007), os pedidos judiciais poderiam passar pelo crivo de critérios técnicos já organizados na Política Nacional de Medicamentos sob o título de diretrizes (Portaria GM/MS n. 3.916, de 30 de outubro de 1998). Na política, há duas diretrizes escolhidas para este artigo: a promoção do uso racional de medicamentos e a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, as quais foram escolhidas porque se adequam ao conceito de critério utilizado neste texto, contribuindo com a operacionalização dos princípios descritos em uma decisão judicial.

Medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível é a capacidade de o medicamento atingir o efeito terapêutico visado. Veja-se.

Quadro 2 - Elementos do critério “Medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível”

Seguros	Sabidamente não provocam danos.
Eficazes	Fazem o que se propõem a fazer.
De qualidade	São efetivos e com menor custo-efetividade.
Efetivos	São produtos que fazem o que se propõem a fazer quando utilizados pelas pessoas em condições reais e não em grupos homogêneos que constituem os grupos de pessoas dos ensaios clínicos.
Custo-efetivos	É a comparação entre as alternativas terapêuticas disponíveis, que fazem o que se propõem a fazer para as pessoas em condições reais, ao menor custo.

Fonte: Elaboração própria.

Em síntese, o quadro anterior descreve os padrões impostos aos produtos farmacêuticos que podem ser ofertados pelo Sistema Único de Saúde.

O SUS é operacionalizado pela diretriz de Uso Racional de Medicamentos, que abrange prescrição adequada, disponibilidade oportuna a preços acessíveis, dispensação correta e consumo nas doses, intervalos e períodos recomendados de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade (Portaria GM/MS n. 3.916/1998). A Lei n. 8.080/1990, no art. 19-Q, § 2º, II, com redação da Lei n. 12.401/2011, estabelece o custo-efetividade como critério para análises da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias. Ressalta-se que a dispensação é o ato farmacêutico de fornecer medicamentos ao paciente, geralmente mediante receita de profissional autorizado (médico ou dentista).

Os critérios indicados podem evitar que uma decisão judicial permita a ocorrência de três riscos: (i) emprego de um tratamento de eficácia duvidosa; (ii) efeitos adversos; e (iii) aumento nos custos suportados pelo SUS. Lopes *et al.* (2010) apontaram os riscos apresentados como uma consequência de prescrições não recomendadas pela Anvisa ou com indicação sem suporte em evidência científica, mas podem ser estendidos para qualquer pedido.

Bastos *et al.* (2012) comprovaram que, no Estado do Pará, o fornecimento de medicamentos concedidos judicialmente é feito no galpão de armazenamento do Departamento de Assistência Farmacêutica, onde não há nem um farmacêutico destacado para dispensação do medicamento. As autoras demonstraram como a judicialização impactou na gestão da assistência quanto à sua estrutura e organização, gerando custos não previstos no orçamento.

2.3. Dos Indicadores

Podem ser descritos como as ferramentas criadas pela Política Nacional de Medicamentos para orientar a assistência farmacêutica pública em atenção aos critérios mencionados. São os seguintes:

As *Decisões da Conitec* (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) efetuam a incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde ofertadas pelo serviço público de saúde. A comissão também decide sobre a constituição ou a alteração dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). No processo de incorporação, a comissão examina evidências científicas considerando a eficácia, a efetividade e a segurança da tecnologia, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já existentes (Conitec, 2015). Os processos de incorporação também são submetidos a consultas públicas.⁷

⁷ Lei n. 12.401/2011, art. 19-Q: A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

As decisões da comissão têm o objetivo de garantir a agilidade, transparência e eficiência, bem como justificar as escolhas terapêuticas financiadas pelo SUS publicadas pelos Relatórios de Recomendação da Conitec.

O *Registro de Medicamentos* é o ato pelo qual a Anvisa autoriza a comercialização de produtos, mediante “avaliação do cumprimento de caráter jurídico-administrativo e técnico-científico relacionada com a eficácia, segurança e qualidade destes produtos” (Decreto n. 8.077, de 14 de agosto de 2013, conforme o art. 12 da Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976).

A Lei n. 8.080/90, em seu artigo 19-T, incisos I e II, proíbe em todas as esferas de gestão do SUS: o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamentos, produtos e procedimentos clínicos ou cirúrgicos experimentais, ou de uso não autorizado pela Anvisa; e a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamentos e produtos, nacionais ou importados, sem registro na Anvisa.

A *Rename* (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) é o instrumento para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, sendo também um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. A Organização Mundial da Saúde prevê a adoção das listas públicas como uma estratégia para promover o acesso e o uso seguro e racional de medicamentos. A Política Nacional de Medicamentos permite aos Estados e aos municípios deliberar relações específicas complementares à *Rename*, com a observação de que todas as listas públicas somente podem conter produtos com registro na Anvisa.

A *Rename* é atualizada a cada dois anos e é regulamentada pelo Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011. Ao lado da *Rename*, o exame judicial também pode se amparar nas listas de medicamentos estratégicos, nas listas de medicamentos especializados e nas listas de medicamentos oncológicos.

Os estudos sobre a demanda judicial por medicamentos indicam números quase equivalentes de pedidos por remédios presentes nas listas públicas (Cardoso, 2014; Pereira; Pepe, 2014; Biehl *et al.*, 2012; Delduque; Marques, 2011; Sant’ana *et al.*, 2011; Pepe *et al.*, 2010b; Borges; Ugá, 2010; Vieira; Zucchi, 2007; Coelho *et al.*, 2014; Ramos; Ferreira, 2013; Sartori Jr. *et al.*, 2012; Machado *et al.*, 2011; Pereira *et al.*, 2010; Chieffi; Barata, 2009; Leite *et al.*, 2009).

Observamos, a partir dos dados presentes nos artigos revisados, que 10.422 produtos identificados já se encontravam incorporados e que 11.556 produtos não estavam presentes, uma pequena diferença em face do volume de processos. Ressalta-se que esse dado faz referência a medicamentos essenciais. De onde se pode concluir a ocorrência de omissões e falhas na gestão da política de assistência farmacêutica, contrariando a hipótese de que a “judicialização” se refere eminentemente a medicamentos de alto custo.

Esse tipo de pedido ocorre, mas não é determinante para o fenômeno da judicialização.

Os PCDT são documentos que promovem as linhas de cuidado à saúde do paciente do SUS. São os documentos oficiais do Ministério da Saúde que estabelecem como devem ser feitos o diagnóstico, o tratamento e o acompanhamento do paciente com determinada doença, incluindo informações sobre medicamentos, exames e demais terapias, baseados em evidências científicas. Os PCDT são criados para utilização dos profissionais de saúde e gestores do sistema público, regulamentados pelo Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011. A Conitec tem a atribuição de atualizá-los a cada dois anos.

Este conjunto de indicadores – decisões da Conitec, registro de medicamentos, Rename e PCDT – pode ser mais bem utilizado em juízo com o auxílio de profissionais farmacêuticos e médicos. Podem ser ferramentas úteis para diferenciar os pedidos judiciais de medicamentos feitos em conformidade com as políticas públicas dos pedidos por medicamentos não inclusos em listas do SUS.

2.4. Do Verificador

A *Prescrição Médica* é o ato de definir o medicamento a ser consumido pelo paciente, sua dosagem e duração do tratamento, sendo expressa pela elaboração de uma receita médica. As prescrições médicas no SUS são obrigadas a adotar a Denominação Comum Brasileira ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional, conforme o artigo 3º da Lei n. 9.787/99, porque são essas denominações que constam das listas públicas. Esse vocabulário utilizado na área de medicamentos é padronizado e controlado pela Anvisa.

As prescrições utilizadas nos processos judiciais são especialmente as feitas pelos médicos do próprio SUS (Diniz; Machado; Penalva, 2014; Medeiros; Diniz; Schwartz, 2013; Biehl *et al.*, 2012; Delduque; Marques, 2011; Vieira; Zucchi, 2007; Messeder; Osorio-De-Castro; Luiza, 2005).

A avaliação da prescrição não é só um meio pelo qual se verifica a observância dos indicadores e dos critérios como descrevemos, mas, sobretudo, porque tem um papel importante em definir as características da demanda judicial. Sant'ana *et al.* (2011) explicam que a decisão diagnóstica e terapêutica dos profissionais médicos é responsável por grande parte dos gastos em saúde e a principal base do uso racional de medicamentos.

Torna-se oportuno dizer que a judicialização da saúde também apresenta demandas com prescrição *off-label*.⁸ É necessário, portanto, câmaras técnicas de assistência aos juízes, porque, embora o CNJ emita resoluções

⁸ *Off-label* são prescrições com indicações diferentes daquelas registradas pelo órgão regulamentador ou cuja literatura científica mostra evidências de eficácia e segurança.

para que os juízes se atualizem em direito e saúde, ou até mesmo o Fórum Nacional da Saúde seja favorável à criação de varas especializadas em direito e saúde, os magistrados precisam de esclarecimentos em pareceres técnicos para conceder medicamentos em prescrições *off-label* ou fora das listas de oferta do SUS, em situações excepcionais.

De fato, o CNJ, pela Resolução n. 31/2010, item I, “a” recomendou aos tribunais do país que celebrassem convênios para disponibilizar “apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde”. Nesse sentido, Schulze (2015, p. 6) relata que o conselho fomentou a criação de Núcleos de Apoio Técnico (NAT) compostos por médicos, farmacêuticos, assistentes sociais e membros das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, que funcionariam da seguinte forma:

(...) após a distribuição da ação judicial, o juiz pode encaminhar cópia da petição inicial e dos documentos ao Núcleo de Apoio Técnico (NAT) ou Câmara Técnica que se manifesta sobre a matéria. Tal órgão examina, por exemplo, se: (1) o medicamento postulado está registrado na Anvisa; (2) é eficaz e eficiente ao tratamento da doença; (3) existe outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo, ou já fornecido administrativamente pelo SUS; (4) eficiência, eficácia e custo-efetividade do tratamento. O NAT ou Câmara Técnica apresenta, assim, informações que auxiliam o juiz na análise do pedido de liminar ou do pedido principal. Além disso, a atividade do órgão auxilia (i) no cumprimento de decisões judiciais, diante das dificuldades e obstáculos muitas vezes criados pelos demandados; (ii) na facilitação da defesa dos entes públicos; (iii) na simplificação do atendimento de demandas na defensoria pública; (iv) na facilitação da celebração de acordos; (v) contribuindo para produção de provas, com participação em audiências e emissão de pareceres.

Pela descrição do funcionamento do NAT, observa-se o seguimento de uma conduta que se alinha aos *critérios* que já discutimos ao norte. O juiz federal Clenio Schulze (2015, p. 3) afirma que “a criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual a noção médica e farmacológica precisa ser observada na análise de processo judicial sobre o tema”.

A introdução da discussão técnica (médica e farmacológica) no contexto do processo judicial sobre saúde vem se apresentando em várias experiências pelo país. As experiências são essencialmente canais de comunicação entre gestores do serviço público de saúde e os agentes do Poder Judiciário,

pelos quais informações são compartilhadas com a finalidade de garantir a efetividade do direito à saúde e a observância das diretrizes de funcionamento dos serviços públicos de saúde, priorizando a resolução extrajudicial de conflitos pela mediação.

CONCLUSÃO

Considerados os dados técnicos da literatura, desenvolvemos uma taxonomia hierarquizada de critérios extraídos da Política Nacional de Medicamentos, discutidos como o mínimo necessário para a apreciação de um pedido judicial por medicamentos, destacamos: os princípios – universalidade, equidade e integralidade –; os *critérios* – medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo –; uso racional de medicamentos; *indicadores* – as decisões da Conitec, registro de medicamentos, a RENAME e listas oficiais, os PCDT –; *verificadores* – prescrições médicas.

Os critérios adquirem importância significativa em direitos sociais, pois são eles que operacionalizam princípios e permitem que uma diretriz política entregue uma prestação jurisdicional. Sua utilidade, em uma primeira apreciação dos pedidos judiciais, distingue (i) quem já apresentou eventos adversos ou não resposta ao tratamento existente no SUS; (ii) daqueles que demandam sem ter utilizado a alternativa existente.

Quando o pedido está presente nas listas oficiais, a demanda pode ser resultado de uma falha na prestação do serviço de assistência farmacêutica, portanto, a atuação do Judiciário tem a finalidade de revisar e corrigir um ato pontual da administração. Não é caso de judicialização.

Quando o pedido está fora das listas de medicamentos e não se fez antes uso da alternativa ofertada pelo SUS, a atuação do Judiciário pode manter a racionalidade do SUS e determinar o uso das alternativas terapêuticas já disponíveis. Tutela que não pode ser confundida com a judicialização.

Quando o pedido não é contemplado pelas listas públicas, pois já se fez uso das alternativas existentes sem eficácia ou com ocorrência de eventos adversos ao autor/paciente, a atuação do Judiciário está diante de um caso complexo. Nesse contexto, ocorrem as decisões com algum efeito sobre a política pública, configurando o fenômeno da judicialização.

Portanto, nem toda demanda judicial para fornecimento de medicamento implica em uma intervenção do Judiciário sobre a aplicação da política pública, modificação de lei ou de ato da Administração. Apenas parcela das ações pode ser registrada como judicialização da saúde. Nessas circunstâncias, pautar em critérios a decisão que interfere sobre a execução e a organização da política de medicamentos pode ser a justificativa correta (a melhor prestação de contas) para socializar/coletivizar o custeio de uma demanda excepcional e individual.

Há que se observar, por fim, que uma taxonomia de critérios é fruto da interdisciplinaridade de duas áreas interseccionadas, o direito e a política. Futuras pesquisas no contexto da judicialização da saúde deverão apontar se a efetividade de direitos sociais, como é a saúde pública, está rompendo com as restrições da reserva imanente da ponderação e do financiamento possível, e de que forma, pois o direito à saúde é o direito das políticas públicas e, enquanto tal, apresenta-se não só a necessidade do estabelecimento de critérios, mas a operacionalização da entrega jurisdicional, primando-se pela efetividade dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASENSI, F. D.; PINHEIRO, R. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2016.

BASTOS, M. L. C.; SARMENTO, R. M.; RIBEIRO, K. D. C. B.; DOLABELA, M. F. Ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no departamento de assistência farmacêutica – PA. *Tempus - Actas de Saúde Coletiva*, n. 1, v. 7, p. 367-376, 2012. Disponível em: <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1302>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BIEHL, J.; AMON, J. J.; SOCAL, M. P.; PETRYNA, A. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health Hum Rights*, n. 14, p. 1-17, 2012. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/healhumarigh.14.1.36>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BORGES, D. C. L.; UGÁ, M. A. D. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 26, p. 59-69, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v26n1/07.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema único de Saúde –

SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. *Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999*. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9787.htm. Acesso em: 21 ago. 2015.

_____. *Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm. Acesso em: 21 ago. 2015.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998. *Política Nacional de Medicamentos*, Brasília, 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (Ceará)*. Acórdão de 17 de março de 2010. Publicado em: 30 abr. 2010. Brasília, 2010c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 7 abr. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/26940/28718>. Acesso em: 25 fev. 2015

CARDOSO, C. S. Análise das demandas judiciais de medicamentos: uma abordagem da realidade atual do Distrito Federal. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, v. 39, n. 1, p. 11-30, 2014. Disponível em: <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/210>. Acesso em: 29 jun. 2015.

CARVALHO, E. R. Em Busca da Judicialização da Política: Apontamentos para uma Nova Abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, p. 115-124, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, n. 23, p. 176-207, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n23/07.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2015.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública*, n. 25, p. 1839-1849, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

COELHO, T. L.; FERRÉ, F.; CAMPOS-NETO, O. H.; ACURCIO, F. A.; CHERCHIGLIA, M. L.; ANDRADE, E. I. G. Variáveis jurídicas e de saúde no deferimento de liminares por medicamentos em Minas Gerais. *Revista Saúde Pública*, n. 48, v. 5, p. 808-816, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsp/v48n5/pt_0034-8910-rsp-48-5-0808.pdf. Acesso em: 29 jun. 2015.

CONITEC - COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. *Entenda a comissão*, 2015. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/2014-08-07-13-22-56>. Acesso em: 1º fev. 2016.

DELDUQUE, M.C. O perfil ideal do juiz para as decisões em saúde. *Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário*, v. 1, p. 30-43, 2012. Disponível em: <http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/37>. Acesso em: 9 jul. 2015.

DELDUQUE, M.C.; MARQUES, S. B. A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, n. 4, v. 5, p. 97-106, 2011. Disponível em: <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/viewArticle/1060>. Acesso em: 29 jun. 2015.

DINIZ, D.; MACHADO, T. R. C.; PENALVA, J. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v19n2/1413-8123-csc-19-02-00591.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

GOMES, V. S.; AMADOR, T. A. Estudos publicados em periódicos indexados sobre decisões judiciais para acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 31, n. 3, p. 451-462, 2015. Disponível em: http://www.scielo.org/pdf/csp/v31n3/pt_0102-311X-csp-31-03-00451.pdf. Acesso em: 6 jul. 2015.

HACHEM, D. W. *Tutela administrativa dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 625 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

LEITE, S. N.; PEREIRA, S. M. P.; SILVA, P.; NASCIMENTO-JR, J. M. N.; CORDEIRO, B. C.; VEBER, A. P. Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 2, p. 13-28, 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13161/14968>. Acesso em: 29 jun. 2015.

LOPES, L. C.; BARBERATO-FILHO, S.; COSTA, A. C.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista Saúde Pública*, n. 44, v. 4, p. 620-628, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/rsp/v44n4/05.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

MACHADO, M. A. A.; ACURCIO, F. A.; BRANDÃO, C. M. R.; FALEIROS, D. R.; GUERRA JR., A. A.; CHERCHIGLIA, M. L.; ANDRADE, E. I. G. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista Saúde Pública*, n. 45, p. 590-598, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/rsp/v45n3/2403.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista Saúde Pública*, v. 1, n. 41, p. 101-107, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n1/15.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I.V.D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridoses. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 18, n.4, p. 1089-1098, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n4/22.pdf>. Acesso em: 6 jul.2015.

MESSEDER, A.M.; OSORIO-DE-CASTRO, C.G.S.; LUIZA, V.L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2005000200019>. Acesso em: 6 jul. 2015.

PEPE, V. L. E.; VENTURA, M.; SANT'ANA, J. M. B.; FIGUEIREDO, T. A.; SOUZA, V. R.; SIMAS, L.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, n.26, p. 461-71, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v26n3/04.pdf>. Acesso em: 29 jun.2015.

PEREIRA, J. G.; PEPE, V. L. E. Acesso a medicamentos por via judicial no Paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais. *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n. 2,

p. 30-45, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/88355/91231>. Acesso em: 29 jun. 2015.

PEREIRA, J. R.; SANTOS, R. I.; NASCIMENTO JUNIOR, J. M.; SCHENKEL, E. P. Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. *Ciência e Saúde Coletiva*, n. 15, p. 3551-3560, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s3/v15s3a30.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

RAMOS, K. A.; FERREIRA, A. S. D. Análise da demanda de medicamentos para uso off label por meio de ações judiciais na Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. *Revista de Direito Sanitário*, v. 14, n. 1, p. 98-121, 2013. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56626/0>. Acesso em: 29 jun. 2015.

RITCHIE, B.; MCDUGALL, C.; HAGGITH, M.; OLIVEIRA, N. *Crítérios e indicadores de sustentabilidade em florestas manejadas por comunidades: um guia introdutório*. Belém: CIFOR, 2001. Disponível em: http://www.cifor.org/publications/pdf_files/Books/CMFPortuguese.pdf. Acesso em: 24 jul. 2015.

SANT'ANA, J. M. B.; PEPE, V. L. E.; FIGUEIREDO, T. A.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S.; VENTURA, M. Racionalidade Terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. *Revista Saúde Pública*, n. 45, v. 4, p. 714-721, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/rsp/v45n4/2517.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

SANTOS, L. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. *Radis*, Rio de Janeiro, n. 49, p. 35, set. 2006.

SARTORI JR., D.; LEIVAS, P. G. C.; SOUZA, M. V.; KRUG, B. C.; BALBINOTTO, G.; SCHWARTZ, I. V. D. Judicialização do acesso ao tratamento de doenças genéticas raras: a doença de Fabry no Rio Grande do Sul. *Ciência e Saúde Coletiva*, n. 17, v. 10, p. 2717-2728, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/csc/v17n10/20.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

SCHULZE, C. J. O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde. In: Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. *Direito à Saúde: para Entender a Gestão do SUS*, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_10B.pdf. Acesso em: 31 jan. 2016.

VERBICARO, L. P. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2015.

VIEIRA, F. S. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 365-369, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

VIEIRA, F.S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

Recebido: 23/04/2024

Aprovado: 22/07/2024

OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PENSADOS PELO PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS

*INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS DESIGNED
BY THE HUMAN RIGHTS*

Mariangela Ariosi¹

Walter Godoy²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Uma visão doutrinária e sistêmica da proteção internacional dos Direitos Humanos. 2. Escorço histórico da proteção internacional ao direito de PI. 3. A relação entre os direitos de PI e os DH. Conclusão. Referências.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) em Relações Internacionais e Direito. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Oficial Titular de cartório em São Paulo.

² Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo investigar se seria possível aplicar os Direitos Humanos (DH) aos direitos de Propriedade Intelectual (PI), analisando um possível diálogo entre os direitos do autor/inventor com os DH. Para tanto, deve-se verificar como esses direitos estão organizados internacionalmente e entender como ocorre sua aplicabilidade dentro do Brasil. Cabe demonstrar como ocorreu a evolução dos direitos de PI até os dias atuais e como se organizou esse direito internacionalmente, apontar as semelhanças entre as estruturas internacionais e os regimes jurídicos dos DH e da PI. Por fim, discorrer sobre a possibilidade de se estudar a PI pelo prisma humanitário e pesquisar a existência de casos concretos em que os direitos de PI foram relativizados em face dos DH. Utiliza-se uma metodologia dedutiva para se pesquisar o objetivo da pesquisa, e, com o apoio da revisão bibliográfica, será desenvolvido o conteúdo histórico e teórico apresentado.

PALAVRAS-CHAVES: Propriedade Intelectual. Direitos Humanos. OMPI. Convenção de Marrakesh.

ABSTRACT: This article aims to investigate whether it would be possible to apply Human Rights to Intellectual Property (IP) rights, analyzing a possible dialogue between the rights of the author/inventor and the human rights. To this end, it is necessary to verify how these rights are organized internationally and to understand how their applicability occurs within Brazil. It is necessary to demonstrate how IP rights have evolved up to the present day and how this right has been organized internationally, point out the similarities between international structures and the legal regimes of human rights and IP. Finally, discuss the possibility of studying IP from a humanitarian perspective and research the existence of concrete cases in which IP rights have been relativized in the face of human rights. A deductive methodology is used to research the objective of the research, and, with the support of the bibliographic review, the historical and theoretical content presented will be developed.

KEYWORDS: Intellectual property. Human rights. WIPO. Marrakesh Convention.

INTRODUÇÃO

Pensar a relação entre Direitos Humanos (DH) e direitos da Propriedade Intelectual (PI) é hodierno, inovador e essencial para uma sociedade democraticamente sustentável. O que se denomina hoje de Sistema Internacional de Propriedade Intelectual (SIPI) teve sua origem a partir da Convenção da União de Paris (CUP), em 1883, quando a economia passou pelo histórico processo da Revolução Industrial. Não foi só a PI que se estabeleceu como elemento de força nessa engrenagem industrial, mas, também, as relações de trabalho se tornaram uma motriz organizada nesse desenvolvimento. Pela primeira vez, o trabalho se organizava em escala e se iniciava o processo de acumulação de capital baseado nessa organização do trabalho.

A PI, como ideia de criação atribuída a alguém, é anterior à Revolução Industrial. Antes mesmo de se conceber uma tutela jurídica à autoria dos inventos, já existia o invento e seu criador, ademais, a ideia de inovação remonta à Antiguidade, tendo sido tema na obra de Platão. Todavia, com a Revolução Industrial, houve a necessidade de proteção dos inventos como meio de capitalizar a autoria e manter a reserva econômica da criação.

Nesse sentido, pode-se fazer uma analogia entre as relações de trabalho e as relações de uso da PI no sentido de seu desenvolvimento. Assim como as relações de trabalho se desenvolveram a partir da espoliação máxima do trabalhador durante a Revolução Industrial – em direção a um sistema de proteção jurídica do trabalhador –, na PI ocorreu o mesmo processo, ou seja, foi-se desenvolvendo um sistema internacional de proteção ao invento até que se chagasse ao recente Protocolo de Madri que, dentre outras garantias, visa facilitar o registro e o direito de propriedade com vistas a lhes garantir uma eficácia *erga omnes* global.

Considerando-se a premissa anterior, qual seja, a de que o direito à PI se desenvolveu assim como os DH, em direção a um sistema internacional de proteção construído pelo esforço de organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), e de sistemas regionais, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), tem-se como objetivo principal deste artigo investigar a possibilidade de se aplicar ao direito da PI a tutela humanitária.

Dessa forma, a proteção constitucional dialoga com a proteção desses direitos no âmbito desses sistemas regionais e internacionais. Nesse cenário de dupla proteção, pretende-se investigar como o Brasil harmoniza essa dupla proteção à PI e como os agentes transitam entre todos os interesses que incidem sobre sua operabilidade.

Aceitando-se como premissa a relação entre DH e PI, e a ainda escassa produção acadêmica nessa seara, investiga-se a existência de pesquisas sobre

uma exegese da PI pelo prisma humanitário. Utiliza-se uma metodologia dedutiva com o suporte de uma revisão bibliográfica sobre teorias e perspectivas de DH e sobre os direitos de PI. Por fim, pretende-se concluir se seria possível ou não, a proposição de uma exegese dos direitos de PI pelo prisma dos DH.

1. UMA VISÃO DOUTRINÁRIA E SISTÊMICA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A proteção internacional dos DH já tem sido reconhecida como ramo autônomo nos estudos do direito internacional, isso não só pela existência de *hard law* em matéria humanitária, mas, sobretudo, pela criação de tribunais internacionais que fiscalizam as violações dos DH cometidas pelos Estados e pelas pessoas. A relação entre DH internacionais e direito interno dos Estados tem sido estudada sob uma ótica internacionalista conhecida como “constitucionalização dos DHs” (Von Bogdandy, 2015).

Surgiu, assim, um novo ramo especializado de direito internacional: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), com o objetivo maior de garantir a tutela humanitária ao indivíduo (Calixto; Carvalho, 2020, p. 235-252). O desenvolvimento desse ramo especializado do DIDH preconiza que está em andamento um processo de constitucionalização do direito internacional, baseado no entendimento de que a edição de normas com conteúdo constitucional no âmbito internacional e a criação de organismos internacionais para responsabilizar os Estados por suas ações e omissões vêm impondo novos desafios aos Estados que têm de lidar com a aplicabilidade das normas de DH e com a imposição de cumprimento interno de decisões emanadas pelos tribunais internacionais.

It is evident that the process of constitutionalization has great relevance for the protection of Human Rights, as it provides a means of increasing the powers conferred to the international norms on the protection of the human person. (...)

Trough this process, IHRL is now seen as mandatory by all States, in order to achieve the essential objectives of the international community as a whole, with regard to the protection of the human being and the prevention of Human Rights violations (Calixto; Carvalho, 2020, p. 235-252).

O Brasil está sob a jurisdição humanitária de duas ordens internacionais: uma regional, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), e outra internacional, no âmbito da ONU. Muito se tem escrito e estudado sobre

a tutela humanitária regional no âmbito da OEA, por meio da atuação de seus dois órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Nesse contexto globalizado e caracterizado pela existência de tribunais internacionais sob os quais o Brasil está jurisdicionado, seja regional ou internacionalmente, argumenta-se que os DH vêm sendo tutelados por uma diversidade de órgãos e vêm galgando *status* de mais alta importância (Carvalho; Calixto, 2019). Todas as perspectivas teóricas que têm pensado os DH como um direito supranacional asseveram que a aplicabilidade imediata dos DH internacionais internamente e até mesmo a sua supremacia em face da Constituição do Estado se deve muito pela força das jurisdições internacionais. Por esse argumento, o reconhecimento de um SIDH bem demonstra como o tema dos DH evoluiu em sua positivação até que se chegasse a um sistema de proteção regional.

No plano global, a edificação de uma *hard law* humanitária é mais antiga e tem origem nos primeiros textos produzidos pela ONU, como a Declaração de 1948, que, ao longo das décadas, foi se figurando no que se denomina por SIDH. De fato, a Declaração de 1948 da ONU marca o início da positivação internacional dos DH, na medida em que tornou cogente e conferiu um compêndio axiológico ao delinear uma unidade valorativa aos DH; estabeleceu, em âmbito internacional, as conhecidas características de universalidade, indivisibilidade e interdependência desses direitos.

Desde então, foi-se desenvolvendo um processo de universalização dos DH *pari passu* a um regionalismo que permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos, integrado por tratados internacionais de proteção que trazem uma base mínima de consenso; esse arcabouço normativo é o que a doutrina denomina “mínimo ético irreduzível” (Piovesan, 2009, p. 109), há tempos desenvolvido por Georg Jellinek (1954).

A teoria do “mínimo ético irreduzível” consiste na ideia de que todas as normas jurídicas seriam normas de base moral. Logo, as normas morais mais relevantes para a sociedade seriam transformadas, pelo Estado, em normas jurídicas. Assim, o direito representa apenas o mínimo de preceitos morais necessários para que a sociedade possa viver em harmonia, no dizer de Flávia Piovesan (2009, p. 109).

O Brasil, por ser um país latino-americano, está inserido nos dois sistemas, no internacional, à égide da ONU, e no SIDH, sob a OEA. As temáticas tratadas internamente também têm sido interpretadas à luz desses DH internacionais, sejam regionais ou mundiais. Nesse cenário de dupla tutela, é que se pretende analisar os direitos de PI.

2. ESCORÇO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO DE PI

De acordo com Lacruz, inicialmente, o conceito de propriedade estava intrinsecamente associado aos bens tangíveis: “(...) perceptibles mediante el sentido del tacto” (Lacruz, 2000, p. 337), tendo os bens intangíveis alcançado uma positivação de proteção *a posteriori*. Ainda, retomando Lacruz (2000, p. 338), a propriedade imaterial seria uma “(...) entidad incorpórea no susceptible de ser aprehendida mediante los sentidos”, ou seja, não percebida fisicamente, mas possível de ser palpada abstratamente por possuir algum valor.

De acordo com a doutrina, são características básicas e fundantes da propriedade intangível: i) a PI é valorada como algo dotado de direitos subjetivos; ii) mesmo sendo intangível, ela deve ser aplicada no mundo concreto em alguma funcionalidade, de forma a satisfazer os interesses econômicos de uma sociedade; iii) sua circulação não tem limites na medida em que é abstrata; iv) são perenes e “indestrutíveis”; v) dissociação entre seu *status* abstrato e sua materialização ou consumo (Moreno, 2012).

Sobre o desenvolvimento da PI, são identificados três períodos: o primeiro período é o territorial, que se caracteriza pela total ausência de tutela internacional; o segundo é o período internacional, que tem sua origem com os dois primeiros tratados internacionais sobre PI, a Convenção de Paris e a de Berna; por fim, o período global, que se inicia pela criação da ONU e se consolida com os acordos sob o Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), em 1994 (Drahos, 2004).

Na primeira fase, os estatutos de Florença e Veneza são citados como a origem legislativa da proteção dos direitos de propriedade intelectual no século XV (Nerd, 2007). Cita-se como evento relevante a construção da Catedral de Florença, no ano de 1421, quando foi expedido um documento oficial reconhecendo a propriedade imaterial da arte ao arquiteto e inventor Filippo Brunelleschi, pela criação de uma embarcação especializada no transporte de mármore, da região de Carrara para Florença (Sherman; Bently, 1997).

A doutrina especializada em PI afirma que foi exatamente a proteção legal à PI imaterial que permitiu mais tarde o desenvolvimento de um mercado internacional de patentes com retorno financeiro ao detentor do seu direito (Moreno, 2012).

Durante os séculos XVII e XVIII, os direitos de PI eram muito divergentes na medida em que cada Estado desenvolvia um direito interno próprio; no entanto, já se estabelecia um consenso sobre os conceitos de “propriedade intelectual” e “propriedade industrial” (Bodenhausen, 1968), com regras cada vez mais definidas quanto aos direitos de exploração em favor dos criadores (autoral) e inventores (industrial).

Quando se aproxima o século XX, principalmente pelas mudanças no eixo econômico trazidas pela Revolução Industrial, afirma-se a necessidade de se estabelecer uma harmonização mínima do direito de PI; isso porque o comércio, já em vias de se “globalizar”, exigia uma estrutura comum para a atuação das corporações internacionais, hoje chamadas de multinacionais (Sherman; Bently, 1997). Artistas e inventores europeus, organizados em corporações, fomentaram discussões sobre a necessidade de se regular um direito comum mínimo para a PI. Foi quando em 1834, foi assinado o primeiro tratado internacional sobre PI. A Convenção da União de Paris,³ que tratava da proteção da propriedade industrial, foi inspiração para que, mais tarde, em 1886, a Convenção da União de Berna (CUB),⁴ para proteção de obras literárias e artísticas, fosse assinada (Smith, 2000). Esses dois tratados marcam o início da segunda fase, “fase internacional”, no processo de evolução do direito de PI (Drahos, 2004). Cumpre assinalar que o Brasil foi signatário originário da Convenção da União de Paris, internalizada por meio do Decreto n. 9.233, de 28 de junho de 1884, e da CUB, por meio do Decreto n. 75.699, de maio de 1975 (Das, 1999).

A CUB teve suas origens já na década de 1880, resultado da atuação da Associação Literária e Artística Internacional, que tinha como porta-voz nada menos que o escritor Victor Hugo (Smith, 2000). Antes da CUB, os países europeus divergiam quanto aos direitos de propriedade das obras estrangeiras. Para melhor explicar essa problemática, se, por exemplo, um trabalho publicado na Itália por um italiano fosse republicado na Alemanha, o autor italiano não teria nenhuma proteção autoral na Alemanha. A partir da CUB, autores nacionais de outros países signatários passaram a receber o mesmo tratamento dado aos autores nacionais.

Já no século XX, após todos esses esforços internacionais em se estabelecer uma regra comum que garantisse os direitos patrimoniais do autor e proprietário intelectual, a ONU começou a exercer um papel

3 A Convenção da União de Paris para proteção da propriedade industrial teve seu início sob a forma de anteprojeto, redigido em uma Conferência Diplomática realizada em Paris no ano de 1880. Nova conferência foi convocada em 6 de março de 1883, para aprovação definitiva do texto, que entrou em vigor um mês depois do depósito de instrumentos de ratificação, em 7 de julho de 1883. O presidente da conferência de 1880 pronunciou frase histórica: “Nós escrevemos o prefácio de um livro que vai se abrir e que não será fechado se não após longos anos”. Desde o começo, a Convenção previa em seu art. 14, a celebração de conferências periódicas de revisão a fim de introduzir no texto original, instrumentos destinados a aperfeiçoar o sistema da união à luz da experiência obtida em sua aplicação prática. Várias foram as modificações introduzidas no texto de 1883 através de 7 revisões. Na primeira, em Roma, os atos assinados não foram ratificados por nenhum país. Seguiram-se as Revisões de Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967). O Brasil, país signatário original, aderiu à Revisão de Estocolmo em 1992. (CONVENÇÃO DE PARIS. Disponível em <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf>. Acesso em: 29 de julho de 2023)

4 A Convenção foi revista em Paris (1896) e Berlim (1908), completada em Berna (1914), revista em Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971), e emendada em 1979. Desde 1967 que a Convenção é administrada pela *World Intellectual Property Organization* (WIPO), incorporada nas Nações Unidas em 1974. (CONVENÇÃO DE PARIS. Disponível em <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf>. Acesso em: 29 de julho de 2023)

de protagonista na organização do que se conhece hoje como Sistema Internacional de Propriedade Intelectual. Em 1967, foi criada pela ONU uma agência especializada para gerir a questão da PI no mundo: a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), marcando o início da terceira fase da evolução do direito da PI (Drahoš, 2004). Com a função de elaborar normas gerais de PI para a comunidade internacional, os autores Silva e Silva apontam quais seriam os desafios mais importantes para a OMPI: i) a necessidade de cada país signatário dos acordos entabulados dentro da OMPI internalizar as normas internacionais e lhes prestar obediência; ii) estabelecer prerrogativas especiais para os países signatários elegerem a essencialidade de suas inovações no tocante ao patenteamento de novos produtos; iii) por fim, como um dos maiores desafios para a produção de normas de proteção da PI em âmbito mundial, empreender um esforço comum em homogeneizar as leis, tendo em vista as especificidades de cada país em considerar o que é novo, inovador, original, e o que não é, pois é esta a base principal para a proteção deste nicho jurídico (Silva; Silva, s.d.). Explicam os autores sobre o papel específico da OMPI que, “(...) uma vez que o produto seja protegido em um país membro da OMPI, outra nação, que também faça parte desta organização internacional, não poderá apropriar-se da ideia sem que sanções internacionais culminem sobre sua economia, ou ainda poder mercantil” (Silva; Silva, s.d.).

A OMPI consolida o que a teoria de Relações Internacionais (RI) denomina de “regime internacional”, cujo objetivo principal seria estabelecer normas comuns em âmbito global. Os estudos sobre os regimes internacionais dentro das RI são recentes, surgindo com epistemologia própria apenas na década de 70. Como todo tipo de teoria com bases epistemológicas próprias, os estudos sobre os regimes internacionais também apresentam grande discussão sobre seu conceito, destacando-se os trabalhos de Stephen Krasner (1982), com sua teoria consensualista, contradito por Oran Young (1982), que considera a teoria do regime internacional de Krasner demasiadamente complexa e vaga sem correspondência com os fatos concretos. A par desse debate sobre os regimes internacionais, definiram-se três posicionamentos que derivam das escolas dos estudos de RI: a realista, com fundamento no poder; a neoliberal, fundada nos interesses; e a cognitivista, que se pauta pelo conhecimento (Hasenclever, Mayer, Rittberger, 1997, p. 3-6).

Dessa forma, a OMPI estabelece o que os internacionalistas denominam de “regime internacional”, inaugurando a terceira fase de evolução do direito de PI, denominada de fase global, quando mais tarde, em 1994, durante as negociações dos TRIPS, se afirma um verdadeiro sistema internacional de PI (Hasenclever, Mayer, Rittberger, 1997, p. 3-6).

3. A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS DE PI E OS DH

Como foi demonstrado nos itens anteriormente, os direitos de PI, assim como os DH, se estruturaram em forma de sistema, tanto que se fala em SIDH e SIPI. Respeitadas as epistemologias próprias de cada uma das áreas, se verifica que a estrutura atual sistêmica é resultado de uma evolução histórica. Do ponto de vista do direito interno brasileiro, a Lei n. 4.319, de 16 de março de 1964, que criou o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), e a Lei n. 12.986, de 2 de junho de 2014, que transformou o colegiado em Conselho Nacional dos Direitos Humanos, são exemplos de normas precursoras do Sistema Nacional de Direitos Humanos (SNDH). Coexistem, portanto, SIDH, SNDH e SIPI, formando uma rede de sistemas que interagem para a configuração de uma possível tutela humanitária à PI.

A ideia de sistema compreende a necessária existência de uma estrutura legal, complexa e positivada. Seja no plano internacional ou interno, a formação de sistemas decorre da preexistência de estruturas que vêm sendo construídas ao longo do tempo (Lafer, 1977). Isso posto, toda vez que se fala em um conceito, deve-se considerar a existência de diversas teorias:

Estamos perante um conceito que adquiriu a sua voga nos últimos dez ou quinze anos, e que é de clara inspiração ou tendência anglo-saxônica e norte-americana. São os grandes teóricos do organicismo, do funcionalismo, do behaviorismo ou teoria do comportamento, que pretendem explicar a sociedade internacional e formular leis para racionalizar atitudes e definir uma estratégia de conflito através da noção de “sistema” (Nogueira, 1988, s.p.)

Percebem-se semelhanças nos regimes internacionais de ambas as áreas, algumas podem ser desde já identificadas. A primeira semelhança está na historicidade. Assim como os DH, a PI foi se desenvolvendo da mesma forma, em ambos se verifica o aumento das garantias em documentos internacionais com uma crescente positivação de direitos, cada vez mais especializados. A segunda semelhança está no fato de, em ambos, a regulação ter se originado internamente e ter tido aplicabilidade apenas na ordem jurídica estatal. Outra semelhança está no fato de atualmente haver uma discussão sobre a eficácia interna das normas produzidas internacionalmente, quando se questiona a força normativa dos tratados internacionais internamente, tanto que, nos estudos de DH, se preconiza a existência de um “direito constitucional internacional” com eficácia plena internamente (Conci, 2017). Nesse ponto, percebe-se também um conflito entre posicionamentos doutrinários que partem de uma visão internacionalista dos direitos em choque com as barreiras

levantadas pela soberania estatal para se justificar a não aplicabilidade do direito internacional humanitário ou intelectual internamente (Ariosi, 2004).

Por fim, uma semelhança que se relaciona com o regime internacional hodierno desses dois direitos, está no complexo grau de estrutura que se chegou internacionalmente (Ariosi, 2023). Nos DH, há não somente uma complexa rede de convenções pactuadas regional e internacionalmente, mas também estruturas jurisdicionais de âmbito regional e internacional, como a Corte Interamericana de DH, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos etc. O mesmo ocorre com os direitos de PI, havendo uma gama de convenções e jurisdições internacionais, como, por exemplo, o Centro de Arbitragem e Mediação, criado no âmbito da OMPI. O exercício da jurisdição ainda pode ser internacional, pela atuação da OMPI, e de jurisdição externa, pelas Câmaras de Arbitragem (Amaral Junior, 2006).

A PI também é objeto de estudo dentro da Organização Mundial do Comércio (OMC), criada em 1995 em substituição ao General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Foi no âmbito do TRIPS, sob o título *Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, que se discutiu a negociação dos direitos de PI. Esse debate foi objeto dos tratados internacionais assinados em 1994, quando do encerramento da Rodada do Uruguai do GATT (Soares, 1998). Inclusive, o término da Rodada do Uruguai do GATT definiu as bases para a sua transformação na atual OMC, isso porque se condicionou a adesão ao TRIPS à entrada do país na OMC (Casella, 1998).

Sendo assim, a incorporação do Acordo Constitutivo da OMC no Brasil trouxe também a incorporação do TRIPS, inclusive juntamente com o mecanismo que dilata a sua entrada em vigor. Diante dessa incorporação, não se têm notícias de antinomias entre as fontes internacional e interna em matéria de PI:

Até o momento do transcurso do período de transição e, conseqüentemente, da entrada em vigor do TRIPS no Brasil (1o .1.2000), não ocorreram conflitos entre a legislação interna e as regras do Acordo. O que pode acontecer transcorrido o período de transição? As regras de direito interno brasileiro, incompatíveis com o TRIPS, estão ipso facto revogadas? (Basso, 2004).

Segundo Maristela Basso, essa antinomia seria aparente posto que “(...) tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ser considerados como leis e produzem os mesmos efeitos destas sobre as demais” (Basso, 2004). Do que se deduz que ocorreria a revogação das leis internas brasileiras pelo TRIPS pela aplicação da regra *lex posterior derogat*

priori (Basso, 2004). No entanto, deve-se considerar que os TRIPS seriam um “tratado-contrato” e não “tratado-lei”: “Suas normas se destinam aos Estados-partes e não aos indivíduos que não recebem, imediatamente, nenhum direito subjetivo com a entrada em vigor do TRIPS” (Basso, 2004).

Com o estabelecimento dos sistemas internacionais de DH e de PI, sobremaneira pelo desenvolvimento de uma mentalidade pró-DH, começou-se a questionar a relação do detentor dos direitos de PI com os impactos sociais de suas marcas, patentes e inventos. Atualmente, a doutrina tem se debruçado em entender essa relação por um prisma humanitário, por meio da construção de uma tese pela qual se defende que os direitos de PI devem ser relativizados em face dos DH.

Flávia Piovesan inicia seu artigo com um tópico frasal sugestivo: “Como compreender a propriedade intelectual à luz dos direitos humanos?” (Piovesan, 2007). Investigar a relação entre esses dois sistemas tem sido um grande desafio atualmente. Outras questões decorrem dessa relação e foram propostas pela doutrinadora em seu trabalho:

Em que medida o sistema internacional de direitos humanos pode contribuir para a proteção do direito à propriedade intelectual sob uma perspectiva emancipatória? Qual há de ser o impacto dos regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual no campo dos direitos humanos? Qual é o alcance da função social da propriedade intelectual? Como tecer um adequado juízo de ponderação entre o direito à propriedade intelectual e os direitos sociais, econômicos e culturais? Quais os principais desafios e perspectivas da relação entre direitos humanos e propriedade intelectual? (Piovesan, 2007).

Os questionamentos acima impõem que se repense os direitos de PI pelo viés dos DH, pelo prisma de um sistema organizado e com eficácia interna na maioria dos países do mundo. Pensa-se essa relação buscando a função social dos direitos de PI, por uma perspectiva emancipatória, tal qual propõe Flávia Piovesan. Sobre essa relação, há muito o que se investigar, e muito o que se produzir cientificamente.

Todavia, pensar nos direitos de PI à luz dos DH traz uma difícil sustentação de argumentação, já que são as grandes corporações as detentoras do poder econômico mundial e, portanto, dos direitos de PI. Torna-se complexo pensar um regime internacional que contemple o sopesamento entre DH e PI, mesmo com o intuito final de beneficiar o ser humano e não tão somente os interesses corporativos. Poder-se-ia, então, falar em uma ponderação de bens:

Extrai-se, assim, o dever dos Estados de alcançar um balanço adequado entre a proteção efetiva dos direitos do autor/inventor (lembrando que,

via de regra, quem acaba por prejudicar os interesses sociais e os direitos humanos são os detentores dos direitos de exploração comercial de determinada obra ou invento) e a proteção dos direitos sociais à educação, alimentação e saúde, bem como aos direitos culturais e de desfrute dos progressos científicos (Piovesan, 2007, s.p.).

Outros doutrinadores compartilham do entendimento firmado por Piovesan no sentido de ser necessário realizar o exercício da ponderação de bens para se equilibrar os direitos de PI e DH:

Nesta ponderação de bens, o direito à proteção da propriedade intelectual não deve ser considerado ilimitado ou absoluto, na medida em que a propriedade intelectual tem uma função social. Os regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual devem ser analisados sob a perspectiva de seu impacto no campo dos direitos humanos. (Piovesan, 2007, s.p.)

Seguindo esse entendimento, Ferreira Filho propôs um estudo sobre os direitos de PI na União Europeia analisando as exceções à exclusividade da proteção à PI, como a licença compulsória, a importação paralela, o esgotamento dos direitos, a nulidade e caducidade, a exceção bolar (Riess, 2020)⁵ e a exceção para pesquisa (Ferreira Filho, 2009). O autor também chama a atenção para a possibilidade de repasse do objeto da propriedade intelectual para terceiros com o consentimento do titular, como, por exemplo, a transferência de tecnologia, além de defender a possibilidade de uma política pública que visasse a corrigir as distorções mercantis geradas pelo monopólio da atividade econômica, fomentado pela exclusividade do uso do objeto de proteção da PI (Ferreira Filho, 2009).

Com relação à necessidade de ponderação comentada por Piovesan, Ferreira Filho (2009), ao considerar um mundo hodierno “multilateral, global, pós-moderno, de pluralidades jurídicas, de Estados com soberanias relativizadas”, apresentou um estudo sobre a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos a respeito de disputas referentes à propriedade intelectual. O autor demonstra como são aplicados o paradigma da execução e o paradigma do balanceamento da propriedade intelectual (Ferreira Filho, 2009). Nesse contexto, o paradigma do balanceamento da PI se assemelha muito ao que Piovesan denomina ponderação.

Vale trazer um exemplo de ponderação aplicado na prática. Trata-se da Convenção de Marrakesh, de 2013, para “Facilitar o Acesso a Obras Publicadas

5 “Em uma concepção clássica, a patente representa um direito imaterial conferido pelo Estado àquele titular de uma invenção que, ao decidir abrir mão de seu segredo de indústria (tornando-o acessível à sociedade), passa a gozar de uma exclusividade temporária de exploração sobre o bem, por um período mínimo determinado em lei” (Riess, 2020).

às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso”, adotada no âmbito da OMPI e que tem sido apontada pela doutrina como um exemplo de aplicação da ponderação ao direito de PI à luz dos DH: “(...) fato que culminou um momento histórico de harmonização entre o Direito da Propriedade Intelectual e os Direitos Humanos, já que se tratou do primeiro tratado sobre Direitos Autorais baseado numa perspectiva humanitária” (Alves, 2018, s.p.).

O Tratado de Marrakesh contém todas as limitações e exceções aos chamados VIPs (Visually Impaired People), na medida em que prevê, pela primeira vez na história, uma acessibilidade dos VIPs às obras em seus respectivos formatos, permitindo o uso inédito de ferramentas dos direitos autorais, através de um novo marco da norma internacional de DH em prol de um desenvolvimento que, como assinala Alves (2018), “(...) pode mudar vidas e consagrar um direito universal à leitura”.

No Brasil, o Tratado de Marrakesh foi assinado em 2012, aprovado pelo § 3º, do art. 5º da Constituição Federal, por meio do Decreto Legislativo n. 261, de 2015, e ratificado por meio do Decreto n. 9.522, de 8 de outubro de 2018, adquirindo na pirâmide jurídica brasileira um *status* de Emenda Constitucional.⁶ Dessa forma, o Tratado de Marrakesh alcançou eficácia plena no Brasil e, por essa razão, a doutrina o louva como um exemplo, e um *leading case*, de aplicação dos fundamentos humanitários ao direito de PI. Fazendo uma correlação entre a aplicabilidade do Tratado de Marrakesh e a Convenção de Berna, chega-se a um entendimento pelo qual cada legislação interna deve reconhecer essas limitações e exceções que deverão abranger casos especiais que não prejudiquem a exploração habitual da obra nem promovam um prejuízo injustificado aos interesses dos titulares de direitos de PI (Alves, 2018).

A Lei n. 9.610/98, sobre direitos do autor, já estabelecia limitações de direitos quando se tratasse de pessoa com deficiência visual, vide seu art. 46, I, d: “(...) a reprodução de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários” (Brasil, 1998).⁷

6 Mais tarde, em 2021, o Tratado de Marrakesh foi regulamentado pelo Decreto nº 10.882, de 3 de dezembro de 2021. O Decreto 10.882/2021 dispõe que o processo administrativo de reconhecimento de órgãos e entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para atuar como entidade autorizada compete ao Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania. Porquanto, o Decreto regulamentar ainda foi especializado em uma Portaria Ministerial, a Portaria nº 505, de 21 de fevereiro de 2022, que dispõe sobre a forma e o prazo de apresentação dos pedidos de reconhecimento e renovação, além dos demais procedimentos relativos à supervisão das atividades das entidades autorizadas.

7 A limitação positivada na legislação brasileira referente aos Direitos do Autor está reservada apenas aos direitos de reprodução, possuindo, também, restrição quanto ao alcance das pessoas beneficiárias tendo em vista elencar somente a s pessoas com deficiência visual, apesar de que, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, reconheceu que, respeitando as regras dos três passos, as limitações não são exaustivas, podendo ser aplicadas através de analogia atendendo a outras situações relacionadas a direitos fundamentais (Brasil, Informativo nº 700, 2021).

Do que foi exposto sobre o exemplo concreto da Convenção de Marrakesh, chega-se à conclusão de que, de fato, houve uma disposição em favor dos VIPs com fulcro nos DH. Por essa razão, a doutrina referencia a Convenção de Marrakesh como um marco na interpretação dos direitos de PI pelo prisma humanitário.

Outro aspecto relevante a se considerar é que a legislação interna dos países membros da OMPI e signatários da Convenção de Marrakesh deve estar hábil a viabilizar os direitos já consubstanciados. No caso do Brasil, como se demonstrou anteriormente, a ordem interna apresenta sistemas de recepção da norma internacional capazes de realizar uma integração plena da norma internacional ao direito interno (Ariosi, 2000); todavia, existem países que ainda enfrentam dificuldades com relação à incorporação dos direitos produzidos internacionalmente em seu ordenamento jurídico interno.

Uma outra perspectiva de análise da relação entre PI e DH pode ser citada neste estudo. Em artigo intitulado *Abuso do Direito na Propriedade Intelectual*, os autores, com base na doutrina do abuso do direito de PI, analisam a relação entre o exercício de direitos conferidos por seus institutos e o atendimento de sua função econômico-social, em razão da qual foram concedidos (Cezar; Santos Júnior; Marques, 2021). Em que pese os autores não terem mencionado expressamente os DH no artigo, há clara referência a esses direitos quando mencionam “direitos subjetivos”: “O abuso do direito pode ser entendido como uma fonte normativa de calibração do exercício de **direitos subjetivos**, haja vista seu fim econômico (art. 170 da Constituição Federal (CF) /1988) e social (arts. 193 a 232 da CF/1988 (...))” (Cezar; Santos Júnior; Marques, 2021, s.p., grifo nosso).

Para se entender melhor o significado de abuso de poder econômico por meio de direitos da PI, os autores explicam que esse fenômeno pode ser observado na situação em que o agente econômico (empresa ou grupo de empresas), dotado de posição dominante, consegue alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado; também, quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para setores específicos da economia (Cezar; Santos Júnior; Marques, 2021).

O que Piovesan denomina “ponderação” os autores denominam “flexibilização”. Ressaltam os autores que os direitos conferidos sobre bens imateriais (direitos absolutos) devem ser “flexibilizados” para que essas garantias sejam utilizadas em harmonia com os interesses sociais que as circunscrevem e as limitam (Cezar; Santos Júnior; Marques, 2021). Mencionam, ademais, o como elemento de viabilização dessa “flexibilização”; a função social da PI servirá, segundo os autores, como um tipo de “vetor interpretativo” nos conflitos existentes entre esferas de interesses antagônicos,

tal qual Piovesan propõe com sua ponderação entre PI e DH (Cezar; Santos Júnior; Marques, 2021).

Ainda sobre a “flexibilização”, os autores citam Denis Borges Barbosa para reforçar seu posicionamento pelo qual o abuso do direito econômico deve ser relativizado pela aplicação de um princípio constitucional de DH:

(...) em ambas as hipóteses, eventuais restrições à propriedade ou à concorrência poderão ser balizadas pelo **princípio constitucional da função social da propriedade**, o qual servirá como **vetor interpretativo**, permitindo a manutenção do privilégio quando o interesse individual prevalecer e restringindo a livre concorrência, ou justificando a perda do privilégio em prol da liberdade concorrencial, sempre que o titular da patente impedir ou dificultar o acesso do público ao novo produto, para que **a propriedade se adegue plenamente à sua função social** (apud Cezar; Santos Júnior; Marques, 2021, s.p., grifo nosso)

Por fim, concluem os autores que, se o exercício de direitos de propriedade intelectual for abusivo, não se estará atendendo à premissa sobre a qual se assenta a concessão de tais direitos, qual seja, assegurar o desenvolvimento cultural, econômico, social e tecnológico do país (Cezar; Santos Júnior; Marques, 2021). Quando se utilizam de um princípio constitucional, como o princípio da função social da PI, os autores estão balizando o exercício do direito de PI a um aspecto de DH, por meio de uma exegese na qual o ser humano é, ao final, o destinatário da aplicação desse direito; e essa forma de se entender os direitos de PI também deve ser aplicada às normas de origem internacional, como aquelas oriundas de convenções. Citando, mais uma vez, Denis Borges Barbosa, ressaltam os autores que: “(...) quando admitida pela legislação de propriedade industrial, quando exigida comprovadamente por legislação específica do país do licenciador ou, ainda quando decorrente de **Ato, ou Acordo Internacional de que o Brasil participe** (...)” (apud Cezar; Santos Júnior; Marques, 2021, s.p., grifo nosso).

Nessa esteira, sobre a relação entre DH e PI e sua recepção no ordenamento jurídico interno dos países, não se pode deixar de mencionar os trabalhos de Christopher Geiger. O autor publicou um compêndio que reúne dados de Constituições de 200 países sobre o direito de PI em sua obra *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, na qual se pode verificar a existência de Constituições que não dispõem de mecanismos integrativos para o direito internacional, dificultando a eficácia interna dos direitos produzidos internacionalmente.

Em artigo intitulado *Implementando disposições de Propriedade Intelectual em Instrumentos de Direitos Humanos: Rumo a um novo Contrato Social para a*

Proteção de Intangíveis, Geiger (2015) apõe um subtítulo, 2. *Direitos humanos - a solução?*, no qual se debruça a entender o problema atual que versa sobre a transferência de PI, analisando como problemática central a capacidade de alguns países em aplicar internamente o direito internacional. Geiger aponta que é na Constituição dos países em que deve constar regras para aplicação do direito internacional:

Para alcançar soluções equilibradas pode ser útil começar com um exame da estrutura da **legislação constitucional já existente** e referente aos Direitos de Propriedade Intelectual, como encontrada em diversas constituições ou instrumentos de Direitos Humanos similares em todo o mundo (Geiger, 2025, s.p., grifo nosso).

Complementa Geiger, sobre a necessidade de se estabelecer normas internas que contemplem com objetividade o direito de PI, que:

De fato, a grande maioria das constituições nacionais falha na transmissão dos aspectos sociais do Direito de Propriedade Intelectual através de suas cláusulas, não os transmitindo de maneira suficiente, não abarcando as limitações expressas daquele. Muitas vezes elas não identificam os beneficiários da proteção garantida, contribuindo para uma maior dissociação entre os direitos de propriedade intelectual e os criadores (Geiger, 2015, s.p.).

De tudo que foi exposto, apreende-se que o direito de PI, assim como os DH, já está inserido em um contexto sistêmico complexo, composto não só por uma estrutura jurídica positivada, mas também por mecanismos jurisdicionais internacionais. Em contrapartida, como chama atenção Geiger, os países devem também desenvolver um sistema que seja permeável e que seja capaz de absorver as normas internacionais e dar cumprimento internamente às decisões internacionais.

CONCLUSÃO

O presente artigo demonstrou a existência de um sistema internacional de DH, que, devido à sua complexidade, seja pelo arcabouço normativo ou pela força cogente das decisões das cortes internacionais de DH, pode ser denominado de regime internacional de DH. Nesse regime, verificou-se a existência de integração entre os sistemas internacional e interno, onde coexistem dois regimes ou dois sistemas, um de ordem interna e outro internacional. Considerando essas duas ordens, os doutrinadores vêm defendendo perspectivas como o constitucionalismo dos DH, o pluralismo

jurídico, o constitucionalismo multinível, o diálogo entre fontes e outras perspectivas que tentam explicar a relação desses dois sistemas. Apesar de coexistirem posicionamentos contrários, arraigados à manutenção da soberania nacional, a doutrina majoritária defende a máxima efetivação dos DH, sempre pela prevalência da norma mais favorável ao ser humano, não importando sua origem, se interna ou internacional.

Demonstrou-se que, no Brasil, há dispositivos constitucionais que contemplam a internalização do direito internacional, inclusive qualificando os DH internalizados ex lege constitucional (CF, art. 5º, § 3º) com *status* de norma constitucional; também, há previsão de cumprimento interno de decisões internacionais proveniente das Cortes de DH.

Quanto ao direito da PI, observou-se que, tal qual ocorre com os DH, também passou por uma dinamogênese até se desenvolver um sistema complexo com normas e Cortes próprias e, da mesma forma, o direito de PI adentra ao ordenamento jurídico brasileiro por força dos dispositivos constitucionais que permitem sua incorporação (CF, art. 49, I). Pode-se observar, ainda, a evolução da PI ao longo dos dois últimos séculos, mencionando-se as três fases de sua evolução até que se chegasse a um sistema internacional de PI.

Entender como ocorreu a evolução histórica do direito até a formação de um SIDH e de um SIPI foi fundamental para se concluir sobre semelhanças e identidades entre DH e PI, como ramos autônomos do direito. Então, SIDH e SIPI parecem ter seguido uma mesma trajetória e isso os coloca em uma posição de diálogo muito especial, posto que se está diante de dois sistemas internacionais formados historicamente e, desde as suas origens, por meio de um movimento centrífugo, partindo-se dos Estados, e depois centrípeto, retornando para dentro dos Estados. O diálogo entre DH e PI é intersistêmico e qualquer abordagem que se venha a propor levando em conta DH e PI deve interseccioná-los em suas estruturas.

Como exemplo, citou-se a Convenção de Marrakesh, que bem demonstra como ocorreu a intersecção entre SIDH e SIPI. Por meio desse exemplo, pode-se observar que, apesar de a Convenção ter surgido dentro da OMPI, esse fato não foi um empecilho para se incluir normas de conteúdo humanitário dentro da Convenção. Considerando que as questões advindas da aplicação da Convenção são jurisdicionadas em uma corte própria de PI, propõe-se, no presente artigo, uma reflexão pela qual se pode questionar se, por exemplo, um destinatário VIPs, em se sentindo lesado em seu direito, poderia ajuizar sua demanda junto à CIDH. Em que pese não ter havido nenhuma denúncia na CIDH com fundamento em descumprimento de direitos humanos oriundos da Convenção de Marrakesh, por uma análise do Pacto de São José da Costa Rica e pela tradição jurisprudencial firmada até hoje pela CIDH, não haveria, *a prima facie*, nenhum impedimento que

fundamentasse uma alegação de incompetência negativa pela Comissão. Ao contrário, tratando-se de DH e havendo a demonstração dos demais requisitos processuais para a submissão à Comissão, esta atuaria regularmente podendo remeter a demanda de um VIP à Corte. Esse caso hipotético representa um outro tipo de intersecção, além daquela de conteúdo, ou de natureza material: estar-se-ia diante de uma intersecção entre estruturas jurisdicionais criadas sob órgãos com objetivos diferentes, no caso a OEA (Comissão e CIDH) e a ONU (Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI).

Com o objetivo de entender se seria possível correlacionar DH com os direitos de PI, por meio de uma revisão teórica, pode-se concluir que o direito de PI não tem mais como subsistir alijado dos DH. Em alguns casos concretos, como o exemplo dado neste artigo sobre a Convenção de Marrakesh, restou comprovada a eficácia de algumas das perspectivas abordadas aqui, como o diálogo entre as fontes e a constitucionalização dos DH.

Citou-se a relevante contribuição de Piovesan para que, nesse momento de conclusão, pudesse se defender e compartilhar a ideia da autora de que os contornos conceituais do direito à PI devem considerar sua função social, transitando, assim, de um paradigma liberal individualista exclusivamente protetivo dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária, para um paradigma coletivista que considere as dimensões sociais do direito de PI, cujo principal objetivo é o incentivo à inovação.

Apresenta-se como conclusão uma reflexão. Considerando-se as características desses dois sistemas, SIDH e SIPI, é possível propor um diálogo entre DH e PI por uma abordagem teórica intersistêmica que leve em conta a ponderação de Flávia Piovesan como instrumento de integração entre ambos, aplicando-se nessa exegese o princípio da máxima efetividade dos DH aos direitos de PI.

REFERÊNCIAS

ALVARADO, P. A. A. Zombies e Frankenteins. Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios constitucionales*, v. 14, n. 1, p. 15-60, 2016.

ALVES, Jadgleison Rocha. O Tratado de Marrakesh e a exceção aos VIPS: harmonizando direitos humanos e propriedade intelectual para uma humanização dos direitos autorais. *Repositório Institucional UFPB*. Universidade Federal da Paraíba, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/15299/1/Jadgleison%20Rocha%20Alves_O%20Tratado%20de%20Marrakesh%20e%20a%20Exce%20a%7%20a%3%20aos%20Vips_Harmo%20-%20Jadgleison%20Rocha.pdf. Acesso em: 6 ago. 2023.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC e a aplicação do direito internacional*. Tese (Concurso para professor titular de Direito Internacional Público) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2006, p. 645.

ARIOSI, M. As Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Presidência da República. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 63, p. 1-8, nov. 2004. Online.

ARIOSI, Mariangela de F. A Denúncia das Convenções da OIT com conteúdo de Direitos Humanos: Uma Problemática a ser discutida. In: ZAVANELLA, Fabiano; Felamingo, Fabrício; MATTOS, Henrique Araújo Torreira de; SOUZA, Lucas Monteiro de (org.). *Temas de Direito Internacional, Direito do Trabalho e Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTR Editora Ltda, 2023, p. 1-307.

ARIOSI, M. Conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Renovar*, Rio de Janeiro, São Paulo, v. 1, p. 294, jan. 2000.

BARBOSA, Denis Borges. Licenças compulsórias: abuso, emergência nacional e interesse público. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 3-22, mar./abr. 2000.

BASSO, Maristela. *A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual*. Brasília, n. 162, p. 287-310, abr./jun. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/965/R162-22.pdf?sequence=8&isAllowed=y>. Acesso em: 5 set. 2023.

BODENHAUSEN, Georg Hendrik Christian. *Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property as revised at Stockholm in 1967*. Genebra: Birpi, 1968.

BRASIL. *Decreto nº 9.233, de 28 de junho de 1884*. Promulga a convenção, assinada em Paris a 20 de março de 1883, pela qual o Brasil e outros Estados se constituem em União para a proteção da propriedade industrial. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html#:~:text=Promulga%20a%20conven%C3%A7%C3%A3o%20assignada%20em,a%20protec%C3%A7%C3%A3o%20da%20propriedade%20industrial>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 261, de 25 de outubro de 2015*. Aprova o texto do tratado de Marrakesh para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso

ao texto impresso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-261-2015.htm#:~:text=Aprova%20o%20texto%20do%20Tratado,28%20de%20junho%20de%202013. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 78, de 31 de outubro de 1974*. Aprova o texto da Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinado em Estocolmo, 14 de julho de 1967, e da Convenção de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo, 14 de julho de 1967. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-78-31-outubro-1974-345478-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 10.882, de 03 de dezembro de 2021*. Regulamenta o tratado de Marrakesh para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/d10882.htm. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto no 75.699, de 6 de maio de 1975*. Dispõe sobre a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a alteração, atualização e consolidação da legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 de fev. 1998.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Diretoria de Direitos Intelectuais*. Reunião Regional da OMPI para países da América Latina sobre os Tratados de Beijing e Marrakesh. Disponível em: https://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=33342. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. *Portaria nº 505, de 21 de fevereiro de 2022*. Dispõe sobre o processo administrativo de reconhecimento de entidades autorizadas para a realização do intercâmbio transfronteiriço e a importação de exemplares em formatos acessíveis e de fiscalização de suas atividades, nos termos do decreto nº 10.882, de 3 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/portarias/portaria-no-505-de-21-de-fevereiro-de-2022>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 700, de 14 de junho de 2021*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018199>. Acesso em: 30 jul. 2023.

CALIXTO, A. J.; CARVALHO, L. C. DE. Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. In: FIGUEIREDO, M.; CONCI, L. G. A. (Org.). *Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 3-24, v. 1.

CALIXTO, A.; CARVALHO, L. The role of human rights in the process of constitutionalization of international law. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, 2020, p. 235-252, v. 25.

CASELLA, Paulo Borba. Resultados da rodada Uruguai: aspectos legais e constitucionais de sua implementação no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coords). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* São Paulo: LTR, 1998.

CEZAR, Eduardo Barreto; SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy dos; MARQUES, Ericksson Gavazza. Abuso do direito na Propriedade Intelectual. *Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade (RRDDIS)*, Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA, Curitiba, v. 1, p. 191-214, 2021. Disponível em: <https://revista.ioda.org.br/index.php/rrddis/article/view/40/28>. Acesso em: 2 ago. 2023.

DAS, Bhagirath Lal. *The world trade organization: a guide to the framework for international trade*. London: Zed Books Ltd, 1999.

DRAHOS, Peter. The regulation of public goods. *Journal of International Economic Law*. Oxford University Press, v. 7, p. 321-339, 2004.

FERREIRA FILHO, Ottoni. *A propriedade intelectual na visão da Corte Européia de Direitos Humanos*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2009, p. 147.

GEIGER, Christophe. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em Instrumentos de Direitos Humanos: Rumo a um novo Contrato Social para a Proteção de Intangíveis. *Revista em Propriedade Intelectual Direito Contemporâneo*, v. 9, p. 1-40, 2015.

GEIGER, Christopher. *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property Cheltenham*. UK, Northampton, MA, Edward Elgar, 2015.

GEIGER, Christopher. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em Instrumentos de Direitos Humanos: Rumo a um novo Contrato Social para a Proteção de Intangíveis. PIDCC: *Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo*, v. 9, p. 1-40, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6745851>. Acesso em: 10 jul. 2023.

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Wolker. *Theories of International Regimes*. Cambridge: University Press, 1997.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

KRASNER, Stephen. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organizations*, v. 38, p. 185-205, 1982.

LACRUZ, Berdejo J. L. *Elementos de Derecho Civil*. Direitos Reais. Madrid: Barcelona, 2000.

LAFER, Celso. *Comércio e relações internacionais*. São Paulo: Perspectiva, 1977
Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired Or Otherwise Print Disabled. Marrakesh, 2013. Disponível em: <https://www.loc.gov/nls/about/organization/laws-regulations/marrakesh-treaty/#:~:text=The%20Marrakesh%20Treaty%20to%20Facilitate,people%20who%20are%20blind%2C%20visually>. Acesso em: 12 ago. 2023.

MORENO, Eugenio Pizarro. *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

NARD, Craig Allen; WAGNER, R. Polk. *Patent Law*. New York: Foundation Press, 2007.

NOGUEIRA, Alberto Franco. *Caracterização do Sistema Internacional e Perspectivas Futuras*. 1988. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/2744/1/NeD45_AlbertoFrancoNogueira.pdf. Acesso em: 2 ago. 2023.

ORAN, Young. Regime Dynamics: the rise and fallos international regimes. *International Regimes*, v. 36, p. 277-287, 1982.

PETERKE, Sven. *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Propriedade Intelectual*. Cultura Livre, 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2665/CL01%20-%20Flavia%20Piovesan%20-Direitoshumanosepropriedadeintelectual.pdf?sequence=3>. Acesso em: 5 ago. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista TST*, Brasília, v. 75, jan./mar. 2009. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf. Acesso em: 6 set. 2023.

RIESS, Eduardo. Exceção Bolar (art. 43, inciso VII da LPI): limites finalísticos e temporal. *Revista da ABPI*, mar/abr. 2020. Disponível em: <https://www.daniel-ip.com/wp-content/uploads/2020/11/A1061-ARTIGO-Eduardo-Riess-V3.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy dos. *O regime jurídico da proteção da forma na propriedade intelectual*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SHERMAN, Brad; BENTLY, Lionel. *The making of modern intellectual property law: experience the British, 1760-1911*. New York/Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SILVA, José Everton da; SILVA, Marcos Vinicius Viana da. *A propriedade intelectual como uma evolução histórica do instituto da propriedade imaterial*. Publica direito. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c16d65d012198a>. Acesso em: 2 ago. 2023.

SMITH, Bradford L. *The third industrial revolution: law and policy for the internet*, in *Recueil des Cours*. New York: Foundation Press, 2000.

SOARES, Guido F. S. O tratamento da propriedade intelectual no sistema da organização mundial do comércio: uma descrição geral do acordo TRIPS. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* São Paulo: LTR, 1998.

VON BOGDANDY, A. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, p. 13-66, 2015.

Recebido: 23/02/2023

Aprovado: 06/09/2023

DISPOSITIVO DA SEXUALIDADE E JURIDIFICAÇÃO DAS CORPORALIDADES: DESVELANDO INSPIRAÇÕES DA TEORIA QUEER A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DE MICHEL FOUCAULT E JUDITH BUTLER

*DEVICE OF SEXUALITY AND JURIDIFICATION
OF CORPORALITIES: UNVEILING INSPIRATIONS
FROM QUEER THEORY BASED ON THE
CONTRIBUTIONS OF MICHEL FOUCAULT AND
JUDITH BUTLER*

Rainer Bomfim¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Michel Foucault E seus pormenores. 1.1 Dispositivo da sexualidade: Michel Foucault contou histórias? 1.2 Biopoder e sua relação com a sexualidade. 2. Michel Foucault e sua influência

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa de pesquisa CAPES. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bacharel em Direito pela UFOP. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direito, Epistemologias e Vulnerabilidade (DEV-UFLA). Membro dos Grupos de Pesquisa cadastrados no CNPq RESSABER (UFOP), Direito e Saúde LGBTQI+ (UFOP) e Retrabalhando o Direito (PUC-MG). Professor Adjunto de Direito Previdenciário na Universidade Federal de Lavras (UFLA).

na teoria *queer*: além do dispositivo da sexualidade.
3. Judith Butler leitora de Foucault. Conclusão.
Referências.

RESUMO: Almeja-se apresentar o dispositivo da sexualidade cunhado por Michel Foucault e utilizado por Judith Butler e os reflexos na construção dos paradoxos dessa juridificação dos corpos e das identidades pelo Direito. Objetiva-se analisar a sistemática das relações de poder e demonstrar como os substratos teóricos para os questionamentos da teoria *queer*. Justifica-se esta pesquisa pela possibilidade de desnaturalizar e deslocar a ideia da existência de um padrão normativo ou de uma essência do sexo. Como conclusão da pesquisa, tem-se que o dispositivo da sexualidade é marcado pela exclusão do diferente e perpassa por relações de poder-saber que foram construídas a partir do discurso dominante, que molda comportamento e padrões desde a modernidade.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito. Dispositivo da Sexualidade. Corpo. Teoria *Queer*. Michel Foucault.

Abstract: The aim is to present the device of sexuality coined by Michel Foucault and used by Judith Butler and the consequences in the construction of the paradoxes of this juridification of bodies and identities by Law. The objective is to analyze the systematics of power relations and demonstrate how the theoretical substrates for questioning *queer* theory. This research is justified by the possibility of denaturalizing and displacing the idea of the existence of a normative standard or an essence of sex. The conclusion of the research is that the device of sexuality is marked by the exclusion of what is different and permeates the power-knowledge relations that were constructed from the dominant discourse, which has shaped behaviors and standards since modernity.

Keywords: Theory of Law. Device of Sexuality. Body. *Queer* Theory. Michel Foucault.

INTRODUÇÃO

Ao se enunciar uma escrita jurídica que pretende flertar com o *queer*, não há como apresentar de forma cronológica como é construído esse termo, a sua luta política e a sua transposição para algo teórico (Spargo, 2017, p. 22-26). A inserção do termo como teoria *queer* na academia é associada a Teresa de Lauretis, em 1990,² mas já havia sido utilizado por Gloria Anzaldúa, em 1987. Ambas autoras se engajam na colisão da produção hegemônica do conhecimento, em uma relação dialética entre movimento e teoria *queer* (Rea; Amancio, 2018).

As construções *queer* são anteriores aos conceitos acadêmicos, e a sua inserção nesse meio ainda se trata de uma disputa, seja em relação aos seus significados, seja no tocante às suas narrativas (sendo sedimentadas e (re) valorizadas na medida que se inserem novas complexidades) (Gomes Pereira, 2015; Rea; Amancio, 2018; Spargo, 2017, p. 35-40).

Pensar em estabelecer uma linearidade da teoria *queer* é um reducionismo do seu potencial crítico, até porque as questões de tempo/história são perpassadas pela lógica moderna (Rea; Amancio, 2018). Além disso, a leitura pautada na linearidade estaria construindo um suposto cânone de seus escritos, o que é veementemente criticado e não condiz com essa produção (Gomes Pereira, 2015).

Então, toda a apresentação do *queer* perpassa por uma escolha pessoal de como é sintetizado o pensamento dentro dessa lógica propositiva-finalística. Neste texto, não se vislumbra (e nem se almeja) a possibilidade de um panorama geral e descritivo da teoria *queer*.

O termo *queer* carrega em si um potencial de resistência, antinormatividade, antijuridicidade, o que não significa que será um local de disputa permanente, o que também não invalida o seu uso situacional e contestatório nesta escrita. Da mesma forma, não se deseja que aquelas/es que o usam devam conviver obrigatoriamente com quaisquer exclusões que esse termo possa carregar (Butler, 2019a). Assim, dentro da proposta deste trabalho, e com foco na leitura do marco teórico principal, resolvi, por total liberalidade, iniciar o pensamento *queer* pelos escritos foucaultianos, para demonstrar as potencialidades que essa escrita carrega.

A importância dos escritos do autor não se destaca apenas pela construção do dispositivo da sexualidade (que é central nos escritos da teoria *queer*), mas também pela sua ideia da construção do poder como algo relacional, que desnaturaliza e desloca a ideia da existência de um padrão normativo ou de uma essência do sexo. É pensar também em como o seu

2 Como traz Richard Miskolci: “Foi em uma conferência na Califórnia, em fevereiro de 1990, que Teresa de Lauretis empregou a denominação *Queer Theory* para contrastar o empreendimento *queer* com os estudos gays e lésbicos. Em termos políticos, não tardou para que ele denotasse uma alternativa crítica aos movimentos assimilacionistas” (Miskolci, 2009, p. 152).

corpo era uma experiência viva da sua teoria; como estava entrelaçado com a sua pesquisa e transitava nessas construções na busca de um método.

É necessário, ainda, pensar sobre os diversos modos de sujeição em contato com as formas de padronização operadas dentro da modernidade, como substrato de uma normalização e uma normatização dos corpos. Ao discutir como os pensamentos vinculados ao direito e à medicina produzem regras que são aplicadas na construção dos corpos, também se demonstra como esses poderes podem controlar, mapear e higienizar as diversas realidades dos corpos. Por isso, os estudos foucaultianos têm reflexo nas proposições *queer*.

Michel Foucault não foi um pensador *queer*, uma vez que afirmar isso seria anacronismo,³ mas, como será demonstrado, exerce influência dentro dessa produção, principalmente daquela realizada no Norte (Perra, 2015). Essa influência se manifesta seja na maneira foucaultiana em conceber o método genealógico como uma forma de leitura-práxis do dispositivo da sexualidade, ou mesmo pela disposição de que a (homos)sexualidade é um produto da cultura, socialmente construída pelo paradigma moderno, como parte de uma rede dinâmica de campos dos saberes e poderes inter-relacionados (Foucault, 1997, p. 45-87; Spargo, 2017, p. 35-36).

A leitura de Foucault (2009) sobre o poder desloca algumas leituras hegemônicas e revela que seus escritos sofreram grandes influências de suas experiências pessoais (e as sádicas), implodindo as separações do sujeito e objeto de pesquisa. Com proposições que se interligam com a prática (Spargo, 2017, p. 35-36), Foucault entende que a produção científica também perpassa pela sua própria subjetividade (Spargo, 2017, p. 35-37). Seus escritos são grandes influências para o pensamento *queer*, para mostrar como a analítica de poder-saber é instrumento para enfrentar construções enérgicas (Spargo, 2017, p. 35-37).

Então, a presente pesquisa almeja apresentar o dispositivo da sexualidade nos escritos de Michel Foucault e os seus reflexos na construção dos paradoxos dessa juridificação dos corpos e das identidades, por meio da sua análise do poder, que, de forma resumida, também se trata de uma análise da sujeição. Visa-se também demonstrar como a teoria foucaultiana influenciou os escritos de Judith Butler (2003, 2019a, 2019b), que foi uma das pioneiras na pulverização da teoria *queer*.

A partir dos escritos dos autores, é possível inferir que o dispositivo da sexualidade é marcado pela exclusão do diferente e perpassa por relações de poder-saber que foram construídas a partir do discurso dominante, que

3 Pensar e estabelecer uma única linearidade a partir da introdução dos conceitos no mundo acadêmico também se mostra como uma forma de legitimar posições de saberes hegemônicos perante as/os outras/os. Entretanto, quando se traz o conceito em disputa do *queer* ou mesmo o “*to be queer*”, entendo que está articulado em um local de resistência, resignificação e potência para aquela/e sujeita/o identificada/o. É a tradução de luta, desordem, multiplicidades e desconstruções que são pautadas para aquela/e sujeita/o que reivindica um lócus específico.

molda comportamento e padrões desde a modernidade.⁴ A desnaturalização e desessencialização do gênero e do sexo são questões fundamentais para as discussões da teoria *queer*. Essas construções serão tensionadas nesta pesquisa.

1. MICHEL FOUCAULT E SEUS PORMENORES

Michel Foucault (2009) torna-se conhecido pela sua construção e reflexão sobre o poder. Embora o próprio afirme que seus estudos tratam da questão dos processos de subjetivação, o conceito de sujeito é tratado e perpassado pela construção da(s) subjetividade(s) e das relações de poder-saber⁵ (Foucault, 2009, p. 2).

De tal maneira, para Foucault, subjetivação é o processo de constituição do sujeito, sendo que não se tem um sujeito natural, pois este é “[...] modelado a cada época pelo dispositivo e pelos discursos do momento, pelas reações de sua liberdade individual e por suas eventuais estetizações [...]” (Veyne, 2011, p. 178).⁶

Foucault (2009, p. 2) estabelece que a construção das relações sociais passa pelo discurso. Por isso, o sujeito é inserido como epicentro da produção e significação, que se traduzem em complexas relações de poder. O sujeito está sempre ligado e relacionado a uma forma de saber, sendo que o poder se torna possível a partir dos conhecimentos que são instrumentalizados, justificando suas práticas, como questões ligadas a segregações, monitoramento, gestão dos corpos, arquitetura, aparatos sociais (Foucault, 2009, p. 2-4). Rafael Nogueira Furtado e Juliana Aparecida de Oliveira Camilo explicam⁷ o conceito de poder em Foucault:

Foucault recusa-se a pensar o poder enquanto coisa ou substância, as quais seriam possuídas por uns e extorquidas de outros. O poder opera de modo difuso, capilar, espalhando-se por uma rede social que inclui instituições diversas como a família, a escola, o hospital, a clínica. Ele é, por assim dizer, um conjunto de relações de força multilaterais [...] (Furtado; Camilo, 2017, p. 24).

4 Sílvia Federici (2017) mostra que este dispositivo tem suas raízes estabelecidas antes da modernidade na transição do mercantilismo para o capitalismo, a partir das construções dos corpos femininos. Longe de ser um processo planejado, essas insurgências podem ser plurais e diversas a partir da eleição daquela relacionalidade específica que é estudada/apresentada/estabelecida.

5 “Assim, não é o poder, mas o sujeito que constitui tema geral da minha pesquisa” (Foucault, 2009, p. 1).

6 Sobre o tema, sugiro a leitura das obras *Foucault: seu pensamento, sua pessoa* (Veyne, 2011) e *Micropolítica: cartografias do desejo* (Guattari; Rolnik, 2005).

7 Michel Foucault, em seus escritos, dificilmente apresenta o conceito do que é determinada construção, sendo que, na maioria das vezes, o autor aponta o que não seria aquilo que está demonstrando e analisa a sua construção social. Por isso, para uma melhor elucidação do tema, optei pela conceituação trazida por autores que comentam sua obra.

Foucault (2009) se interessa pelos modos de objetivação do sujeito, com enfoque no dispositivo de sexualidade. O sujeito aparece como objeto de uma determinada relação de conhecimento e de poder, que são as práticas em que o sujeito é dividido em si mesmo ou dividido em respeito dos outros. Ressalta-se, ainda, que Michel Foucault (2009) não tece uma teoria do poder ou do sujeito, visto que seu método genealógico de construção e escrita rejeita a ideia de teoria, por compreendê-la como uma construção cíclica, com conceitos e hipóteses igualmente fechados. O método genealógico é construído pelo autor para demonstrar como os problemas insurgentes no presente têm suas raízes em fatos sociais que não necessariamente respeitam a linearidade histórica ou que são oriundos de um mesmo fato específico.

Dessa maneira, proposições de saberes inaugurais, que também se desafiam como práticas, são questões encaradas tanto por Michel Foucault (2009) como pela teoria *queer*, que nasce das ruas e posteriormente é incorporada à academia, com pretensões de mudança social-estrutural-política-acadêmica-pessoal (Gomes Pereira, 2015). Então, percebe-se que essa mesma incursão dos saberes foucaultianos, em que são estabelecidos contatos com as suas experiências, também estão presentes nos estudos *queer*, tendo em vista que, muitas vezes, esses saberes, que vêm das ruas/guetos, eram considerados como um “não lugar” dentro do saber acadêmico (ou ainda são considerados).

Frente a isso, os escritos de Foucault (2008) trazem consigo uma análise daquela realidade por meio do método genealógico, que desoculta a forma como o poder-saber age dentro de determinadas estruturas. Seguindo esse método, há potenciais formas de (des)construções constantes de uma determinada realidade político-epistemológica. Isso se apresenta como uma ferramenta para os escritos que o sucederam.⁸

As (pro)posições deste artigo são retratadas confrontando o padrão das relações de poder-saber,⁹ em uma perspectiva *queer*, para pluralizar o sujeito epistêmico do direito. Diante disso, inicia-se pelo dispositivo de sexualidade para mostrar a centralidade, a propulsão e as formas como se relacionam com as leituras da teoria *queer*.

1.1. Dispositivo da sexualidade: Michel Foucault contou histórias?

Michel Foucault, por meio da sua analítica de poder-saber, buscou analisar a sexualidade como um discurso produtor de verdades e de corpos, estando relacionado a um mecanismo de poder desde o século XVIII

8 Destaco as construções de Judith Butler (2019a), Paul Preciado (2018) e Achille Mbembe (2016), que serão utilizados para a escrita deste texto e utilizam-se das ideias apresentadas pelo autor.

9 São adotadas as perspectivas poder-saber da mesma forma que foi utilizada por Michel Foucault (2009) e são expandidas no contexto em que se trata da sexualidade, como será apresentado.

(Foucault, 1999a, p. 229),¹⁰ definido como uma “[...] série de estudos a respeito das relações históricas entre o poder e o discurso sobre o sexo” (Foucault, 1997, p. 87). O autor percebe, a partir da genealogia, que a sexualidade é um constructo histórico-social e tem consigo um caráter regulatório (Foucault, 1997).

Dessa forma, ele faz um duplo movimento de desnaturalização da sexualidade trazendo-a como resultado de redes de poderes-saberes, investigando como elas são invisibilizadas e construídas a partir do desejo, o que permite que essas contradições se operacionalizem (Foucault, 1997, p. 82-87; Miskolci, 2017a, p. 87). A sexualidade é analisada com o objetivo de investigar a constituição do corpo do indivíduo moderno como unidade, em que a sua significação estaria justamente naquilo que se traz como o sexo (Duarte; Cesar, 2016, p. 942; Foucault, 1997, p. 143). Insta salientar que existe uma normalização dos modos de vida e de se relacionar que são constituídos como padrões.

[...] o “sexo” se encontra na dependência histórica da sexualidade. Não situar o sexo do lado do real e a sexualidade do lado das ideias confusas e ilusões; a sexualidade é uma figura histórica muito real, e foi ela que suscitou, como elemento especulativo necessário ao seu funcionamento, a noção do sexo (Foucault, 1997, p. 147).

Para a compreensão desse dispositivo, destaca-se o conjunto de aulas inaugurais no Collège de France, no ano de 1975, que resultou na obra *História da Sexualidade I: A vontade de saber* (1997), em que o autor se debruça, por meio do método genealógico,¹¹ sobre a análise da sexualidade “[...] como um ponto de passagem particularmente denso para as relações de poder [...]” (Foucault, 1997, p. 136).

Foucault (1999a, 2008), nessa oportunidade, questiona a naturalização da sexualidade, sua essencialização e construção como algo natural, como uma verdade da natureza, sendo concebida antes da própria construção da pessoa. A sexualidade é um produto cultural resultado de relações de poderes-saberes que não deve ser entendida como uma simples extensão do processo biológico ou apenas cromossômico (Butler, 2003; Foucault,

10 “Como se explica que, em uma sociedade como a nossa, a sexualidade não seja simplesmente aquilo que permita a reprodução da espécie, da família, dos indivíduos? Não seja simplesmente alguma coisa que dê prazer e gozo? Como é possível que ele tenha sido considerado como o lugar privilegiado em que nossa ‘verdade’ profunda é lida, é dita? Pois o essencial é que, a partir do cristianismo, o Ocidente não parou de dizer ‘Para saber quem és, conheças teu sexo’. O sexo sempre foi o núcleo onde se aloja, juntamente com o devir de nossa espécie, nossa ‘verdade’ de sujeito humano” (Foucault, 1999a, p. 229).

11 Tal método é traduzido por Paul Veyne como “[...] a história genealógica não é uma filosofia, ela estuda os fenômenos empíricos e não pretende descobrir a verdade total [...]” (Veyne, 2011, p. 127). Foucault inaugurou uma forma de investigação que parte do pressuposto da construção histórica dos objetos e dos sujeitos a serem investigados (Veyne, 2011). Ao reconhecer a historicidade dos sujeitos e dos objetos, ele analisou as condições de possibilidade do seu aparecimento em determinada época, bem como as condições sob as quais tais sujeitos e objetos tendem ao desaparecimento (Veyne, 2011).

1999a). “É o dispositivo da sexualidade que, em suas diferentes estratégias, instaura essa ideia ‘do sexo’” (Foucault, 1997, p. 144).

Para isso, o autor rejeita a hipótese repressiva da sexualidade sintetizada na frase “[...] pensar ao mesmo tempo o sexo sem a lei e o poder sem o rei [...]” (Foucault, 1994, p. 120), já que se deve libertar das representações do poder-saber ligadas às formas “jurídico-discursivas” (Foucault, 1997). Nesse momento é que se estabelece e se percebe que a construção do sexo é imbricada ao direito, pois o jurídico disciplina, produz e efetiva as leis do sexo dentro dos seus espaços de institucionalidades.

Foucault (1997) refuta a hipótese de que no discurso hegemônico e na linearidade da história que nos é apresentada não há menção da sexualidade nos séculos XVIII e XIX, pois há uma produção de verdades por meio dos discursos e, posteriormente, mediante saberes científicos localizados e com propósitos específicos de controle e higienização. Isso significa que existem grandes produções das sexualidades nas suas definições. Essas produções são demonstrações, incitações, inquietações e até transformações em fetiches das sexualidades plurais (Azevedo, 2016; Foucault, 1997, p. 44-76). O autor apresenta que:

É preciso abandonar, portanto, a hipótese de que as sociedades industriais modernas inauguraram um período de repressão mais intensa do sexo. Não somente assistimos a uma explosão visível das sexualidades heréticas, mas, sobretudo – e é esse o ponto importante – bem diferente da lei: mesmo que se apóie localmente em procedimentos de interdição, ele assegura, *através de uma rede de mecanismos entrecruzados, a proliferação de prazeres específicos e a multiplicação de sexualidades disparatadas* (Foucault, 1997, p. 76, grifo nosso).

Foucault considera a psicanálise como uma das herdeiras da tradição judaico-cristã, que enfatiza a ideia da repressão sexual e mantém essa construção no século XX (Foucault, 1997, p. 44-76; Miskolci, 2017a, p. 89). Essa proposição em relação à psicanálise, e em geral das ciências “psi”, decorre do entendimento do autor de que essas cumprem um papel de docilização das pessoas para o seu convívio em sociedade, por meio de dispositivos de controle (como remédios, métodos de tradução dos seus desejos ou mesmo os métodos corretivos) (Foucault, 1997, p. 22-48).

Em termos da sua análise genealógica, o autor verifica que no século XVIII se inicia um aumento da produção científica relacionada ao sexo, em que se tem uma intensificação do discurso indecente: “[...] incitação institucional a falar do sexo e a falar dele cada vez mais; obstinação das instâncias do poder a ouvir falar e a fazê-la falar ele próprio sob a forma da articulação explícita e do detalhe infinitamente acumulado” (Foucault, 1997, p. 22). Há,

portanto, uma racionalização do sexo e também sua institucionalização e sua inserção como uma utilidade pública:

Fortalecer e aumentar, pela sabedoria dos seus regulamentos, a potência interior de Estado e, essa potência consiste não somente na República em geral, e em cada um dos membros que a compõem, mas ainda nas faculdades e talentos de todos aqueles que lhe pertencem, segue-se que a polícia, deve ocupar-se inteiramente desses meios e fazê-los servir a felicidade pública. Ora, ela só pode atingir esse objetivo através do conhecimento que possui dessas diferentes vantagens. Polícia do sexo: isto é, necessidade de regular o sexo por meio de discursos úteis e públicos e não pelo rigor de uma proibição (Foucault, 1997, p. 28).

Assim, no século XIX, frente à sociedade ocidental, o dispositivo da sexualidade é hipervalorizado nas suas diversas relações como um ramo do conhecimento, o que também leva a um mapeamento dos seus possíveis desvios (Foucault, 1997, p. 22-28). Esse foi o objeto de investigação e produção científica foucaultiano: o controle pessoalizado dos indivíduos (Foucault, 1997, p. 48).

O segredo do sexo não é, sem dúvida, a realidade fundamental com relação à qual se situam todas as incitações a dele falar – que elas tentem quebrá-lo ou, de maneira obscura, o reconduzam pelo próprio modo com que falam. Trata-se antes de um tema que faz parte da própria mecânica das incitações: uma maneira de dar forma à exigência de falar dele, uma fábula indispensável para a economia indefinidamente proliferante do discurso sobre o sexo. O que é próprio das sociedades modernas não é que elas tenham destinado o sexo a permanecer na sombra, é que elas tenham se dedicado a falar dele sempre, fazendo-o valer como o segredo (Foucault, 1997, p. 48-49).

Para Foucault (1997, p. 47-50), no século XIX, foi recorrente a delimitação do que era a sexualidade e o que se podia ou não fazer¹² pelos mais diversos ramos do conhecimento. As produções cartográficas do corpo e das sexualidades demonstraram quais são suas limitações e suas formas de controle (Foucault, 1997, p. 47-50). No século XIX, houve a constituição do sujeito moderno como sujeito de uma sexualidade, em que se debate na biologia, medicina e psicologia (com as ciências psi, em especial

12 A ideia do que se pode ou não fazer dentro das sexualidades era mapeada por uma noção de normalidade dentro da relação sexual e o sexo era apenas para a reprodução, como uma forma de condenar o prazer, especialmente o feminino.

a psicanálise freudiana)¹³ (Foucault, 1997, p. 47-60) para trazer concepções de seu uso, ou mesmo uma cisão do sujeito com o seu inconsciente. Nesse momento, parece que os olhares do saber se voltam para a forma do prazer e dos corpos (Foucault, 1997, p. 144), com uma finalidade de mapeamento e controle desses.

Na modernidade, a anatomia do corpo é definida e cartografada a partir de funções específicas: todo o corpo é significado a partir de funções (Foucault, 1997, p. 141-144). Essa funcionalização é voltada, quanto à sexualidade, para um fim único, isto é, para a lógica da reprodução (Foucault, 1997, p. 141-144). Essa funcionalização é descrita como o:

Modo [que se articulam dispositivos de poder diretamente ao corpo a corpo, a funções, a processos fisiológicos, sensações, prazeres; longe do corpo ter de ser apagado, trata-se de fazê-lo aparecer numa análise em que o biológico e o histórico não constituam sequência, [...] mas se liguem de acordo com uma complexidade crescente à medida em que se desenvolvam as tecnologias modernas de poder que tomam por alvo a vida (Foucault, 1997, p. 142).

Igualmente, verifica-se a existência do homem e da mulher com uma diferença sexual criada no século XIX, a partir da anatomia pelo dimorfismo (Federici, 2017, p. 141-145; Foucault, 1997). É o que se chama de criação do útero, em que a mulher passa a ser o receptáculo e geradora de filhas/os e isso a aprisiona dentro do lar¹⁴ (Federici, 2017, p. 33-36; Foucault, 1997, p. 141-145). No espaço público, as mulheres são concebidas como uma pequena manufatura de filhas/os,¹⁵ tendo em vista a devastação da Europa pela peste e também pela Guerra dos 100 anos, de forma que as tecnologias de dominação se modificam nessa relação (Federici, 2017, p. 144-145; Foucault, 1997, p. 141-145)

Já para o homem, a busca pela autonomia é subsidiada pela modernidade patriarcal, em que ele deveria trabalhar para garantir o sustento da sua família heterossexual, que formava com a mulher e suas/seus filhas/os (Federici, 2017, p. 33-36; Foucault, 1997, p. 232). “Para que o Estado funcione como funciona, é preciso que haja do homem à mulher ou do adulto à criança relações de dominação bem específicas, que têm sua configuração própria e sua relativa autonomia” (Foucault, 1997, p. 232).

13 “Se antes de Freud o sexo era reduzido a meras funções de ‘reprodução’, com suas ‘localizações anatómicas imediatas’, em suma, se ele era pensado como fenômeno restrito a um ‘mínimo biológico — órgão, instinto, finalidade’” (Foucault, 1999a, p. 142), com Foucault chegaríamos ao ponto inverso em que se poderia falar de um excesso da sexualidade sem que jamais se pudesse vinculá-la ao sexo. Seguindo-se o fio condutor dessa crítica chegaríamos à paradoxal conclusão de que, no pensamento de Foucault, prevaleceria algo como “uma sexualidade sem sexo” (Duarte; Cesar, 2016, p. 951).

14 Essa constatação de Michel Foucault (1997, 2009) está relacionada com a sua leitura epistêmica da Europa ligada às mulheres brancas e burguesas, em sua análise que também reflete a formação do sujeito moderno com as raízes ligadas ao seu local de escrita.

15 Quando se traz para a realidade brasileira com suas raízes escravocratas, é possível constatar que as mulheres negras ainda eram entendidas como objeto e não como um sujeito, sendo que eram impostas metas de reprodução e aquelas eram submetidas às diversas explorações dos seus corpos (Davis, 2016).

A invenção da homossexualidade patológica é também datada no século XIX (Foucault, 1997, p. 44-48), conforme Foucault: “A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androginia inferior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie” (Foucault, 1997, p. 44).

Essa frase não está relacionada apenas com a introdução do termo por um cientista, mas também com uma ótica de análise das relações de poder-saber-prazer¹⁶ sobre o corpo de um indivíduo sexodissidente (Foucault, 1997, p. 44-48). Antes havia a prática reiterada de sodomia, mas neste século o que se vê é a produção da forma correta de se praticar sexo, a qual exclui os homossexuais do âmbito da normalidade (Foucault, 1997, p. 133-139). O cumprimento do destino biológico dos corpos feminino e masculino (dimorfismo) transforma a prevalência em regra para atingir a finalidade da reprodução (Foucault, 1997, p. 133-139).

Então, o dispositivo de sexualidade “[...] seria como uma rede de saberes e poderes que se apropriam do corpo em sua materialidade viva e, assim, o investem de significação e inteligibilidade” (Cesar; Duarte, 2017, p. 243). Esse dispositivo é capaz de produzir efeitos de normalização e patologização sobre os indivíduos e também sobre as populações (Cesar; Duarte, 2017; Foucault, 1997, p. 133-139). Esse é o nome que se poderia dar a um dispositivo histórico:

A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas estratégias de saber e de poder (Foucault, 1997, p. 139).

Dispositivo é uma ferramenta conceitual para se pensar a realidade contemporânea, sendo que: a) pode ser de forma não hierárquica, dialógica e heterogênea a interação com a realidade; b) é um tipo de formação em determinado momento histórico para responder a alguma urgência; ou c) é um conjunto que engloba discursos, instituições, estudos científicos, regulamentos, leis, arquiteturas (Foucault, 1997, p. 44-60, 1999b, 2008). O importante é trazer esses dispositivos, especialmente o da sexualidade, para a análise de qual forma e de que maneira se tem a produção de corpos por essa realidade, em que o ser é definido pela sua sexualidade (Foucault, 1997, p. 44-49).

O dispositivo de sexualidade inaugura uma relação entre poder-prazer-saber em que o corpo se mostra como resultado de conhecimentos que

16 Como traz Foucault (1997, p. 75): “[...] saber do prazer, prazer de saber o prazer, prazer-saber [...]”.

atuam sobre a sua construção (Foucault, 1997, p. 44-49). Dessa forma, o “[...] dispositivo de sexualidade é produzido a partir do corpo; não é extraído dele como se revelasse sua verdade recôndita por meio de um discurso científico que finalmente foi capaz de atingir sua essência” (Adverse, 2016, p. 940).

Portanto, por tudo o que foi apresentado, denota-se que a sexualidade é lida como um dispositivo pela sua complexidade de análise e inter-relação com outros âmbitos, mas, ao mesmo tempo, é estrutural e estruturada por discursos de poder, que reafirmam uma hegemonia construída para finalidades específicas de controle, mapeamento e higienização (Foucault, 1997, p. 44-49), como será observado no próximo tópico.

1.2. Biopoder e sua relação com a sexualidade

Antes de entrar nas questões relacionadas aos corpos e ao dispositivo de sexualidade, cumpre destacar um ponto da analítica de poder-saber foucaultiana, que é o biopoder, sendo, em uma definição simplista, uma parte do domínio da vida em que o poder está no controle (Foucault, 1999b). Michel Foucault (1999b) ainda o divide em poder disciplinar e biopolítica, para a compreensão das relações perpassadas nas técnicas sobre os indivíduos e sua relação com a população, respectivamente.

O corpo dos indivíduos na dimensão do poder disciplinar é controlado e normalizado para exercer um tipo de sexualidade cis-hetero-centrada, em que o pensamento é voltado sobre o indivíduo para a docilização dos corpos (Foucault, 1999b). Trata-se de um corpo construído, formado, que deve ter qualidades e funções para ser capaz de exercer um trabalho de forma maximizada, com o menor esforço e com a máxima rentabilidade (Foucault, 1997; Foucault, 1999b). É nos regimes disciplinares que se tem a repetição criada, gerida e sustentada com rituais que produzem as estilísticas estéticas, comportamentais e produtoras daquela subjetividade (Butler, 2019, p. 69; Foucault, 2013). Entretanto, transparece no livro *A História da Sexualidade I: A vontade do saber* que o poder não é suficiente para descrever toda a realidade proposta, tendo em vista que

[...] da atuação de um poder que já não tratava simplesmente de disciplinar e regerar comportamentos individuais, mas que pretendia normalizar a própria conduta da espécie ao regerar, manipular, incentivar e observar fenômenos que não se restringiam mais ao homem no singular [...]
(Duarte, 2008, p. 3).

Dessa maneira, é necessário estudar a multiplicidade de pessoas em suas ações de conjunto, que é a população, a qual é definida como “corpo-espécie” (Foucault, 1997). Esse estudo da população é um estudo

dos processos biológicos inerentes à vida (Foucault, 1997). A biopolítica é uma das formas de relação do poder que se ocupa da análise de como o corpo social da modernidade é afetado pelos processos da própria vida e, conseqüentemente, da morte (Foucault, 1999b). O corpo vivo é o objeto da política, sendo um processo de fabricar, estabelecer disciplinas e funções, bem como atribuir modos de produção (Preciado, 2020). Como traz Preciado:

Para Foucault, as técnicas governamentais biopolíticas se estendem como uma rede de poder que transbordava a esfera legal ou a esfera punitiva, tornando-se uma força “somatopolítica”, uma forma de poder espacializado que se estendia por todo o território até penetrar no corpo individual (Preciado, 2020).

A compreensão das relações inerentes à população é complexa e deriva de uma combinação de elementos para compará-los, defini-los, quantificá-los e mostrar todos os seus detalhes em gráficos e estatísticas, sempre buscando um ponto de normalidade que é aceitável para o seu equilíbrio (Foucault, 1997). Particularmente, esse é um ponto ótimo que trabalha com a descartabilidade de vidas que não importam nesses processos; é um gráfico ideal que aceita a morte de pessoas como números, ignorando suas relações. É a matemática seca de números que estabelece vidas que importam e vidas que não importam. Esses gráficos, que deveriam traduzir o poder da vida, trazem em si o racismo de estado sobre quais vidas são aceitáveis de se perder para o sustentáculo dessa população (Foucault, 2008). “O racismo é o meio de introduzir, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte entre o que deve morrer e o que deve viver” (Foucault, 1999b, p. 214).

O Estado administra a vida dos cidadãos por meio do controle das instituições, fazendo com que uma classe de indivíduos seja desvalorizada (Foucault, 1999b), tornando-se até invisível e insignificante para a sociedade, muitas vezes abjeta¹⁷ (Kristeva, 1980).

[...] a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Logo, depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante modo da individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante, mas que é massificante [...] que se

¹⁷ Esse termo será explorado e definido em outras passagens do texto.

faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie. Depois da anátomo-política do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, algo que *já não é uma anátomo-política do corpo humano, mas que eu chamaria de uma “biopolítica” da espécie humana* (Foucault, 1999b, p. 289, grifo nosso).

Para Foucault (1999b), a biopolítica não exclui o poder disciplinar, sendo que ambos constituem o biopoder e estão associados ao contexto capitalista. Dessa maneira, na dimensão biopolítica é produzido o direcionamento de qual é o espaço para cada corpo (ou o modo como aqueles corpos serão tratados) e na dimensão disciplinar se produzem os controles sobre o modo do corpo e sua melhor performance individual (Foucault, 1997, 1999a).

O dispositivo da sexualidade age sobre os corpos para produzir um eixo uniforme, sendo que essa sexualidade gera redução e formação cultural daquele corpo no contexto no capitalismo moderno (Butler, 2019, p. 69; Foucault, 1997, p. 43-48). Sobre essa associação:

O capitalismo, assim, associado à introdução da vida no domínio do poder e do saber, das técnicas políticas. A partir de certo domínio sobre a vida, através do desenvolvimento de conhecimentos sobre a mesma, e a partir da fixação de medidas que visavam a vida e a sobrevivência; as iminências da morte eram afastadas. Os processos da vida são objetos de uma tentativa de controle e modificação por parte do poder-saber. Trata-se de um marco paradigmático na história, a primeira vez que o biológico reflete-se no político. O viver, parcialmente, nos procedimentos de poder-saber. *O poder é exercido sobre a vida, o que lhe dá o acesso ao corpo*. Entretanto, tais tecnologias políticas vão incidir, além de sobre o corpo e saúde, sobre a alimentação do indivíduo, habitação, condições de vida; *sobre toda a sua existência* (Azevedo, 2016, p. 26, grifo nosso).

Observa-se que o sexo se tornou um lócus do controle disciplinar do corpo e da regulação dos fenômenos da população (por meio da biopolítica), constituindo-se no que o autor denominou como dispositivo da sexualidade (Duarte, 2008, p. 3). Assim, quando se trata do sujeito ocidental na modernidade, a sexualidade é produzida por uma rede de saberes-poderes que resultam em um significado do coletivo (Duarte, 2008, p. 3), não homogêneo e plural.

Depois de apresentado o dispositivo da sexualidade sob a análise foucaultiana, cabe agora analisar as conexões dos escritos do filósofo com a teoria *queer*, demonstrando as suas relações e conexões como pontos insurgentes.

2. MICHEL FOUCAULT E SUA INFLUÊNCIA NA TEORIA QUEER: ALÉM DO DISPOSITIVO DA SEXUALIDADE

Em uma tentativa de aproximar Michel Foucault da teoria *queer*, cita-se o conceito cunhado pelo autor de sexualidades periféricas:

Esta nova caça às sexualidades periféricas provoca a incorporação das perversões e nova especificação dos indivíduos. A sodomia – a dos antigos direitos civil ou canônico – era um tipo de ato interdito e o autor não passava de seu sujeito jurídico. O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as suas condutas já que ela é o princípio insidioso e infinitamente ativo das mesmas; inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo já que é um segredo quase trai sempre como natureza singular (Foucault, 1997, p. 43).

As perversões seriam todos aqueles comportamentos não padronizados (ou não considerados padronizados), que são tipificados como crime, doença, aberração. Tais comportamentos são confinados à exclusão social (Foucault, 1997). A tentativa das ciências biológicas em mapear e designar tais construções são derivadas de suas existências, que pretendem reprimir (Foucault, 1997).

Assim sendo, o objetivo não é apenas condenar essas “perversões”, mas ter uma gestão e controle sobre aqueles comportamentos (Foucault, 1997). Então, é realizado o mapeamento, a catalogação e a especificação das múltiplas sexualidades, pois, ao eleger um tipo de comportamento padrão, as diversas formas de sexualidades que divergem deste são excluídas (Azevedo, 2019, p. 34-36; Foucault, 1997). Trata-se de um controle do saber-poder-prazer dessas sexualidades e do material fornecido por aquele dizer sexual (Foucault, 1997).

Entretanto, em uma vertente relacional e da multiplicidade das redes do poder-saber¹⁸ (que estão presentes em todos os lugares e são constitutivas daquela organização), a tentativa de reprimir acontece em uma dialética de

18 Gilles Deleuze, em seu livro Foucault, traduz as relações de poder-saber de uma forma simples “[...] ele [o poder] é uma relação de forças” (Deleuze, 2005, p. 77). Por sua vez, Helton Adverse (2016, p. 935) resume as citações de Michel Foucault na obra *História da sexualidade I: A vontade do saber*: “Foucault define o poder, como vimos, como ‘multiplicidade de relações de força imanentes ao campo em que elas se exercem’. Em seguida, ele afirma que o poder é também ‘o jogo que, por via de lutas e enfrentamentos incessantes, as transforma, as reforça, as inverte’; ele é, ainda, ‘os apoios que essas relações de força encontram umas nas outras, de maneira a formar cadeia ou sistema, ou, ao contrário, os deslocamentos, as contradições que as isolam umas das outras’. Por fim, o poder implica as estratégias ‘nas quais elas adquirem efeito, e cujo desígnio geral ou a cristalização institucional ganham corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemônias sociais’”.

propulsão e de resistência¹⁹ (Foucault, 1997, p. 121-122). Quanto mais se estuda, se escreve, se fala, se reprime, mais se difunde aquele comportamento que pode ser acessado por meio do instrumento que é feito para diagnosticar (Foucault, 1997). “Contra o dispositivo da sexualidade, o ponto de apoio de contra-ataque não deve ser o sexo-desejo, mas os corpos e os prazeres” (Foucault, 1997, p. 147). Esse é um dos pontos de insurgência que é levantado pela teoria *queer*.

Isso acontece com o estudo e a definição da homossexualidade,²⁰ que abrem brechas para uma identificação enquanto um mesmo grupo que realiza práticas e comportamentos comuns dentro do sexo. O movimento homossexual ressignifica a exclusão e a designação comum para lhes atribuir força, para se unirem e lutarem juntos contra aquela sociedade heterocentrada²¹ (Azevedo, 2019).

Michel Foucault, no seu curso posteriormente intitulado *Os anormais*, traz a discussão relacionada a pessoas “hermafroditas”, hoje chamadas de intersexuais, em que analisa como essas foram tratadas como pessoas desviantes ao longo da história, percebendo-se uma mudança de tratamento usualmente modificada de uma anomalia da natureza para um discurso médico (Foucault, 2001, p. 89-95). A autora Maria Rita Assis César chega a essa mesma conclusão em sua análise da obra do autor:

No transcurso daquele período histórico, o que o autor percebeu foi um deslocamento em relação à abordagem da questão, isto é, gradualmente o/a hermafrodita deixava de ser tomado/a como um monstro da natureza e passava a ser tomado/a como um caso médico, uma anormalidade anatômica e fisiológica e, sobretudo, um caso que não estaria fora da natureza, mas que se tornaria uma monstruosidade de caráter, o que, mais tarde, iria aproximá-lo da criminalidade (Foucault, 2001, p. 93). Assim, as condenações posteriores ao exame médico, já a partir do século XVIII, possuem o sentido de uma reintegração ao sexo verdadeiro. Há uma enorme preocupação com a vestimenta, que deveria ser condizente com o sexo determinado pelo saber médico e, sobretudo, que o casamento fosse realizado com um indivíduo do sexo oposto (César; Duarte, 2017, p. 245).

Os discursos de normalização e de patologização médica podiam condenar essas pessoas intersexuais como filhos do crime, ou mesmo

19 Sobre o tema, convém destacar a máxima foucaultiana: “Onde há poder, há resistência” (Foucault, 1997, p. 125).

20 *Em História da sexualidade I: A vontade do saber*, o autor analisa a criança masturbadora, a mulher histórica, o jovem homossexual e o casal não malthusiano (Foucault, 1997).

21 Não se entende que se trata não de uma construção benéfica, mas sim de um processo histórico, que será problematizado em tópicos posteriores, pela sua busca centrada em reconhecimento de direitos de uma forma também hegemônica, em um paradigma ainda cis-heteronormativo.

criminosos, uma vez que sua “[...] disposição anatômica, seu próprio ser, embaraçava a lei que distinguia os sexos e prescrevia sua conjunção” (Foucault, 1997, p. 30).

Dessa forma, percebe-se que a conexão dos estudos de Michel Foucault (1999a, 1999b) com a teoria *queer* – além de ambos serem lócus de produção e resistência – é a exposição de que o que é considerado normal, comum ou mesmo padronizado trata-se de um processo de exclusão sistemática, que é legitimado por saberes específicos, lidos e relidos pelas construções relacionais do poder. Existe um processo de crítica que é o deslocamento das perguntas tradicionais sobre o que são essas/es sujeitas/os estranhas/os para demonstrar que a própria construção da estranheza é um processo hegemônico que opera e institui exclusões. Como é lembrado por Foucault (1997, p. 30-35), a investigação científica pautada no método cartesiano e a supervalorização desse modelo de ciência levam a conclusões que consideram somente pontos em comum.

A teoria *queer* se baseia nessas proposições de deslocamento do epicentro das perguntas que são feitas pela ciência, para demonstrar que é a partir de uma normalização que as barreiras são estabelecidas. Essa teoria se vale do trabalho realizado por Foucault para demonstrar a sexualidade enquanto um dispositivo histórico de poder, para tentar lançar novas perspectivas de transformação cultural e social (Lacerda, 2020, p. 13).

Diante desse contexto dialógico entre os estudos foucaultianos sobre sexualidade e a teoria *queer*, a produção de Judith Butler é um dos principais expoentes teóricos, denunciando a essencialização do gênero como categoria central e elaborando pressupostos para tensionar o que seria a cis-heteronormatividade.

3. JUDITH BUTLER LEITORA DE FOUCAULT

Judith Butler representa a primeira virada filosófica da teoria *queer*. A autora, mediante o denominado giro performativo, questiona a concepção de sexo entendido como biológico ou ontológico (Navarro, 2020, p. 19). A autora (2003, p. 9-14) retoma em *Problemas de Gênero* o mesmo exemplo das pessoas intersexuais para trabalhar as questões afetas ao gênero, para além do sexo, bem como para mostrar uma não adequação essencial ao sistema sexo-gênero-desejo. Butler (2003, p. 12-17) considera que os corpos são sexuados e generificados inexoravelmente, sendo que são constituídos dentro de uma determinada cultura e permeados por dispositivos que normalizam a heterossexualidade e as identidades binárias. Logo, para a filósofa, todas/os aquelas/es que fogem da lógica cis-heteronormativa são consideradas/os como loucas/os, criminosas/os ou excluídas/os, o que demonstra uma

influência dos escritos de Michel Foucault (1999a), mas, ao mesmo tempo, aborda saltos teóricos distintos.²²

Butler (2003, p. 9-12), em conformidade com a visão foucaultiana, compreende o poder como algo constitutivo, relacional e que molda as/os sujeitas/os na sua condição de existência, trajetória e desejo. A autora entende a sujeição como um processo em que se produz o sujeito por meio da dependência fundamental do discurso que não é escolhido, e que, em um processo antagônico, constitui e sustenta as ações das/os sujeitas/os. Judith Butler parte de uma afirmação foucaultiana para entender por que a concretização de uma estrutura binária está intrínseca ao conceito de gênero:

[...] explicar as categorias fundacionais de sexo, gênero e desejo como efeitos de uma formação específica do poder supõe uma forma de investigação crítica, a qual Foucault, reformulando Nietzsche, chamou de “genealogia”. A crítica genealógica recusa-se a buscar as origens do gênero, a verdade íntima do desejo feminino, uma identidade sexual genuína ou autêntica que a repressão impede de ver; em vez disso, *ela investiga as apostas políticas, designando como origem e causa categorias de identidade que, na verdade, são efeitos de instituições, práticas e discursos cujos pontos de origem são múltiplos e difuso* (Butler, 2003, p. 9, grifo nosso).

Dessa forma, para Butler, o gênero é considerado inteligível a partir do instante em que está dotado de coerência e linearidade entre o sexo, a prática sexual e o desejo (Butler, 2003, p. 9-14). A partir de uma genealogia crítica do binarismo de gênero, a autora critica a distinção sexo-gênero e as construções que demonstram o sexo como natural ou pré-discursivo.

Butler empreendeu uma crítica radical à política de identidade construída por parte do movimento feminista, por considerá-la essencialista, naturalizante e assimilacionista. Embora a filósofa norteamericana reconheça o lugar estratégico dessa política na afirmação e na ocupação de (outros) lugares políticos e sociais, ela questionou se tal política produziu um efeito regulador e excludente ao afirmar, contornar, limitar, restringir uma posição unificadora de sujeito (Veras, 2015, p. 38).

Apresentar a linearidade desses discursos sobre sexo-gênero-desejo como um regime de verdade é uma das estratégias utilizadas para corroborar com estruturas rígidas (como heterossexualidade compulsória

22 Noutro giro, Butler critica Foucault que, na sua obra de introdução do hermafrodita, se contradiz ao demonstrar, por meio da sua compreensão do suposto desaparecimento do sexo de Herculine como um limbo de uma não identidade, um deleite sentimental (Butler, 2003; Perelson, 2004). Na obra Problemas de Gênero, a autora sustenta que existe uma pressuposição discursiva da condição universal do sujeito, defendendo que esse tema tem uma integridade pré-social e anterior a seus traços de gênero (Butler, 2003; Perelson, 2004).

e falocentrismo) (Butler, 2003, p. 10-15). Isso provoca, portanto, uma impossibilidade de existência em decorrência de uma falha ou defeito ao desenvolvimento do que se compreende como normal de tudo e todas/os aquelas/es que rompem com essa coerência entre o gênero, o sexo e o desejo (Butler, 2003, p. 9-15).

Daniel J. García López (2016) entende, ao analisar a obra de Butler, que isso seria uma demonstração da aliança entre a medicina e o direito. O autor apresenta os atos de paródia que Butler propõe como apontamento para a confirmação da estrutura performativa, localizando nas travestis os processos de configuração do gênero, uma vez que a pessoa travesti, implicitamente, acabaria por evidenciar a estrutura de imitação que o gênero possui (López, 2016, p. 328-330). Não se pode falar em um gênero original, uma vez que esse não existe, mesmo que a lei tente reiteradamente incutir a ideia de um gênero original e natural. A paródia aponta a inexistência de elementos fixos, prévios ou ontologicamente naturais (López, 2016, p. 328-330).

Butler insere o gênero em uma posição central para ampliar a análise do dispositivo da sexualidade. Para a filósofa, o gênero é uma construção performativa (ou um efeito performativo), diferindo-se de uma construção natural (Butler, 2003, p. 9-22; Spargo, 2017). A performatividade, para Butler (2003), é a reiteração ritualizada de formas particulares e específicas de comportamento, que constroem efeitos sociais pelo discurso, que, muitas vezes, são as associações dadas a um mesmo signo que é nomeado. A política performativa, proposta por Judith Butler, atua para romper essas pretensas fundações naturais, que presumem que a identidade é um elemento existente desde o início, sendo essa a forma de se quebrar a equivalência entre a natureza e a segurança jurídica (López, 2016, p. 328-330).

As performatividades de gênero que se articulam fora desse sistema binário são presumidas como identidades transtornadas, como é o caso das pessoas transgênero, intersexuais, lésbicas, gays e bissexuais (Butler, 2003, p. 45-48). Conforme traz a autora:

O gênero mostra ser performativamente no interior do discurso herdado da metafísica da substância - isto é, constituinte da identidade que supostamente é. Nesse sentido, o *gênero é sempre um feito, ainda que não seja obra de um sujeito tido como preexistente à obra*. No desafio de repensar as categorias do gênero fora da metafísica da substância, é mister considerar a relevância da afirmação de Nietzsche, em *A genealogia da moral*, de que “não há ‘ser’ por trás do fazer, do realizar e do tornar-se; o ‘fazedor’ é uma mera ficção acrescentada à obra - a obra é tudo”. Numa aplicação que o próprio Nietzsche não teria antecipado ou aprovado, nós afirmariamos como corolário: *não há identidade de gênero por trás das expressões do gênero*;

essa identidade é performativamente constituída, pelas próprias 'expressões' tidas como seus resultados (Butler, 2003, p. 48, grifo nosso).

Um exemplo, como lembrado acima, dessa performatividade, são as travestis que, por meio de dispositivos formados pela tecnologia de gênero²³ (Laurentis, 1990), os quais são criados a partir do binarismo, perturbam as normas culturais de masculino e feminino para performar outro gênero, reivindicando tal transgressão para a viabilidade da sua existência. Nesse sentido, desejam ser tratadas no feminino; podem desenvolver mudanças em seus corpos; criam linguagens próprias; usam roupas, sapatos femininos e maquiagens para reinventar o seu papel social por meio de uma nova socialização, subvertendo processos sociais de fabricação dos seus corpos (Benedetti, 2005). De tanto se fazer mulher, performar o signo mulher, elas desafiam o que seria o feminino como prática (Vencato, 2009). Tanto o vestido quanto o hormônio são extensões do corpo (Hanna, 2020).

“Ser travesti” é um processo, nunca se encerra. Construir um corpo e cuidar deste é uma das maiores preocupações das travestis. Estão sempre buscando o que elas chamam de “perfeição”, o que significa “passar por mulher”. Não por qualquer mulher, mas uma bonita e desejável. Isto é: a branca e burguesa. Em busca dessa imagem afinam suas trações, bronzeiam seus corpos, adornam-se com roupas que remetem a mulheres glamorosas, escolhem nomes comuns a atrizes e musas hollywoodianas ou cantoras pop. Desta forma não subvertem a norma, mas elas se submetem. Se “ser travesti” é algo continuado e sem fim, este processo tem um começo, que se divide em algumas etapas. A primeira delas (1) é quando ainda se é “gayzinho” (classificação êmica), ou seja, já se assumiu a orientação sexual para familiares e para a “a sociedade” (como elas dizem, ou seja, para um conjunto mais abrangente de pessoas), mas ainda não se vestem com roupas femininas ou ingerem hormônios. Segue-se, então, (2) a fase do “montar-se”, o que significa no vocabulário próprio do universo homossexual masculino, vestir-se com roupas femininas, maquiarse de forma a esconder a marca da barba, ressaltar as maçãs do rosto, evidenciar cílios e pálpebras além da boca. Vestir-se com roupas femininas é, algo ocasional, de tom furtivo, restrito a momentos de lazer ou noturnos. O terceiro momento é o da (3) “transformação”. Esta é uma fase mais nuançada, pois tanto pode envolver depilações dos pelos do corpo e vestir-se cada vez mais frequentemente como mulher, como pode indicar o momento inicial de ingestão de hormônios, quando estes não produziram efeitos perceptíveis; e, finalmente, (4) a quarta etapa,

23 As tecnologias de gênero são produções a partir das normas de gênero e também daquilo que representa as diferenças do sistema de gênero, com destaque para a família, a mídia e a cultura (Laurentis, 1990).

quando já se é travesti. Pois além do consumo de hormônios, vestem-se todo tempo com roupas femininas (sobretudo roupas íntimas, pois pode estar de shorts, sem camisa, mas de calcinha, e, no mínimo, já se planeja injetar silicone nos quadris e nádegas (Pelúcio, 2005, p. 98).

Butler entende que o sujeito é um devir discursivo, imposto a situações que processam a sua subjetivação (Butler, 2003, p. 23-27), sendo que essa referência linguística quanto aos corpos não é descritiva e sim performativa, como os termos apresentados acima (Díaz, 2013, p. 443). “Butler destaca que a ação do sujeito é interna e não externa ao poder e que, por isso, a capacidade de ação não pode se conceber a partir do ângulo do sujeito voluntarista, livre para escolher incondicionalmente. Porém ele tem força para atuar” (Díaz, 2013, p. 447).

Consequentemente, existe um corpo discursivo que é subjetivado a partir das suas vivências e das suas experimentações, o que revela também a potência da transgressão das normas (Butler, 2003, 2017). O corpo pode se tornar livre para viver experiências, desejos ou fantasias e estaria passível a diversas identificações, enquanto corporeidade discursiva (Butler, 2003, p. 23-27; Díaz, 2013, p. 443-445).

A construção do sujeito traz consigo um modo de operar que estabelece o que é humano inteligível e o que é abjeto.²⁴ A performatividade dessa construção deve ser entendida como um conjunto de atos que é causado pelo sujeito, como parte de um processo que, no percurso do seu tempo, funciona pela reiteração, composição e citação de normas, que fazem parte daquela formação do sujeito sexuado e generalizado (Butler, 2003, p. 9-23; Díaz, 2013, p. 443-445). Reitero que a afirmação do sexo ocorre sempre dentro de um processo discursivo de materialização (Butler, 2003; Díaz, 2013, p. 443-445).

Judith Butler (2019b) retoma a discussão da materialidade dos corpos em *Corpos que importam*: os limites discursivos do sexo,²⁵ escrito em 1993, questionando qual seria essa materialidade atribuída a cada um dos corpos. A autora afirma que o que controla os corpos e seus movimentos é material, mas a materialidade é pensada como um efeito produtivo do corpo (Butler, 2019b). O próprio sexo não pode ser entendido separadamente da

24 “O entrelaçamento das citações pode ser desfeito em favor de outorgar significação a corpos e estilos da vida que a lógica simbólica hegemônica excluiu como abjetos para fortalecer, por esse meio, o valor daqueles corpos normativos que foram designados, materializados, como corpos que importam” (Díaz, 2013, p. 447). Corpos abjetos são corpos ininteligíveis, corpos que não importam, construídos performativamente em um processo discursivo que mostra quais corpos são vidas possíveis (Butler, 2019b; Díaz, 2013, p. 451).

25 O título em inglês desse texto é *Bodies that matter* e tem uma construção relacionada com o termo “importam”: o verbo “to matter” significa importar, ter importância, e o substantivo “matter” significa matéria. Então, o termo está correlacionado com a ideia da autora de “corpos que pesam”, de forma que a tradução perde o potencial dessa ressignificação e desse agenciamento do termo. No Brasil, tem-se a tradução do capítulo introdutório como “Corpos que pesam” em *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*, de organização de Guacira Lopes Louro (2004).

materialidade imposta ao corpo, sendo que para Butler: “[...] o ‘sexo’ é [...] uma das normas pelas quais o ‘alguém’ simplesmente se torna viável, é aquilo que qualifica um corpo para a vida no interior do domínio da inteligibilidade cultural” (Butler, 2019b, p. 15).

A filósofa reforça que o sexo é, desde o início, normativo, sendo entendido a partir de Foucault como um ideal regulatório, como uma prática regulatória que traz consigo a produção dos corpos que governa como uma espécie de poder produtivo (Butler, 2019b). “Em outras palavras, o ‘sexo’ é um constructo ideal que forçosamente materializado ao longo do tempo” (Butler, 2019b, p. 16).

A autora propõe o conceito de agência em que todas as categorias sociais são constructos discursivos contínuos (sendo formados e produzidos de maneira constante), que atendem a uma norma cultural masculina, branca, eurocêntrica, cis-heteronormativa, e, portanto, não são naturais ou pré-constituídas (Butler, 2003, 2019a). Ela demonstra, no mesmo sentido de Michel Foucault, que não existe uma essência do sujeito e que isso é construído e formado por um discurso dominante.

Então, é possível performá-las de maneiras não binárias, de formas inesperadas e subversivas (Butler, 2003), pela dessencialização ou pela desnormalização da sociedade, posto que a regra é colocada como o normal. Essa formulação traz em si algo muito potente para a produção ontológica de um campo de contestação (Butler, 2003, p. 279), visto que se pode utilizar dessa mesma reiteração de atos para impedir que persistam formas habitualmente construídas de exclusão e de produção de corpos abjetos e corpos que importam (Butler, 2019b, p. 277-280; Díaz, 2013, p. 447-450). A autora argumenta que isso pode ser feito por processos discursivos, que mostram a existência de ações e atividades que consideram corpos como não visíveis e vidas não vivíveis (Butler, 2019b, p. 277-280; Díaz, 2013, p. 447-450).

Tendo em vista que não existe nenhuma escolha livre, pois todas/os estão inseridas/os dentro do discurso culturalmente e historicamente produzido, a subversão deve ocorrer no interior das estruturas discursivas existentes (Butler, 2003, p. 9-23). O conceito de agência trata da possibilidade de subverter a norma-lei-discurso dominante para fazê-la se voltar contra si mesma, visando fins políticos e radicais (Butler, 2003, p. 9-23). As normas são deslocadas ao desassociar o signo do seu significado ou ao resignificar tais relações na ordem simbólica da linguagem: o agenciamento envolve reterritorializações agressivas das conexões das categorias sociais ou arranjos sociais que desafiam toda a construção normativa.

Dentro dessas proposições apresentadas é que se desenvolve a teoria *queer*, que é uma construção simbiótica e que se estrutura como uma forma de questionar as sexualidades estruturadas, os pontos de normalidade e os aparatos que suportam a sexualidade como algo jurificado dentro do Direito.

CONCLUSÃO

A partir dos escritos foucaultianos, denota-se que a sexualidade é estabelecida como um dispositivo pela sua complexidade de análise e inter-relação com outros âmbitos sociais e culturais, por serem formas de construção do corpo. A sexualidade é um constructo histórico-social e tem consigo um caráter regulatório de corpos que são considerados normais ou anormais.

No mesmo sentido, percebe-se que atua com finalidades específicas de controle, mapeamento e higienização. Afirmar-se isso pois o sexo se tornou um lócus do controle disciplinar do corpo e para a regulação dos fenômenos da população (por meio da biopolítica).

Por isso, percebe-se que os escritos de Michel Foucault questionavam o lócus da heterossexualidade e também problematizavam as estruturas do que é considerado “normal”. Nos escritos foucaultianos, percebe-se a análise das relações de poder e a centralidade do sujeito como alguém precário, o qual tem a sua vida administrada de forma contínua. Essas aspirações são de grande valia e influência para os giros epistemológicos da teoria *queer*, uma vez que estabelece uma crítica ao padrão regulatório e às formas como são pensadas a sexualidade (principalmente dentro do Direito) são fundamentos de problematização.

Por sua vez, Judith Butler, a partir de um giro performativo da sua própria teoria, questiona o sexo entendido como biológico ou ontológico. A autora argumenta que a própria noção de sexo não pode ser entendida separadamente da materialidade imposta ao corpo. Desse modo, o sexo é, desde o início, normativo como uma prática regulatória que traz consigo a produção dos corpos que governa como uma espécie de poder produtivo. Essas construções são importantes para pensar a teoria *queer* com o ideal de questionar a naturalização das relações heterossexuais e também das identidades cisgêneras.

As aspirações da escrita butleriana apresentam fundamentos para a desnaturalização e desessencialização do gênero e do sexo pelas teorizações *queers*. A autora questiona mais uma vez a heterossexualidade como algo compulsório, mas eleva as suas discussões ao questionar os efeitos das normas nos corpos a partir da sua relevância política que é dada. É importante ressaltar que Butler questiona quais são as vidas que importam no sistema jurídico e problematiza as formas de luto (como uma ferramenta política).

Por fim, percebe-se que, como foi adiantado no início do texto, Michel Foucault e Judith Butler não foram os primeiros filósofos a iniciar a discussão da teoria *queer*, porém os seus escritos são considerados centrais para os questionamentos em termos de sexualidade, corpos e juridificação de corpos. A escrita desses autores atravessa a

produção científica da crítica *queer* como elementos fundantes dessas problematizações.

REFERÊNCIAS

ADVERSE, Helton. Foucault e a História da Sexualidade: Da Multiplicidade das Forças à Biopolítica. *Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba, v. 28, p. 927-948, 2016.

AZEVEDO, Thiago Galeão de. *Direitos para alienígenas sexuais: um estudo sobre a lógica de poder e a verdade produzida sobre a sexualidade no campo jurídico*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2016.

AZEVEDO, Thiago A. Galeão de. Identidade, luta e dominação: uma análise sócio-jurídica do discurso pautado em categorias sexuais, à luz da teoria de Pierre Bourdieu e Michel Foucault. In: BAHIA, Alexandre; COSTA, F. V.; GOMES, M. F. (Orgs.). *Gênero, sexualidade e direitos fundamentais para além do binarismo*. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 300-324.

ANZALDÚA, Gloria. *Borderlands/La Frontera: The New Mestiza*. San Francisco, 1987.

ANZALDÚA, Gloria. Falando em línguas: uma carta para as mulheres escritoras do terceiro mundo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v.1, p. 200-208, 2000.

ANZALDÚA, Gloria. To(o) *Queer* the Writer: Loca, Escrita y Chicana. In: WARLAND, Betsy (ed.). *Versions: Writing by Dykes, Queers and Lesbians*. Vancouver: Press Gang, 1991, p. 249-263.

BENEDETTI, Marcos R. *Toda feita: o corpo e o gênero das travesti*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BROWN, Gavin. Thinking beyond homonormativity: performative explorations of diverse gay economies. *Environment and Planning*, [S. l.], v. 41, n. 6, p. 1496-1510, 2013.

BUTLER, Judith. Alianças *queer* e política anti-guerra. *Bagoas – Estudos Gays: gênero e sexualidades*, Natal, v. 11, n. 16, p. 29-49, 2017.

BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

BUTLER, Judith. *Corpos que importam: os limites discursivos do “sexo”*. São Paulo: N-1 Edições, 2019a.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: Quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020a.

BUTLER, Judith. *The force of non-violence: an ethico-political bind*. London: Verso, 2020b.

BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019b.

COLLING, Leandro. *Que os outros sejam o normal: tensões entre movimento LGBT e ativismo queer*. Salvador: EDUFBA, 2015.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DÍAZ, Elvira Burgos. *Desconstrução e subversão: Judith Butler*. Sapere Aude, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 441-464, 1º sem. 2013. ISSN: 2177-6342.

DUARTE, André de Macedo. Reler Foucault à luz de Butler: repensar a biopolítica e o dispositivo da sexualidade. *Dois Pontos (UFPR) Digital*, [S. l.], v. 14, p. 253-264, 2017.

DUARTE, André de Macedo; CESAR, Maria Rita de Assis. Inútil resistir ao dispositivo da sexualidade? Foucault e Butler sobre corpos e prazeres. *Revista de Filosofia Aurora online*, [S. l.], v. 28, p. 947-967, 2016.

DUARTE, André. *Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI*. Cinética, [S. l.], v. 1, p. 1-16, 2008.

FEDERICI, Silvia. *Calibãs e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação privada*. Tradução do Coletivo Scorax. São Paulo: Elefante, 2017.

FOUCAULT, Michel. Les Rapports de Pouvoir à l'Intérieur des Corps. In: FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits. v. III (texto 197)*. Paris: Gallimard, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: A vontade de saber*. Tradução de Maria Teresa da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 1997, v. 1.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999b.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul (org). Michel Foucault. *Uma trajetória filosófica: Para além do estruturalismo e da hermenêutica*. 2. ed. rev. Tradução de Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 1-9.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Almeida, 2013.

FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. *O conceito de Biopoder no pensamento de Michel Foucault*. Subjetividades, Fortaleza, v. 16, n. 3, 2017.

GOMES PEREIRA, Pedro Paulo. *Queer decolonial: quando as teorias viajam*. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 5, n. 2, p. 411-437, jul./dez. 2015.

HANNA, Lou. *Reivindicar a transição de gênero como um trabalho: esse corpo que não é o meu?* Tradução de Luiz Morando. [S. l.]: [s.n], 2020. Disponível em: <https://resistaorp.blog/2020/01/02/reivindicar-a-transicao-de-genero-como-um-trabalho-esse-corpo-que-nao-e-o-meu-2/>. Acesso em: 9 set. 2024.

HARAWAY, Donna. Saberes Localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva radical. *Cadernos Pagu*, Campinas, p. 7-41, 1995.

KRISTEVA, Julia. *Pouvoirs de l'horreur: Essai sur l'abjection*. Paris: Éditions du Seuil, 1980.

LACERDA, Emerson Granja de Araújo. Direitos Humanos e Direitos sexuais: tensões e tendências. *Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos*, [S. l.], v. 11, n. 22, 2020

LAURENTIS, Teresa de. *A tecnologia de gênero*. [S. l.]: Indiana University Press, 1990.

LÓPEZ, Daniel J. García. *¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho*. AFD, [S. l.], n. XXXII, p. 323-348, 2016.

LOURO, Guacira Lopes. *O corpo estranho*. Ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

LUSTOSA, Tertuliana. Manifesto travesco-terrorista. *Concinnitas*, [S. l.], v. 1, n. 28, 2016.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Revista do Programa de Pós-graduação em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*, [S. l.], n. 34, v. 15, p. 123-151, 2016.

MISKOLCI, Richard. *A Teoria Queer e a Sociologia*: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 150-182, jan./jun. 2009.

MISKOLCI, Richard. *Teoria queer*: um aprendizado pelas diferenças. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

NAVARRO, Pablo Peréz. *Traducir el rostro del outro*: encuentros culturales entre Judith Butler y Emmanuel Levinas. *Filosofia Unisinos*, v. 21, n. 3, 2020.

PELÚCIO, Larissa. Toda quebrada na plástica: corporalidade e construção de gênero entre travestis paulistas. *Revista de Antropologia Social*, Campos, v. 6, n. 1-2, p. 97-112, 2005.

PELÚCIO, Larissa. O (cu) de Preciado – estratégias cucarachas para não higienizar o *queer* no Brasil. *Printemps*, [S. l.], v. 1, n. 9, 2016.

PELÚCIO, Larissa. Traduções e torções ou o que se quer dizer quando dizemos *queer* no Brasil? *Revista Periodicus*, Salvador, v.1, p. 1-24, maio/out. 2014.

PERELSON, Simone. Da subversão do gênero à reinvenção da política. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jan./jun. 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982004000100011. Acesso em: 9 set. 2024.

PERRA, Hija de. Interpretações imundas de como a Teoria *Queer* coloniza nosso contexto sudaca, pobre de aspirações e terceiro-mundista, perturbando com novas construções de gênero aos humanos encantados com a heteronorma. *Revista Periodicus*, Salvador, n. 2, nov./abr. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/12896>. Acesso em: 9 set. 2024.

PRECIADO, Paul B. *Texto junkie*: sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

PRECIADO, Paul B. *Aprendendo com o vírus*. Tradução de Ricardo Moura. [S. l.], 2020. Disponível em <https://medium.com/textura/aprendendo-com-o-v%C3%ADrus-1f8542d3ed78>. Acesso em: 29 jun. 2024.

REA, Caterina Alessandra; AMANCIO, Izzie Madalena. Descolonizar a sexualidade: Teoria *Queer of Colour* e trânsitos para o Sul. *Cadernos pagu*, [S. l.], v. 53, 2018.

SALIH, Sara. *Judith Butler e a Teoria Queer*. Tradução de Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica, 2017

SEDGWICK, Eve Kosofsky. A Epistemologia do Armário. *Cadernos Pagu*, [S. l.], v. 28, jan./jun. 2007.

SPARGO, Tasmin. *Foucault e Teoria Queer*: seguido de *Ágape e êxtase*: orientações pós seculares. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

SPIVAK, Gayatri. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

VENCATO, Anna Paula. Negociando desejos e fantasias: corpo, gênero, sexualidade e subjetividade em homem que praticam crossdressing. In: BENÍTEZ, María Elvira; FÍGARI, Carlos Eduardo (orgs.). *Prazeres Dissidentes*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 45-56

VERAS, Elias Ferreira. *Carne, tinta e papel*: a emergência do sujeito travesti público-privado midiaticado em Fortaleza (CE), no tempo dos hormônios/farmacopornográfico. 2015. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

VERGUEIRO, Viviane. Explorando momentos de gêneros inconformes: esboços autoetnográficos. In: BENTO, Berenice; FÉLIX-SILVA, A. V. (Ed.). *Desfazendo gênero*: arte, desejo, processos de subjetivação. Natal, RN: EDUFRRN, 2015a, p. 163-200.

VERGUEIRO, Viviane. *Memórias trans interseccionais contra abismos cissexistas*. [S. l.], [s.n], 2014. Disponível em: <https://transfeminismo.com/memorias-trans-interseccionais-contras-abismos-cissexistas/>. Acesso em: 13 jun. 2021.

VERGUEIRO, Viviane. *Por inflexões decoloniais de corpos e identidades de gênero inconformes*: uma análise autoetnográfica da cisgeneridade como normatividade. 2015. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015b. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/19685/1/VERGUEIRO%20Viviane%20-%20Por%20inflexoes%20>

Rainer Bomfim

decoloniais%20de%20corpos%20e%20identidades%20de%20genero%20inconformes.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

VEYNE, Paul. *Foucault: seu pensamento, sua pessoa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

Recebido: 24/05/2024
Aprovado: 14/08/2024

A *LEX MERCATORIA* E O CAPITALISMO HUMANISTA: RUMO A UMA ORDEM ECONÔMICA FRATERNA POR MEIO DA EMPRESA TRANSNACIONAL

LEX MERCATORIA AND HUMANIST CAPITALISM: TOWARDS A FRATERNAL ECONOMIC ORDER THROUGH THE TRANSNATIONAL COMPANY

Tatiana Campos¹
Marcelo Benacchio²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A economia transnacional: breve apontamento. 2. O princípio da fraternidade na *lex mercatoria*. 2.1. A Agenda 2030 como instrumento

-
- 1 Doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Mestra em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Graduada em Direito pela FDSBC. Convidada a orientar os estagiários do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC/SBC). Atualmente é professora assistente de Direito Civil II da FDSBC.
 - 2 Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor permanente do mestrado em Direito e da graduação na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor convidado da pós-graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).

para uma economia mais fraterna, inclusiva e igualitária.
Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo tratará do papel central que as empresas transnacionais desempenham na economia mundial, regulando o comércio internacional por meio da *lex mercatoria*. O Estado não está mais sozinho na persecução do desenvolvimento humano. Essa atuação empresarial global traz benefícios aos países em desenvolvimento, gerando emprego, renda e desenvolvimento tecnológico. No entanto, também causa impactos sobre as pessoas, o meio ambiente e as comunidades nas quais atuam, implicando violações aos Direitos Humanos. Nesse contexto, o artigo que ora se apresenta defende a inclusão das dimensões da fraternidade na *lex mercatoria*, de modo a concretizar e promover os Direitos Humanos, bem como equilibrar o capitalismo, em busca de uma ordem econômica humana e fraterna. Por meio do método hipotético-dedutivo, com análise bibliográfica nacional do princípio da fraternidade como categoria constitucional e política, e internacional acerca da *lex mercatoria*, bem como de documentos e normativas da Organização das Nações Unidas (ONU), buscou-se responder: a Agenda 2030 é instrumento apto a auxiliar as empresas na consolidação do princípio da fraternidade na sociedade pós-moderna? Conclui-se que muito ainda falta para alcançar o desenvolvimento social pleno, de modo que todos os esforços devem ser cunhados, sobretudo pelas empresas transnacionais por meio de ações efetivas preconizadas nas metas da Agenda 2030.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Desenvolvimento. *Law and Economics*. Direitos Humanos. *Lex Mercatoria*. Fraternidade.

ABSTRACT: This study will address the central role that transnational companies play in the world economy, regulating international trade through the *lex mercatoria*. The State is no longer alone in pursuing human development. This global business activity brings benefits to developing countries, generating employment, income, and technological development. However, it also impacts people, the environment, and the communities in which they operate, also involving violations of Human Rights. In this context, the article presented here defends the inclusion of the dimensions of fraternity in the *lex mercatoria*, to realize and promote Human Rights, as well as balance capitalism, in search of a human and fraternal economic order. Through the hypothetical-deductive method with national bibliographical analysis of the principle of fraternity as a constitutional and political category, and, internationally, regarding the *lex mercatoria*, as well as documents and regulations of the United Nations (UN), we sought to answer: Is the

2030 Agenda an instrument to help companies consolidate the principle of fraternity in post-modern society, through the materialization of the Sustainable Development Goals (SDGs)? It is concluded that there is still a long way to go to achieve full social development, so that all efforts must be made, especially by transnational companies, through effective actions recommended in the goals of the 2030 Agenda.

KEYWORDS: Globalization. Development. Law and Economics. Human Rights. Lex Mercatoria. Fraternity.

INTRODUÇÃO

A evolução do capitalismo global, desde o final do século XIX até os dias atuais, tem servido para consolidar e reforçar a centralidade das empresas transnacionais na economia mundial, bem como seu crescente domínio sobre as múltiplas esferas da vida no planeta. Nas últimas quatro décadas, especialmente com a globalização financeira e a expansão das políticas neoliberais, essas empresas desempenharam um papel fundamental na promoção e construção de um complexo sistema econômico-cultural. Esse sistema, muitas vezes, também, com implicações políticas e jurídicas, é conhecido como *lex mercatoria*.

Por meio da *lex mercatoria*, as empresas transnacionais estabelecem seus próprios princípios e normas para conduzir negócios no cenário internacional. Diante disso, a conjuntura socioeconômica atual implica estudo e reflexão acerca da *lex mercatoria*, por sua realidade e consolidação, e do princípio da fraternidade, pela necessidade humana de tê-lo como categoria política e jurídica. Isso porque o homem nasceu para viver em sociedade devendo ser submetido às leis, mas também à alteridade por meio da fraternidade, para regular suas relações em busca de uma sociedade igualitária e livre.

Considerando que a fraternidade decorre do respeito ao outro e do respeito às realidades diferenciadas, considerando, ainda, a construção secular da democracia e a busca pelo desenvolvimento social saudável, sustentável e solidário, o presente ensaio busca analisar o princípio da fraternidade na busca por relações fraternas no bojo da *lex mercatoria*, visando sempre a liberdade e a igualdade de todos, uma vez que o que se almeja no globo é a efetividade dos Direitos Humanos já declarados em 1948.

Assim, o presente artigo pretende apresentar a *lex mercatoria* como uma terceira via entre a concepção positivista e jusnaturalista, demandando objetividade, clareza e confiabilidade, concedendo viés fraterno, para que as empresas transnacionais, influenciando todos os setores da sociedade global, possam transmutar novo paradigma, edificando contratualmente, nas relações comerciais, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, a Agenda 2030 será usada como exemplo de instrumento capaz, que pode – e deve – ser utilizado pela empresa transnacional na busca do ideal fraterno de uma modernidade sólida e segura, com espírito de tolerância e ajuda mútua do uso racional dos recursos em prol da humanidade para alcançar o desenvolvimento humano, integral e sustentável.

Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo com análise bibliográfica nacional do princípio da fraternidade como categoria constitucional e política; e internacional, acerca da *lex mercatoria* e da Agenda 2030 como instrumento para a consecução do desenvolvimento humano por meio da aderência empresarial aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e suas metas. Assim, a partir do método escolhido, a pesquisa teve como objetivo não traçar soluções definitivas, mas sim apontar que a empresa transnacional desempenha papel central na economia mundial, regulando o comércio internacional por meio da *lex mercatoria*, de modo que o único ponto de equilíbrio possível é a promoção dos Direitos Humanos, e como ferramenta menciona-se a efetivação das metas dos ODS da Agenda 2030.

Desse modo, o presente artigo foi dividido em duas partes, na qual a primeira trará o panorama geral da economia transnacional e da *lex mercatoria*, ao passo que a segunda parte tratará do princípio da fraternidade em conformidade com a ordem econômica, para em continuidade abordar brevemente a Agenda 2030 como exemplo de instrumento capaz e fraterno para a promoção dos Direitos Humanos na conformação do capitalismo humanista.

1. BREVE APONTAMENTO SOBRE A ECONOMIA TRANSNACIONAL

Por muito tempo, alinhar o capitalismo com os ideais humanistas pareceu uma utopia. Afinal, o capitalismo frequentemente é associado à exploração. No entanto, diante da expansão do mercado global e da transformação do planeta em uma única comunidade sem fronteiras, surge a compreensão de que todos compartilhamos um destino comum. Portanto, é essencial reunir esforços para moldar esse destino de acordo com os princípios humanistas.

Atualmente, o que se pretende é a adaptação e organização da economia capitalista transnacional para que haja coerência entre a ordem econômica e a ética. Observa-se uma crescente padronização e uniformização de comportamentos, processos e prioridades em relação aos objetivos de maximização econômica e lucro. Essa tendência é influenciada pelos interesses das nações centrais e das empresas transnacionais, que exercem um controle significativo sobre o poder econômico mundial. Esse fenômeno tem impacto direto na vida das pessoas e em suas decisões cotidianas.

O capitalismo não é maligno, trouxe prosperidade, avanços tecnológicos e científicos. Com a globalização, culturas se aproximaram; é por meio do capitalismo que se obtém o sustento, os alimentos; por meio dele, o estudo e a ciência acontecem, as pessoas vivem, extraem suas necessidades e se divertem (Campos, 2022, p. 112). No entanto, é inegável que a economia de mercado precisa de ajustes, assim como a política e toda comunidade global.

É evidente que as empresas transnacionais têm levado diversos benefícios aos países em desenvolvimento, ajudando-os a elevar o padrão de vida das pessoas, sobretudo no que diz respeito ao emprego, renda e tecnologia. Todavia, “para que a economia seja eficiente, as empresas devem levar em conta o impacto de suas ações sobre os empregados, o meio ambiente e as comunidades em que atuam” (Stiglitz, 2007, p. 306-307).

Joseph E. Stiglitz (2007, p. 304) assevera que “as empresas são frequentemente acusadas pelo materialismo que é endêmico nas sociedades desenvolvidas”, e segue afirmando que na maior parte do tempo as empresas transnacionais estão simplesmente respondendo às demandas das pessoas: “as empresas se empenham algumas vezes em moldar esses desejos de maneira a aumentar seus lucros, e pelo menos alguns excessos materialistas podem ser atribuídos a esses esforços” (Stiglitz, 2007, p. 304).

O liberalismo, com a falta de um Estado mais interventor e o excesso de liberdade, competição e individualismo, fez perpetrar diversas violações aos Direitos Humanos,³ causando destruição, injustiças e múltiplos problemas sociais. A máxima de Henri Lacordaire, “entre o forte e o fraco, a liberdade escraviza e a lei liberta” (*apud* Gomes, 2022, p. 62), nunca foi tão verdadeira. No entanto, apesar do positivismo, a lei não resolve todos os problemas, sendo necessário o entranhamento moral e ético do princípio da fraternidade, inclusive na *lex mercatoria*.

Menciona Fernando Cúnico (2023, p. 112) que, “muito embora os Estados tenham consciência da necessidade de regulamentação internacional das atividades das empresas transnacionais, não há um consenso sobre as regras a serem estabelecidas”. Por isso se torna tão complexa a responsabilização

3 Podem ser destacados como exemplo de violações de Direitos Humanos por parte de empresas transnacionais: (I) violações às leis trabalhistas: tais como as averiguadas no caso envolvendo a empresa Nike, que utilizava mão de obra infantil e práticas de trabalho forçado em suas fábricas, na China, no Vietnã e na Indonésia, no final dos anos 1990; o suicídio coletivo de funcionários da empresa chinesa Foxconn, também por conta de trabalho escravo, no ano de 2010; o verificado em Bangladesh, 2013, onde o trabalho na empresa têxtil terceirizada acontecia no prédio Rana Plaza, que estava em condições precárias de uso e desabou – 377 trabalhadores morreram; empresas têxteis têm histórico de trabalho em condições degradantes, inclusive no Brasil; (II) violações ao meio ambiente: como o vazamento de gás em uma usina de pesticida em Bhopal, na Índia, em 1984, subsidiária da empresa norte-americana Union Carbide, que matou mais de 20 mil pessoas e deixou outras 100 mil com a saúde comprometida para o resto da vida; a destruição da Amazônia Equatoriana pela Chevron; o despejo de mais de 62 milhões de metros cúbicos de lama tóxica resultante do rompimento da barragem do Fundão, no caso Samarco, ocorrido em Mariana no ano de 2015, em Minas Gerais, Brasil; e o rompimento da barragem de Brumadinho, em 2019, também nas Minas Gerais, Brasil; (III) violações ao consumidor: com a venda de produtos anunciados pela Nestlé como benéficos, por estratégia de marketing, sendo na verdade maléficis à saúde, somente para alavancar as vendas; (IV) vazamento de dados pessoais e senhas de usuários do Yahoo e da rede de hotéis Marriott.

das empresas transnacionais, pela ausência de regra coercitiva no plano internacional.⁴

Assim, a *lex mercatoria*, como regramento comercial internacional, cumpre seu papel de natureza econômica-social por meio da participação na vida econômica de diferentes Estados, com diferentes graus de afetação social, econômica, financeira e até cultural (Campos, 2022, *passim*), desde que se constitua de maneira fraterna-constitucional. Nesse sentido, Maria Rosaria Ferrarese (1992, p. 57-61), quando menciona que a história revela uma grande variedade de formas do mercado, faz alusão a quatro delas, e em duas delas traz:

[...] O mercado enquanto *paradigma* para ações sociais, dado que possibilita a previsão do comportamento dos atores sociais diante de uma série de incertezas, o que expressa bem a ideia de uma racionalidade econômica diante dos propósitos dos indivíduos. [...] O mercado como *instituição*, ou seja, mais do que uma mera função econômica de alocação de recursos, o mercado também é eficaz organizador das relações sociais.⁵

Francesco Galgano (2010, p. 249), pontua que “a comunidade empresarial transnacional se configura como uma ordem soberana, mediante o qual os Estados-nação tornam-se seu braço secular”.⁶ A sociedade pós-industrial se configura assim, como uma sociedade transnacional, sem fronteiras, na qual os mercados são globais e os sujeitos do mercado tendem a escapar do controle dos Estados nacionais.

Desse modo, pensa-se ser possível incluir as dimensões da fraternidade na *lex mercatoria* arranando os contratos das empresas transnacionais a reconhecerem, em primeiro lugar, a importância global dos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da justiça social.

É possível que as empresas passem a tratar os Direitos Humanos do trabalho não como mercadoria, mas vislumbrando primeiro a dignidade do trabalhador, promovendo trabalho decente em termos e condições; assim como realizar diálogos entre a comunidade em que atuam e o Estado nacional, privilegiando a cultura local e a autodeterminação dos povos, até

4 No Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as empresas transnacionais de tecnologias devem atender, diretamente, às determinações dos juizes brasileiros, ou seja, sem passar por autoridade de outro país. Segundo a decisão, quando o ato ou a violação ocorrer no Brasil, o cumprimento direto não viola a soberania do outro Estado, pouco importando a nacionalidade da empresa (STF, 2014).

5 Tradução livre de: “[...] *Il mercato come paradigma delle azioni sociali, in quanto permette di prevedere il comportamento degli attori sociali di fronte a una serie di incertezze, che ben esprime l’idea di razionalità economica di fronte alle finalità degli individui. [...] Il mercato come istituzione, cioè più che una mera funzione economica di allocazione delle risorse, il mercato è anche un efficace organizzatore di relazioni sociali.*”

6 Tradução livre de: “*Così la business community si erige a ordenamento sovrano; gli Stati nazionali ne diventano il braccio secolare.*”

para concretizar as questões de justiça social, visando alcançar o traçado juntamente com a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Agenda 2030.

Força para tal, as empresas transnacionais têm, tamanho seu poderio econômico, muitas vezes maior que muitos Estados (Global, 2018). Nesse mesmo sentido são as afirmações de Juan Hernández Zubizarreta e Pedro Ramiro, sendo que o que precisa é de uma mudança paradigmática, amparada na fraternidade, com empenho de todos, para que a comunidade em geral também seja beneficiada pelo mercado:

A evolução do capitalismo global desde o final do século XIX até os dias atuais, tem servido para consolidar e reforçar a centralidade das empresas transnacionais na economia mundial, bem como seu crescente domínio sobre múltiplas esferas da vida no planeta. Especialmente nas últimas quatro décadas, desde os processos de globalização financeira e a expansão das políticas neoliberais têm sido fundamentais na promoção a construção de uma complexa arquitetura econômica, política, cultural e jurídica, a nível internacional, das quais as grandes corporações têm sido as principais beneficiárias (Zubizarreta; Ramiro, 2015, p. 15).⁷

Zubizarreta e Pedro Ramiro (2015) são críticos da *lex mercatoria* e advertem que, para não prevalecer a lógica predatória neoliberal e a “arquitetura da impunidade” e, ainda, para que haja um equilíbrio dos ganhos advindos do capitalismo, há que se avaliar o impacto e os riscos de um determinado investimento ou de determinada operação de negócios em relação aos Direitos Humanos, que deve ser um processo contínuo a ser realizado pelos Estados e pelas empresas transnacionais.

Adverte Fernando Cúnico (2023, p. 45): “o debate sobre a responsabilidade das corporações por violações de Direitos Humanos passa pela discussão sobre o reconhecimento dessas empresas como sujeitas do direito internacional e é essencial”, face à sua importância e grandeza global. No entanto, a responsabilidade das empresas em respeitar os Direitos Humanos vai além de zelar para que seus atos não causem externalidades negativas, isso porque “o mercado não é composto apenas por bens e contratos, regulados pelo Direito, mas, sobretudo, por seres humanos, a finalidade do mercado é atender às necessidades humanas” (Benacchio, 2011, p. 195).

7 Tradução livre de: “La evolución del capitalismo global, desde final del siglo XIX hasta nuestro días, há servido para consolidar y reforzar la centralidade de las empresas transnacionales em la economía mundial, así como su creciente dominio sobre múltiples esferas de la vida em el planeta. Especialmente en las cuatro últimas décadas, ya que los procesos de globalización financiera y la expansión de las políticas neoliberales han resultado fundamentales para impulsar la construcción de una compleja arquitectura económica, política, cultura y jurídica, a nivel internacional, de la que las grandes corporaciones han sido las principales beneficiaria”.

Assevera Amartya Sen (1999, p. 43-48) que a “fase pós-utilitarista da economia do bem-estar” clama por um mercado atento às vicissitudes humanas e pela aproximação entre a ética e a economia em busca do bem-estar, da liberdade humana e dos Direitos Humanos, sociais e ambientais, que conduzirá os indivíduos em “direção aos direitos, liberdades e oportunidades reais”. Pondera Carlos Ayres Britto que, em se tratando de direitos ambientais, sociais e do tipo fraternal, a sua efetividade se eleva à condição de dado conceitual de toda a economia, seja ela nacional ou transnacional:

É dizer, economia que já não restringe a sua noção de dinamismo à abertura para a inovações tecnológicas e aos ganhos de produtividade; tem que passar pelo atendimento às necessidades de preservação do meio ambiente e às postulações de segurança social e de uma decidida integração comunitária (logo, fraternal) (Britto, 2012, p. 28).

Assim, apresenta-se a *lex mercatoria* como uma via na busca pela promoção e respeito aos Direitos Humanos, de modo a agenciar o encontro entre o mercado e o princípio da fraternidade, ambos essenciais para a humanidade. Como asseverado por Maria Rosaria Ferrarese (1992, p. 61), o mercado como instituição deve ser ético e reorganizar suas atividades para organizar as relações sociais.

2. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA *LEX MERCATORIA*

O constituinte de 1988, ao eleger os fundamentos da República Federativa do Brasil, “não restringiu a livre-iniciativa à sua vertente econômica, mas primeiramente consagrou a liberdade, um dos fundamentos da República” (Furlaneto; Bagnoli; Ramos, 2024, p. 126). Referida liberdade ampara a todos a criar, ajudar, se importar, produzir, pensar, se expressar, enfim, acode o valor social de todos os tipos de iniciativas lícitas, englobando as de natureza econômica.

A valorização da noção de Estado social em substituição do modelo liberal, “bem como a preocupação com a efetividade dos direitos individuais e garantias fundamentais, é responsável pela introdução do conceito de socialidade no direito, pelo qual o interesse social prepondera sobre o pessoal” (Santiago; Campello, 2016, p. 136).

O artigo 170 da Constituição Federal brasileira que trata da ordem econômica e financeira é claro no sentido de que o mercado deve ser fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social,

observando os princípios principalmente da soberania nacional,⁸ da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, entre outros.

A economia de mercado é uma escolha política e jurídica da sociedade, logo, faz parte da realidade econômica, social e jurídica, “competindo ao Direito indicar suas finalidades e ordenar seu funcionamento” (Benacchio, 2011, p. 196). “A própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal” (Grau, 2017, p. 23). Como se verifica no título da Ordem Econômica constitucional, essa escolha do constituinte é permeada pelos valores da fraternidade,⁹ o capitalismo deve funcionar em prol da humanidade.

Para que tal ditame constitucional seja de fato efetivado, é preciso compartilhar responsabilidades, mudar condutas e posicionamentos, sobretudo por todo evidenciado ao longo dos anos – de descaso e violações dos Direitos Humanos. Além disso, é preciso pensar no outro – ajudar o outro – com fraternidade, voltando-se para as pessoas e para as demandas sociais com irmandade. Papel que cabe a todos, sobretudo às empresas transnacionais que atuam e criam padrões por todo globo.

Fábio Konder Comparato (2019, p. 149) afirma que “as criaturas vão se acrescentando, umas às outras, como etapas de um vasto programa”, de modo que a matriz fraternal vem da máxima teológica de que todos somos irmãos, porquanto somos filhos de Deus (Alá, Criador, Javé, Pai-Altíssimo), feitos à imagem e semelhança d’Ele e insuflados de amor fraterno, sendo esse dom universal que nos une nas diferenças. O conceito de amor fraterno cristão é relevante e encontra respaldo em várias passagens da Bíblia, especialmente em textos que enfatizam o universalismo das relações entre as pessoas, sem exclusões, discriminações ou barreiras sociais, políticas ou econômicas. Nesse sentido, menciona Carlos Augusto Machado:

O novo conceito de fraternidade, forjado a partir da difusão da doutrina cristã, desenvolve em toda a humanidade um novo sentido de amor – o amor fraterno – que, como averba Giuseppe Savagnore, não conhece barreiras, une os desiguais e dá-se mesmo onde não encontra reciprocidade, o que não ocorria com a amizade/philía grega,

8 O princípio da soberania nacional trata-se de um dos principais fundamentos da República Federativa. Como soberania econômica do Estado, caracteriza-se pelo poder que este tem de interferir e dirigir a ordem econômica segundo os seus interesses ou da coletividade, de modo que quem em seu território ingressar, deve observar os princípios e ditames legais estatais, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, em busca do bem comum.

9 CF Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; [...]; e Art. 170. [...] tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

particularmente a evidenciada pela Ética e pela Política aristotélicas (Machado, 2017, p. 47-48).

Endossa esse entendimento antropológico cristão Ricardo Sayeg e Wagner Balera (2019, p. 87), citando os dizeres do Papa Bento XVI no sentido de que “o amor a Deus e o amor ao próximo estão agora verdadeiramente juntos”. Prescrevem ser esse amor de irmãos em Cristo, revelador da fraternidade, enquanto categoria jurídica, da qual emergem os Direitos Humanos.

Afastando-se da lógica cristã, “a justificativa científica humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos [...]”, por meio do qual “o ser humano representa o ápice de toda cadeia evolutiva das espécies vivas. A própria dinâmica da evolução se organiza em função do homem” (Comparato, 2019, p. 131).

Nessa cadeia evolutiva, somos irmãos porquanto advimos de um mesmo DNA mitocondrial (Miyaki; Mori; Arias, 2015). Somos parte de um todo, seja por meio do pensamento cristão ou racional; por essa razão, devemos cuidar uns dos outros. Aristóteles (1991, p. 212-213), quando anota sobre amizade em *Ética a Nicômaco*, assevera que estamos ligados uns aos outros e devemos zelar uns aos outros, pois o que torna a vida interessante e os homens felizes é a comunhão com os outros seres, sendo que o que dá prazer ao ser humano é ver seus pares bem e felizes.¹⁰

Segue o autor mencionando: “o amigo é um outro ‘eu’” (Aristóteles, 1991, p. 202). Em outras palavras, é possível afirmar que é da condição humana sentir satisfação ao ver o outro bem. Isso porque somos felizes não quando estamos bem, mas quando outros estão bem e felizes por nossas ações – por nossa causa. Nessa toada é que se reafirma: a empresa também deve promover o bem-estar de todos, promovendo os Direitos Humanos com o fim de equilibrar o capitalismo. A *lex mercatoria* não pode se limitar às questões econômicas. Por seu poderio e alcance mundial, deve privilegiar o humanismo, até por uma questão de perenidade empresarial.

10 “a felicidade é uma atividade; e a atividade, evidentemente, é algo que se faz e que não está presente desde o princípio, como uma coisa que nos pertencesse. Se (1) a felicidade consiste em viver e em ser ativo, e a atividade do homem bom é virtuosa e aprazível em si mesma, como dissemos no começo¹³¹, e (2) o fato de uma coisa nos pertencer é um dos atributos que a tornam aprazível, e (3) podemos contemplar o nosso próximo melhor do que a nós mesmos e suas ações melhor do que as nossas, e se as ações dos homens virtuosos que são seus amigos são aprazíveis aos bons (visto possuem ambos os atributos que são naturalmente aprazíveis) — se assim é, o homem sumamente feliz necessitará de amigos dessa espécie, já que o seu propósito é contemplar ações dignas e ações que sejam suas, e as de um homem bom que seja seu amigo possuem ambas essas qualidades. Além disso, pensa-se que o homem feliz deve ter uma vida aprazível. Ora, se ele vivesse como um solitário a existência lhe seria dura, pois não é fácil a quem está sozinho desenvolver uma atividade contínua; mas com outros e visando aos outros, isso é mais fácil. Em companhia de outras pessoas, por conseguinte, sua atividade será mais contínua e aprazível em si mesma, como deve ser para o homem sumamente feliz; pois um homem bom, enquanto bom, deleita-se com as ações virtuosas e se entristece com as más, assim como o amante da música sente prazer em ouvir belas melodias e se aborrece com as más [...]” (Aristóteles, 1991, p. 212-213).

Por óbvio, o negócio das empresas é lucrar e não fazer caridade.¹¹ De outra banda, se quisermos que a globalização funcione e perdure com a humanidade e o planeta saudáveis, os incentivos empresariais precisam ser reformulados, pois não basta o lucro. Negócios não são apenas negócios; “os Estados devem proteger; as companhias devem respeitar; e aqueles que foram prejudicados devem ser indenizados”¹² (Ruggie, 2014, p. 165). Fazer a globalização funcionar de modo fraterno – com vistas a efetivar os Direitos Humanos – é unanimidade, haja vista ser do interesse de todos.

Novamente com amparo em Aristóteles (1991, p. 205), essa unanimidade é denominada por ele como “amizade política”, com benefícios recíprocos a todos os seres humanos, pois se todos voltassem para o que é nobre e dedicassem seus esforços para a prática de ações fraternas “todas as coisas concorreriam para o bem comum e cada um obteria para si os maiores bens, já que a virtude é o bem maior que existe” (Aristóteles, 1991, p. 210).

Desse modo, racionalmente, todos concordam e buscam ter seus direitos protegidos e garantidos, sobretudo os internacionalmente reconhecidos que garantam o básico à subsistência humana, com a convivência fraterna e pacífica de suas diferenças. Conforme Antonio Baggio (2008, p. 37), “as diferenças entre os homens têm, portanto, o objetivo de permitir-lhes viver a fraternidade, criando, assim, a igualdade. A liberdade nasce como consequência”.

Nesse ponto, “a economia de mercado deve evoluir, ser temperada pela preponderância da concretização dos Direitos Humanos em todas as suas dimensões, para atingir a satisfação da dignidade humana planetária” (Sayeg; Balera, 2011, p. 182). Para que seja alcançada essa satisfação e promoção dos Direitos Humanos, os autores Ricardo Sayeg e Wagner Balera elencam a fraternidade como solução e forma de equilibrar o capitalismo, ao que denominam “capitalismo humanista”, em que, ao citarem a crise financeira iniciada nos Estados Unidos em 2008, mencionam o quão o capitalismo neoliberal se mostrou maléfico e destrutível, devendo ser substituído pelo capitalismo humanista, cunhado com viés fraterno:

Essa é a filosofia humanista do Direito Econômico que nada mais é que o transporte teórico da Lei Universal da Fraternidade para o Direito Econômico, o que ora se propõe e que certamente constitui um novo marco teórico de análise jurídica do capitalismo – cujo objetivo declarado na seara econômica é, então, resolver por meio da fraternidade, levando-se

11 Fraternidade não é filantropia.

12 Três são os pilares da Organização das Nações Unidas – proteger, respeitar e remediar, que devem ser efetivados por meio dos Princípios Ruggie. Princípios esculpidos a partir das normas de Direitos Humanos, sobretudo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. São 31 princípios que trazem como os Estados devem proteger e as empresas devem respeitar os Direitos Humanos, além de tratar dos mecanismos de reparação, tendo, portanto, os princípios fundantes e os princípios operacionais. Como se vê, há um viés fraternal.

em conta as três dimensões subjetivas dos Direitos Humanos, a tensão dialética entre liberdade e a igualdade. [...] A filosofia humanista do Direito Econômico entende, portanto, que o processo de desenvolvimento deve centrar-se na pessoa humana e no planeta, visando garantir a todos os homens níveis básicos de subsistência e sustentabilidade planetária, com a decorrente livre realização das potencialidades individuais do homem e de todos os homens (Sayeg; Balera, 2011, p. 25-26).

Nessa perspectiva, não se pode dissociar as dimensões de Direitos Humanos, pois elas se completam, uma vez que o subsídio econômico ao direito representa a máxima efetividade dos direitos fundamentais (Oliveira; Payão, 2018, p. 220). Contudo, na história sempre houve, entre a liberdade e a igualdade, uma “tensão dialética” entre os mais poderosos, sobretudo na economia. Assim, “emprega-se a fraternidade como proposta de solução” a essa tensão, “repensando a episteme dos movimentos iluministas do século XVIII e os que se seguiram” (Sayeg; Balera, 2011, p. 25).

No primeiro tópico, restou evidenciado que as empresas se moldam aos desejos individuais das pessoas em busca do lucro. Não há nada de ilícito nisso, porém, é preciso atender às necessidades de preservação social e ambiental. Reynaldo Soares da Fonseca (2019, p. 45) anota “perquirir a afirmação da fraternidade na condição de princípio lastreado nos sistemas sociais do jurídico e do político”, mencionando ser premissa inexorável a configuração do princípio da fraternidade como categoria constitucional, “haja vista que se concebe a Constituição como aquisição evolutiva representada pelo estatuto jurídico do político, cuja finalidade é não só a limitação do poder pelo poder, mas também a promoção de direitos fundamentais” (Fonseca, 2019, p. 45). Assim, deve-se apregoar o princípio da fraternidade como fonte constitucional e ética para a construção de uma sociedade livre e justa. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece o viés fraterno como valor unânime e universal em seu artigo primeiro quando preceitua que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu preâmbulo, traz o valor fraternal quando assegura “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”. Ademais, seu artigo 3º, inciso I, reforça o princípio da fraternidade quando dispõe ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A esse ponto, cabe fazer uma distinção entre fraternidade e solidariedade, uma vez que carreiam conceitos diferentes. Esta se manifesta

nos vários modos de ajuda ao semelhante e de agir com o próximo; aquela abrange, além disso, a tolerância, o amor e o respeito ao outro, bem como todas as formas de agir com irmandade.

A fraternidade é valor maior que engloba a solidariedade. A solidariedade é reflexo da fraternidade. Cita Rodrigo Marcones (2012, p. 41) que a solidariedade “é um vínculo guiado pela racionalidade e não pelos sentimentos, que interpela a prover ajuda e que descansa na similaridade de interesses e metas, ainda que se mantenha a diferença entre membros”.

Stefano Rodotà (2016) enfatiza que a solidariedade encontra seu lugar essencial no âmbito constitucional. Suas características são delineadas por meio de conexões com outros princípios que compõem a ordem jurídica, transcendendo até mesmo as fronteiras nacionais. A solidariedade não pode ser considerada isoladamente; seu declínio está intrinsecamente ligado aos limites da liberdade material e ao aumento das desigualdades que afetam a dignidade humana. Logo, assevera o autor, “não é apenas um dever genérico de conduta moral; trata-se de um dever legal qualificado pela observância do princípio da solidariedade empresarial” (Rodotà, 2016, p. 40).¹³

Não se pode olvidar que o Estado Social Democrático de Direito é certamente caracterizado pelo pleno reconhecimento dos direitos fundamentais, que não só inclui os direitos sociais, mas também os princípios, entre os quais o da solidariedade assume relevância ativa, já que é reflexo da fraternidade. Conforme explica Antonio Maria Baggio (2008, p. 23):

A solidariedade – como muitas vezes foi historicamente realizada – viabiliza que se faça o bem ao outro mesmo mantendo uma posição de força, uma relação “vertical” que vai do forte ao fraco; a fraternidade, no entanto, pressupõe o relacionamento horizontal, a divisão dos bens de poderes, tanto que sempre mais se está elaborando – na teoria e na prática – a ideia de uma “solidariedade horizontal”, que se refere à ajuda mútua entre diferentes sujeitos, sejam estes pertencentes ao âmbito social, seja no nível da paridade institucional.

Anotam Mariana Ribeiro Santiago e Livia Gaigher Bósio Campello (2016, p. 136) que o princípio da solidariedade agrega uma ideia de que a empresa também deve envidar esforços, por meio de sua atuação, “para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras. A função solidária da empresa é aquela que traz uma contribuição valorosa para o desenvolvimento social”.

¹³ Tradução livre de: “è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza del principio di solidarietà corporativa”.

Stefano Rodotà (2016, p. 20) ensina que a “solidariedade nasceu no final do século XIX como um conceito estruturado, como uma ideologia política”, implica, então, uma nova representação do vínculo social e político, o que leva a uma profunda transformação das formas de gestão social e as formas de intervenção pública.

Já a fraternidade surge do fato de sermos advindos de um mesmo tronco evolutivo, com igual dignidade moral, desse grande organismo que é a sociedade, seja ela nacional ou internacional. É o dever moral de se comportar de forma a não prejudicar os interesses alheios, além de respeitar as diferenças, o interesse de terceiros e auxiliar o próximo. É o perseguimento da igualdade, e, como consequência, da liberdade, para o exercício e a concretização dos Direitos Humanos de todos.

Aqui não está a se referir à questão reducionista, oitocentista, com referência às gerações dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, mas à sua multifuncionalidade conjunta (Hachem, 2019), já que todos são essenciais na busca da plena efetividade dos Direitos Humanos por meio do Estado, com auxílio da atividade empresarial transnacional. A complexidade do direito público subjetivo é tão patente que os instrumentos para sua efetividade tendem a buscar outras categorias que não pura e simplesmente o direito estatal (Hachem, 2019, p. 411-415). É o caso de buscar integrar referidos direitos na *lex mercatoria*, em outras palavras, é o diálogo constitucional econômico com todos os atores sociais.

O amparo à fraternidade decorre porque dela conflui o respeito ao outro e às diferentes realidades, pois é base constitucional, sendo elemento de concreção do princípio da dignidade da pessoa humana que dá o esteio para a construção de todos os Direitos Humanos. Luis Fernando Barzotto (2017, p. 33-34), ao distinguir fraternidade e solidariedade, menciona que:

A fraternidade pode ser definida como a relação social na qual os seres humanos reconhecem-se como pessoas, isto é, como integrando uma comunidade de livres e iguais. A solidariedade é uma relação entre desiguais, sendo “o princípio de planificação social que permite aos desiguais se tornarem iguais”. A solidariedade é assimétrica, pois coloca em relação alguém que precisa de auxílio por ser hipossuficiente e aquele que presta o auxílio por deter o poder ou os recursos para auxiliar a outrem.

Dessa forma, a solidariedade e a fraternidade podem ser representadas por linhas. A solidariedade é representada por uma linha vertical, concebida pelo auxílio de um indivíduo hierarquicamente superior aos demais, como, por exemplo, se dá o dever de assistência social do Estado para com os

indivíduos a fim de reduzir a desigualdade social e permitir o desenvolvimento da pessoa humana.

Por sua vez, a fraternidade é representada por uma linha horizontal, pela ideia de ajuda recíproca, de proteção e amparo entre pessoas livres que querem o bem umas das outras, visando respeitar as diferenças e propagar as liberdades. Portanto, tudo o que se quer que os outros façam a nós deve-se também fazer a eles.¹⁴ No entanto, não mais num viés facultativo, como favor, mas sim obrigatório, uma vez que a fraternidade assume categoria jurídica, sendo constitucionalmente reconhecida em busca de uma modernidade sólida e segura para uma convivência pacífica e fraterna das diversidades (Fonseca, 2019, passim).

“A fraternidade, a partir destes elementos não dispensa a solidariedade, mas a aprimora e supera” (Barzotto; Oliveira, 2018, p. 146). Ambos conceitos partilham a noção de responsabilidade pelo outro, mas, na fraternidade, a responsabilidade é recíproca, ocorrendo entre iguais e de forma desvinculada e livre (mesmo que constitucionalmente obrigatória); ao passo que, na solidariedade, a responsabilidade é direcionada ao Estado – há um dever legal de agir em benefício dos indivíduos por parte do Estado. Pontua Stefano Rodotà (2016, p. 25) que:

Para recuperar sua força e dar-lhe eficácia, a fraternidade é descrita como “solidariedade”. Duas palavras diferentes se juntam e, muitas vezes usadas como se fossem intercambiáveis, também aumentam a ambiguidade já criticada na categoria de fraternidade. Assim, eles também desencadeiam uma rejeição cultural, especialmente quando há o medo de que a fraternidade não seja mais do que um disfarce de caridade, beneficência, compaixão, todas palavras que não pertencem à lei da dignidade e dos direitos, mas, novamente, remetem à benevolência dos outros, sublinhando a minoridade, e a subordinação, daqueles que a ela se encontram submetidos a ela.¹⁵

Dessa forma, há que se inferir que a fraternidade, em sua categoria deontológica, do “dever ser” – com obrigação moral e ética –, é categoria constitucional, devendo ser utilizada para a concretização dos direitos de liberdade e igualdade, para que seja atingida a plenitude democrática e a paz mundial, consagrando os Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente. Por isso, apresenta-se no próximo tópico a Agenda 2030, pois acredita-se

14 Adaptação do Evangelho de Mateus capítulo 7, versículo 12, Bíblia Sagrada.

15 Tradução livre de: “Per recuperare la forza, e per conferirle effettività, la fraternità è descritta come «solidarietà». Due parole diverse si congiungono e, usate in molte occasioni come se fossero intercambiabili, accrescono tuttavia anche l'ambiguità già rimproverata alla categoria della fraternità. Innescono così anche un rifiuto culturale soprattutto quando si teme che la solidarietà altro non sia che un travestimento di carità, beneficenza, compassione, tutte parole che non appartengono al lessico della dignità e dei diritti ma, di nuovo, rinviano più tosto alla benevolenza altrui, sottolineando la minorità, e la subaltermità, di chi si trova a esserne oggetto”.

nela como instrumento fraternal capaz de promover e efetivar os direitos basilares da humanidade por meio da atividade econômica transnacional. Não é outro o entendimento de Reynaldo Soares da Fonseca (2018, p. 4-5) quando busca o resgate do princípio da fraternidade:

[...] por ser esta “a categoria de pensamento capaz de conjugar a unidade e a distinção a que anseia a humanidade contemporânea”. Isso porque a experiência e metodologia concernentes à fraternidade, tal como proposta por Chiara Lubich, são caracterizadas pelos seguintes elementos: (i) compreensão da fraternidade como experiência possível, (ii) o estudo e a interpretação da história, à luz da fraternidade, (iii) a colaboração entre teoria e prática da fraternidade na esfera pública, (iv) a interdisciplinaridade dos estudos e (v) o diálogo entre culturas. Com essa diretriz metodológica, torna-se possível tratar a fraternidade como categoria política com aptidão a refundar a prática democrática, ao compatibilizar o relacionamento entre a igualdade (paridade) e a liberdade (diferença), em prol de uma causa unificante. Logo, o conteúdo mínimo desse princípio político expressa-se como a condição de igualdade entre irmãos e irmãs de modo a ser possível que cada um seja livre na sua própria diversidade. Sendo assim, a fraternidade abre-se a possibilidades atuais e futuras, ganhando universalidade perante a humanidade e a própria condição humana.

Usando as palavras de Pietro Perlingieri (2003, p. 266), “a humanidade deve modificar seus critérios para oferecer o que realmente importa, uma satisfação que nenhum dinheiro pode comprar, uma sensação de realização produzida por valores verdadeiramente importantes”.¹⁶ O autor segue afirmando ser necessária uma revolução cultural em busca da solidariedade – que aqui lemos como fraternidade:

Nem tudo se compra, nem amor, nem capacidade criativa ou talento esportivo, nem saúde, nem tempo, se não mente muito limitada, nem fé e esperança e nem mesmo liberdade. Em vez disso, história, família, fé, conexão com as próprias raízes, como “elementos típicos dos laços sociais” determinam em sentido estrito o lugar do indivíduo, arrancando-o do ambiente irrespirável de uma sociedade puramente optativa, baseada na competição ou no desempenho. Para conseguir tudo isso não basta um otimismo generalizado; é necessário criar uma sensibilidade adequada através de uma verdadeira revolução cultural,

¹⁶ Tradução livre de: “l’umanità deve modificare i suoi criteri per offrire quello che conta realmente, una soddisfazione che nessuna quantità di denaro può comprare, un senso di appagamento prodotto da valori veramente importanti”.

que não ceda a concessões ao pensamento fraco, mas que se baseie nos valores fortes e duradouros do personalismo e da solidariedade, tornando-se a razão de um compromisso de consciência de liberdade e responsabilidade (Perlingieri, 2003, p. 266).¹⁷

O que o Estado deve objetivar é o bem comum, e é com vista ao bem comum de agregar vantagens a todos que é fundamental avançar na afirmação da responsabilidade das empresas em matéria de Direitos Humanos para compor um novo paradigma capaz de responder aos desafios contemporâneos e arquitetar soluções de carga fraterna de modo compartilhado entre os Estados, as empresas e a sociedade.

A Agenda 2030, como se verá a seguir, é um dos instrumentos afeitos aos Estados e às empresas transnacionais que busca a promoção e proteção dos Direitos Humanos no contexto da globalização, que podem auxiliar na construção dessa mudança no que tange à inserção desses direitos na *lex mercatoria* contemporânea.

2.1. A Agenda 2030 como instrumento para uma economia mais fraterna, inclusiva e igualitária

Por necessidade de reconhecer a importância do direito ao desenvolvimento social como relevante tema de Direitos Humanos e buscando contar com toda sociedade internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 8 de setembro de 2000, firmou a Declaração do Milênio¹⁸ com a assinatura de 191 nações. O documento teve a finalidade de identificar os desafios do século que se iniciava (PNUMA ONU, 2018). Referida declaração adjudicava o compromisso da comunidade internacional com os valores de Direitos Humanos, principalmente no que tange à execução dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que traziam metas específicas a serem perseguidas e cumpridas somente pelos Estados por meio de políticas públicas.

Contudo, no ano de 2015, frente à iminência do fim do prazo para atingir os objetivos propostos, e percebendo que os Estados sozinhos não dariam cumprimento efetivo às metas, a Assembleia Geral da ONU aprovou novos objetivos, ficando conhecida como Agenda 2030 para

17 Tradução livre de: «Non tutto può essere comprato, non l'amore, non la capacità creativa o il talento sportivo, neppure la salute, non il tempo, se non assai limitata mente, non la fede e la speranza e neppure la libertà» 104. Invece storia, fami glia, fede, legame alle proprie radici, quali «tipici elementi dei legami sociali» determinano in senso stretto il posto del singolo, strappandolo all'ambiente irrespirabile di una società puramente ottativa, basata sulla concorrenza o sulla prestazione. Per realizzare tutto ciò non basta un ottimismo diffuso; occorre creare una sensibilità adeguata mediante una vera e propria rivoluzione culturale, che non indulga a concessioni verso il pensiero debole ma che si fondi sui valori forti e duraturi del personalismo e del solidarismo, divenendo la ragione di un impegno delle coscienze libere e responsabili?».

18 Por meio desse encontro, foi definido um conjunto de oito metas a serem atingidas até 2015, ficando conhecidas como Metas de Desenvolvimento do Milênio: 1 – Erradicar a extrema pobreza e a fome; 2 – Garantir o ensino básico fundamental a todos; 3 – Promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres; 4 – Reduzir a mortalidade infantil; 5 – Melhorar a saúde materna; 6 – Combater a AIDS, a malária e outras doenças; 7 – Assegurar a sustentabilidade ambiental; 8 – Promover uma parceria mundial para o desenvolvimento.

o Desenvolvimento Sustentável (IPEA, 2018). Como o próprio nome sugere, referida agenda foi idealizada para ser alcançada até o ano de 2030, representando um plano universal para as pessoas, para o planeta e para a posteridade, tendo como principal mote a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, inclusive a extrema pobreza, considerada o maior desafio global.

A Agenda 2030 é composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e busca concretizar e assegurar os Direitos Humanos (PNUMA ONU, 2018), de modo a acabar com a pobreza, lutar contra a desigualdade e a injustiça, alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas, agir contra as mudanças climáticas, bem como enfrentar outros desafios dos tempos atuais. Abrangendo as três dimensões do desenvolvimento sustentável – econômica, social e ambiental –, os 17 ODS preconizam diversas questões de desenvolvimento humano, anunciando 169 metas para consecução de um plano universal fraterno, buscando concretizar os Direitos Humanos por meio de esforços em conjunto com os Estados, as empresas, as instituições de toda natureza e a sociedade civil.

Nessa perspectiva, as empresas transnacionais têm papel essencial no processo de busca e concretização das metas, haja vista serem grandes detentoras de poder econômico, propulsoras de inovações e tecnologias, influenciadoras e engajadoras dos mais diversos setores, públicos e privados (Campos, 2022, p. 109), devendo alinhar suas estratégias de negócios com os objetivos globais, centralizando suas ações e criando grupos de trabalho, com prioridades e alcance dos 17 ODS. Não há mais espaço na sociedade atual para o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica (Grau, 2017, p. 23); deve a fraternidade comparecer na atuação empresarial, e a Agenda 2030 é instrumento para tal.

Dentre as metas, é possível citar três ODS mais voltados às empresas, sendo eles: ODS 7) Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; ODS 8) Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; e ODS 9) Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação (IPEA, 2018). O que não significa que as empresas não possam colaborar para a materialização dos demais objetivos da agenda.

Até porque, para que o mercado satisfaça seu interesse, ele deve afastar ou reduzir qualquer entrave social, político ou moral, isso porque, além de lugar e princípio de organização social, é instituição jurídica, e “sua constância é função da segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico” (Grau, 2017, p. 34). Como se vê, o mercado deixou há muito de ser o clássico

lugar de trocas econômicas, assumindo papel importante na organização social, também como instituição social, para o desenvolvimento econômico e humano.

Por meio desses objetivos, vê-se a consecução fraterna das ações globais atribuídas também à empresa (Pozzoli; Cachichi; Siqueira, 2020), pois buscam a igualdade e a liberdade na concretização da dignidade da pessoa humana. Todavia, não se pode deixar de mencionar a realidade tal qual ela se encontra. Desse modo, recorre-se aos dados do Relatório Luz 2023 (2023) sobre o cumprimento das metas da Agenda 2030 pelo Brasil, para demonstrar que os objetivos traçados ainda estão distantes de serem alcançados, sendo imprescindível a atuação das empresas transnacionais na efetivação dos Direitos Humanos.

A título de exemplo, buscando demonstrar que as empresas ainda precisam se empenhar muito, demonstra-se os dados coletados pelo referido relatório no que tange aos ODS anteriormente citados. O ODS 7, *verbi gratia*, reconhece a necessidade de combater a pobreza energética, que afeta milhões de pessoas em todo o mundo. Ele também visa reduzir as emissões de gases de efeito estufa relacionadas à energia, contribuindo para a mitigação das mudanças climáticas, tendo como objetivo construir um futuro energético mais sustentável e equitativo. Nesse sentido, a análise dos dados do ODS 7, no Relatório Luz, revela avanços significativos no acesso à eletricidade no Brasil, com uma cobertura quase universal em áreas urbanas. No entanto, o relatório aponta para a necessidade de aumentar a eficiência energética, reduzir o desperdício e promover a diversificação da matriz energética com o uso de fontes renováveis como solar, eólica e biomassa. O relatório apresenta oportunidades para avançar em direção ao ODS 7 com a adoção de políticas públicas que incentivem a eficiência energética, o uso de tecnologias inovadoras e a participação do setor privado para impulsionar o desenvolvimento sustentável nessa área, sobretudo de atração de investimentos internacionais (Relatório Luz 2023, 2023, p. 52-56).

Com relação ao ODS 8, que busca a realização de um crescimento econômico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo, e o trabalho decente para todos, promovendo a igualdade de oportunidades para homens e mulheres no mercado de trabalho e combatendo, inclusive, o trabalho infantil, o Relatório Luz mostra que o Brasil ainda enfrenta desafios significativos para alcançar o crescimento econômico sustentável e o trabalho decente para todos. Embora tenha ocorrido uma redução na taxa de desemprego nos últimos anos, o relatório destaca a necessidade de melhorar a qualidade do emprego e segurança no trabalho, ampliar o programa Jovem Aprendiz com o auxílio das empresas, aumentar a equidade salarial entre homens e mulheres no setor privado, entre outros (Relatório Luz 2023, 2023, p. 57-64).

Para o ODS 9, o relatório destaca a necessidade de investir em infraestruturas mais resilientes, que sejam capazes de enfrentar os desafios do clima e da urbanização. O relatório também aponta para a importância de promover a industrialização sustentável, com foco na inovação, na tecnologia e na digitalização. O Relatório Luz enfatiza a necessidade de criar um ambiente propício para o desenvolvimento de novas tecnologias e para a implementação de práticas de produção mais limpas e eficientes por parte, também, do setor privado, devendo o Estado criar políticas públicas sólidas com incentivos fiscais e financeiros que estimulem as empresas a adotarem essas práticas ecoeficientes. Além disso, aumentar a colaboração entre o governo, o setor empresarial e as instituições de pesquisa e ensino, via políticas públicas de apoio adequado à pesquisa e desenvolvimento (Relatório Luz 2023, 2023, p. 65-70).

O relatório em comento traz dados concretos colhidos no Brasil para cada Objetivo de Desenvolvimento Sustentável, demonstrando evidências de que governos e instituições privadas com fins lucrativos ainda não fizeram o necessário para promover a implementação dos ODS, o que trava o avanço de soluções necessárias e urgentes para que a contemplação de uma vida humana digna se torne realidade no globo.

O Relatório Luz assevera que é possível retomar o caminho do desenvolvimento sustentável, mesmo faltando pouco tempo para a finalização da Agenda 2030, e que, para essa retomada, é necessário que haja “o abandono do mantra ideológico do obsoleto Consenso de Washington – privatizações, Estado mínimo, desregulação [...]” (Relatório Luz 2023, 2023, p. 7), e que melhorar envolve, entre outras coisas, reavaliar, supervisionar de forma eficaz e tornar transparente a atuação dos entes públicos e privados na concreção das metas do milênio.

Diante das constatações do Relatório Luz, é possível reafirmar a necessária participação da empresa transnacional na realização do desenvolvimento humano, haja vista ele ser um processo contínuo e compromisso de todos – governantes e governados, empresas, Estados e organismos internacionais – “a fim de que a suprema conquista da dignificação da pessoa humana e planetária não tarde ainda mais” (Sayeg, 2011, p. 207). Digna de nota é a menção construtiva de Messias Mercantes de Castro e Lúcia Maria Alves de Oliveira (2008, p. 103) quando advertem sobre a ética empresarial, no sentido de que “a sinergia e o espírito de grupo investidos no progresso empresarial no presente se refletirão futuramente sobre todos os envolvidos, em um elo saudável de desenvolvimento empresarial e pessoal”.

É importante mencionar o papel interventor do Estado para a consecução da agenda no âmbito nacional de cada país, uma vez que, como maior crítica, os menos entusiastas mencionam a falta de aderência das

empresas por tratar-se de instrumento *soft law*,¹⁹ ou seja, sem coercibilidade. No entanto, em pleno século XXI, após diversas cartas internacionais reconhecendo o direito ao desenvolvimento,²⁰ e sobretudo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, não se pode mais conceber os ditames e princípios de Direitos Humanos como mera recomendação. Os Direitos Humanos estão acima da lei e dela independem para produzir efeitos jurídicos, vinculando a todos (Hachem, 2019, p. 417). Como menciona Livia Gaigher Bósio Campello (2020, p. 40):

Em resumo, é preciso sublinhar que os ODS possuem sua base nas obrigações de direitos humanos redimensionadas para abarcar novas demandas emergentes que surgem da problemática ambiental global, a exemplo das mudanças climáticas. Desse modo, são fortalecidas as obrigações dos Estados, por exemplo, para assegurar uma tomada de decisão ambiental mais transparente, informada, receptiva à participação pública, isto é, mais eficaz. Também deve ser levado em consideração o dever dos Estados de equilibrar eficazmente a proteção ambiental e os outros interesses da sociedade. Somam-se ainda as obrigações adicionais para os Estados que devem sempre proteger os particularmente vulneráveis aos danos ambientais.

Daniel Hudler e Marcelo Benacchio (2020, p. 146) anotam referir-se o desenvolvimento a um “grau de satisfação das necessidades humanas, sejam elas essenciais como alimentação, expectativa de vida, habitação e vestuário, sejam as decorrentes de um contexto cultural determinado”. Nessa perspectiva, mencionam que “já se vem entendendo que um dos objetivos

19 “Entretanto, a existência de normas de *soft law*, as quais, com o tempo, estão adquirindo certa obrigatoriedade normativa, contribui para a dispersão de princípios e normas que servem como norte, transparecendo o comportamento que é esperado das nações, na atuação frente as problemáticas e na construção de uma sociedade calcada nos objetivos globais” (Barros; Campello, 2020, p. 1.165). Nesse sentido, vide o Projeto Lei n. 572/2022 que, se passar, será o futuro Marco Nacional sobre Empresas e Direitos Humanos. É importante anotar que o projeto perdeu a oportunidade de expressar o princípio da fraternidade, embora em seu bojo esteja explícito. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2317904&fi chaAmigavel=nao>. Acesso em: 26 jun. 2024.

20 Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) – 1948; Resoluções 1.710 e 1.715 que instituíram o 1º Programa da ONU para o Desenvolvimento – 1961; Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) – 1964. “Primeira a mencionar que em uma humanidade onde se realize a solidariedade, o direito de todos os povos ao desenvolvimento deve ser reconhecido e respeitado” (Anjos Filho, 2013, p.36); II UNCTAD – 1968; Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica – 1969; Declaração sobre o estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional – 1974; Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados – 1974; Resolução n. 3.362 – 1975, sobre Desenvolvimento e Cooperação Econômica Internacional; Declaração sobre Raça e Preconceito – 1978; a Resolução n. 34/138 – 1979, que dispõe sobre Negociações Globais relativas à Cooperação Econômica Internacional para o Desenvolvimento; Carta Africana de Direitos Humanos – 1981; Declaração das Nações Unidas sobre Direito ao Desenvolvimento – 1986; Resolução n. 41/73 – 1986, sobre o desenvolvimento progressivo dos princípios e normas de Direito Internacional relativos à Nova Ordem Econômica Internacional; Declaração Sobre Cooperação Econômica Internacional relativa à Revitalização do Crescimento Econômico e Desenvolvimento dos Países em Desenvolvimento – 1990; Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – 1993 (Anjos Filho, 2013, p. 37).

do mercado, quiçá o mais importante, é servir ao desenvolvimento das potencialidades e liberdades humanas” (Hudler; Benacchio, 2020, p. 148).

O direito ao desenvolvimento é tema em constante evolução, mas que, como alerta Robério Nunes dos Anjos Filho (2013, p. 52), “seu discurso não pode se resumir à mera retórica”, sendo necessários mecanismos que garantam sua efetividade. Ainda, o direito ao desenvolvimento está correlacionado à formação e consolidação de Direitos Humanos já positivados, sendo um reforço para a exigência e implementação desses direitos (Trindade, 1999, p. 270). Além disso, mesmo que não haja sua menção direta na Constituição Federal, por ser tido como Direito Humano, não é permitido ao intérprete recorrer ao argumento de que não é garantido por falta de positivação, “pois a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição é indicativa e não limitativa. Tem-se aqui uma clássica presunção a favor da liberdade do indivíduo e contra o poder estatal” (Dimoulis; Martins, 2021, p. 47).

O fenômeno do desenvolvimento se faz presente em diversos diplomas internacionais, a Agenda 2030 é um deles, trazendo em seu bojo o direito ao desenvolvimento humano, sendo este “direito humano inalienável” (Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU, artigo 1º), e como tal “os Estados têm o dever de, individual e coletivamente, tomar medidas para formular as políticas internacionais de desenvolvimento, com vistas a facilitar a plena realização do direito ao desenvolvimento”, também por parte das empresas (Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU, artigo 4º).

Segundo Flávia Piovesan (2023, p. 75), essa “perspectiva de direitos endossa o componente da justiça social, realçando a proteção dos direitos dos grupos mais vulneráveis e excluídos como um aspecto central do direito ao desenvolvimento”. Ainda, é preciso consignar que os 17 ODS da Agenda buscam a “expansão das liberdades individuais”,²¹ que, conforme Amartya Sen (2010, p. 47), é imprescindível para o desenvolvimento humano. Ademais, o autor menciona que o desenvolvimento de um país é melhor aferido quando utilizado o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e não o Produto Interno Bruto (PIB), como comumente se faz (Sen, 2010, p. 383). Desse modo, acredita-se na força econômica fraterna para a consecução do traçado na Agenda 2030 por parte das empresas transnacionais.

CONCLUSÃO

A humanidade tem como objetivo social o bem comum. Isso implica que, por meio do princípio da fraternidade, se deve criar condições que

21 Direito à educação, à saúde, aos direitos políticos, o direito das meninas e das mulheres. Todavia o autor fala sobre o encadeamento das liberdades e liberdades instrumentais, no sentido de que, exemplifica, sendo analfabeto, o indivíduo não tem oportunidade social, haja vista não ter conhecimento do que é liberdade, pois sequer entende quais são seus direitos. Além disso, sem acesso à saúde, dificilmente terá acesso à educação, o que também fará com que vote em qualquer um, pois não terá capacidade para analisar as propostas dos candidatos (Sen, 2013, p. 29-30 e 49-51).

permitam o desenvolvimento individual de cada ser humano e de cada grupo social. As empresas transnacionais, devido ao seu alcance e envolvimento global, além de seu poderio econômico, desempenham um papel fundamental nessa busca. O mercado é uma entidade poderosa que, por meio da *lex mercatoria*, impõe suas regras e transforma a realidade de diversas partes do globo. Tudo parece depender da economia.

Referida afirmação é profundamente reflexiva. Isso porque, quando uma sociedade favorece apenas uma parcela de seus membros, pode indicar uma desorganização e um desvio dos propósitos que fundamentam sua existência. A empresa transnacional integra culturas e pessoas, estabelecendo padrões planetários, devendo participar ativamente do processo evolutivo em prol do desenvolvimento humano. A busca pelo bem comum e pela justiça social deve ser o alicerce de qualquer comunidade, garantindo que todos se beneficiem e contribuam para o todo.

O bem comum pode ser entendido como a garantia das necessidades fundamentais consistente no amparo ao desenvolvimento irrestrito da individualidade de cada pessoa, independentemente da preferência axiológica de cada ser, privilegiando a alteridade. O respeito à vida digna está intrínseco no finalismo social, embora cada qual esteja sujeito às leis naturais e às vicissitudes e causalidade da existência humana. O ser humano tem necessidades fundamentais que a inteligência e vontade – por meio do constitucionalismo fraternal e do capitalismo humanista – devem garantir.

Como estampado na Constituição Federal do Brasil, a atividade econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (da atividade econômica) assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. A globalização possibilitou que os mercados se agregassem e que mais pessoas pudessem participar do processo de integração mundial, tendo como base o sistema capitalista de produção.

O capitalismo é essencial para o mercado; é dele que a humanidade se alimenta, se veste, se medica, busca o conhecimento, o entretenimento, agrega tecnologia, entre outros. No entanto, necessita de regulação, de ordenação e de permanente adequação, para que seja assegurada sua continuidade sem prejuízos para nenhum dos sujeitos envolvidos – Estados, empresas transnacionais e sociedade em geral.

Percebe-se a Agenda 2030 como exemplo de instrumento a ser utilizado pelas empresas, como uma oportunidade de consolidar o princípio da fraternidade na sociedade pós-moderna, por meio da concretização dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, muito embora ainda esteja muito longe de ser efetivada, como se demonstrou por meio do Relatório Luz 2023. Todavia, deve-se empenhar todos os esforços públicos e privados na persecução da promoção dos Direitos Humanos, pois é possível haver

a contribuição positiva das empresas na materialização das metas, mesmo próximo ao fim do prazo da agenda. Isso porque os ODS devem ser vistos como um ciclo contínuo que pode ser concretizado a qualquer tempo.

Instrumentos a humanidade tem; a Agenda 2030 trouxe o plano de ação, agora é necessário maior engajamento e cooperação de todos, sobretudo daqueles que exercem suas atividades em todos os cantos do globo – as empresas transnacionais. Em suma, não se pode permitir que o capitalismo se concentre apenas na primeira dimensão dos Direitos Humanos, negligenciando as demais. Como demonstrado, a fraternidade é o ponto de equilíbrio para alcançar a liberdade e a igualdade. Ela protege os Direitos Humanos com indivíduos livres que promovem o respeito às diferenças, enaltecendo a condição humana por meio da atividade econômica transnacional.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BAGGIO, Antonio Maria. *O princípio esquecido*. São Paulo: Cidade Nova, 2008, v.1.

BARROS, Ana Carolina Vieira de; CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. O direito ao desenvolvimento em evidência: construção conceitual e inserção da biodiversidade como quesito chave para o fortalecimento dos direitos humanos. *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law*, v. 21, n. 3, p. 1151-1175, 2020.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção aos Direitos Humanos dos trabalhadores. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 39 esp, p. 141-156, dez. 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. O Conceito de Fraternidade. In: CORDIOLI, Leandro *et al.* (Org.). *A invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral*. 1. ed. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da.; MEZZAROBBA, Orides (Coord.). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2011.

Tatiana Campos
Marcelo Benacchio

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2012.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Direitos humanos e a Agenda 2030: uma mudança de paradigma em direção a um modelo mais equilibrado para o desenvolvimento sustentável. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio (coord.). *Direitos humanos e meio ambiente: os 17 objetivos do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030*. São Paulo: IDHG, 2020.

CAMPOS, Tatiana de Almeida. *A integração dos Direitos Humanos à lex mercatoria*. 2022. 137 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2023.

CASTRO, Messias Mercadante de; OLIVEIRA, Lúcia Maria Alves de. *A gestão ética, competente e consciente*. São Paulo: MBooks, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Kindle.

CÚNICO, Fernando José. *A responsabilização das empresas transnacionais por ofensas aos Direitos Humanos no Brasil*. 2023. 137 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2023

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 9. ed., 2021.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: il caso degli Stati Uniti*. Torino, Italia: Giappichelli, 1992.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ*. Brasília, DF: Defensoria Pública do Distrito Federal, 2018.

FURLANETO, Fernanda; BAGNOLI, Vicente; RAMOS, Palloma Parola Del Boni. Liberdade econômica e valorização do trabalho: entre o paradigma da flexibilização e os ditames da justiça social. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 23, n. 1, mar. 2024. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/view/183>. Acesso em: 3 maio 2024.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 28. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

GLOBAL JUSTICE NOW. *69 das 100 entidades mais ricas do planeta são corporações, não governos, os números mostram*. Publicado em 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 11, n. 3, p. 404-436, set.-dez. 2019. Unisinos-[doi](https://doi.org/10.4013/rechtd.2019.113.08): 10.4013/rechtd.2019.113.08.

HUDLER, Daniel Jacomelli; BENACCHIO, Marcelo. O direito humano fundamental ao desenvolvimento e às disciplinas estatais do governo brasileiro na atividade empresarial no século XX. *Direito e desenvolvimento*, v. 1, p. 142-156, 2020.

IPEA. AGENDA 2030. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de Metas Brasileiras*. 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8636/1/Agenda%202030%20ODS%20Metas%20Nac%20dos%20Obj%20de%20Desenv%20Susten%202018.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2024.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)*. Curitiba, PR: Appris, 2017.

MARDONES, Rodrigo. Por uma exatidão conceitual da fraternidade política. In: LOPES, Paulo Muniz (org.). *A fraternidade em debates: percurso na América Latina*. Tradução de Luciano Meneses Reis, Silas de Oliveira e Silva, Orlando Soares Moreira. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2012.

MIYAKI, Cristina Yumi; MORI, Lyria; ARIAS, Maria Cristina. Filhas de Eva. *Genética na Escola*, v. 10, n. 1, 62-67, 2015.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 21, n. 41, p. 203-224, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*. Problemi del diritto civile. Napoli, Italia: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

Tatiana Campos
Marcelo Benacchio

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

PNUMA ONU. Transformando nosso mundo: Uma agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. *Revista Científica Galego-Lusófona de Educación Ambiental*, v. 25, n. 1, p. 171-190, 2018. Disponível em: <https://revistas.udc.gal/index.php/RAS/article/view/ams.2018.25.1.4655>. Acesso em: 2 maio 2024.

POZZOLI, Lafayette; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SIQUEIRA, Gilmar. *Pandemia e fraternidade: a resposta comunitária oferecida pela Agenda da ONU 2030 – Uma agenda para o século XXI*. Caruaru, PE: Ascés, 2020.

RELATÓRIO LUZ 2023. *VII Relatório Luz da sociedade civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável Brasil*. 2023. Grupo de trabalho da sociedade civil para a Agenda 2030. Disponível em: <https://gtagenda2030.org.br/relatorio-luz/relatorio-luz-do-desenvolvimento-sustentavel-no-brasil-2023/>. Acesso em: 2 maio 2024.

RESOLUÇÃO 41/128 da Assembleia Geral da ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. 4 dez. 1986. Disponível em: <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Declara%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-Direito-ao-Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. 2. ed. Bari, Itália: Laterza, 2016.

RUGGIE, John Gerard. *Quando negócios não são apenas negócios: As corporações multinacionais e os Direitos Humanos*. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014. Kindle.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gagher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *Fator CapH capitalismo humanista a dimensão econômica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, *kindle*.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. *Kindle*.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 1999. *Kindle*.

STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Autoridades nacionais podem requisitar dados diretamente a provedores no exterior, decide STF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502922&ori=1>. Acesso em: 2 maio 2024.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. *Contra la Lex Mercatoria: Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icaria Editorial, 2015.