



Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 36, n. 3, 2024

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. -- v. 36, n.3
(2024)- . -- Brasília : TRF1, 2024.

v.

De 1989 a 2019, periodicade mensal; a partir de 2019, periodicida-
de quadrimestral.

e-ISSN 2596-2493

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal Jurisprudência
– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região 1.)

CDD 340.05

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Elisa Raquel
Sousa Oliveira - CRB/DF 2523

Positivismo jurídico vs teoria sistêmica do direito: a convergência e a divergência da justiça e do direito

Legal positivism and systemic theory of law: the convergence and divergence of justice and law

Artigo recebido em 26/10/2023 e aprovado em 21/02/2024.

Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

Possui graduação em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1987), mestrado em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2001), doutorado em direito público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006) e pós-doutorado pelo CES - Centro de Estudos Sociais/FEUC/Universidade de Coimbra, Portugal (jan./2017). Magistrado entre 1989 e 2021, exerceu o cargo de desembargador no TJRS junto à Quinta Câmara Criminal e junto à Terceira Câmara Criminal. Integrou o Órgão Especial do Tribunal Pleno, por eleição. Integrou a Comissão de Direitos Humanos do TJRS (2016-2017). Foi Presidente do Fórum Interinstitucional do Sistema Carcerário do RS entre 2016 e 2020. Integrou, por eleição, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça entre 2016 e 2020. Atualmente é advogado na OAB/RS e professor titular do PPGD/mestrado e doutorado da Unilasalle/Canoas, e professor de direito constitucional da graduação em direito e de cursos de especialização na Unilasalle/Canoas. Atualmente é o coordenador do curso de graduação em direito da Unilasalle e do Ceadip – Centro de Estudos Aplicados de Direito e Política da Unilasalle. É editor da Revista Redes do PPGD/Unilasalle.

Pedro Ramos Lima

Possui graduação em direito pela Universidade Luterana do Brasil (2015), mestrado em direito pela Universidade La Salle (2022) e é doutorando em direito pela Universidade La Salle (Unilasalle). Advogado inscrito na ordem dos advogados do Brasil, com atuação profissional nas áreas do direito civil, trabalhista e tributário.

Resumo

Este artigo examina a relação entre justiça e direito a partir do positivismo jurídico e da teoria sistêmica do direito. Inerentes a essas estruturas teóricas, encontram-se noções variadas de justiça, revelando entendimentos divergentes de legalidade e moralidade. Embora o positivismo jurídico mantenha uma abordagem definida e objetiva para a formulação da lei, corre o risco de inflexibilidade, potencialmente dificultando a adaptação do direito às mudanças da sociedade. Em contraste, a teoria sistêmica acomoda o desenvolvimento dinâmico do sistema jurídico, adotando a diferenciação funcional interna para responder de forma robusta às complexidades da sociedade. Por meio da diferenciação funcional, a justiça opera no ordenamento jurídico de forma autorreferencial, como fórmula de contingência, modificando constantemente seu entendimento em busca de expectativas consistentes. Essa perspectiva permite que o sistema revise suas próprias decisões, prática alinhada à abertura das sociedades modernas a novidades e alternativas. A análise comparativa que se segue entre essas duas teorias fornece novos *insights* sobre suas respectivas abordagens, lançando luz sobre as implicações mais amplas na estruturação do sistema jurídico e culmina em uma compreensão abrangente de como o positivismo jurídico e a teoria sistêmica do direito convergem e divergem em sua interpretação da justiça e do direito.

Palavras-chave: positivismo jurídico; teoria sistêmica; justiça.

Abstract

This article examines the relationship between justice and law from legal positivism and systemic law theory. Inherent in these theoretical structures are varied notions of justice, revealing divergent understandings of legality and morality. Although legal positivism maintains a defined and objective approach to the formulation of law, it runs the

risk of inflexibility, potentially making it difficult for law's adaptation to societal changes. In contrast, systemic theory accommodates the dynamic development of the legal system by adopting internal functional differentiation to respond robustly to the complexities of society. Through functional differentiation, justice operates in the legal system in a self-referential way, as a contingency formula, constantly modifying its understanding in search of consistent expectations. This perspective allows the system to review its own decisions, a practice aligned with the openness of modern societies to new things and alternatives. The comparative analysis that follows between these two theories provides new insights into their respective approaches, shedding light on the broader implications for the structuring of the legal system, and culminates in a comprehensive understanding of how legal positivism and systemic law theory converge and diverge in their interpretation of justice and law.

Keywords: legal positivism; systemic theory; justice.

1 Introdução

Este artigo tem como objetivo descrever a relação entre direito e justiça, particularmente no contexto do positivismo jurídico e da teoria sistêmica do direito. A questão proposta questiona se os imperativos morais, quando transcritos em lei – um processo aqui referido como “legalização” – promovem a inclusão da justiça como elemento intrínseco ao direito. Caso contrário, levanta a perspectiva, proposta pelo positivismo jurídico, de que a justiça seja expulsa dos limites do direito e relegada a uma posição subordinada dentro dos domínios mais amplos da ética e da política.

Hans Kelsen (2006, p. 5), um proeminente positivista jurídico, percebeu uma clara delimitação entre direito e justiça, sustentando que uma teoria pura do direito, semelhante ao raciocínio científico, é mal equipada para verificar se uma determinada ordem social é justa. De acordo com essa perspectiva, o direito torna-se uma questão de técnica social, distinta de considerações morais e podem existir ordens sociais injustas, necessitando a separação entre direito e justiça. Em essência, o positivismo jurídico enfatiza a existência do direito positivo, desprovido de uma obrigação intrínseca para com a justiça.

Por outro lado, Nobles e Schiff (Luhmann, 2004, p. 22), valendo-se da teoria sistêmica do direito de Luhmann, postulam que a justiça é parte integrante das comunicações jurídicas, operando em um nível fundamental para manter programas condicionais. No contexto do sistema jurídico, a justiça torna-se uma autorrepresentação e um valor com o qual o sistema se autoidentifica, mesmo que não esteja enraizado no direito natural. Assim, a justiça opera como fórmula de contingência dentro do ordenamento jurídico, ajustando-se às respostas dinâmicas do sistema. Embora cada aspecto da lei – suas regras, princípios, doutrinas – seja suscetível a mudanças, a estabilidade sistêmica costuma ser mantida por meio de estruturas e operações repetíveis.

Sob essa luz, o artigo visa a explorar os fundamentos teóricos dessas perspectivas, suas implicações para nossa compreensão do direito e da justiça e sua possível reconciliação.

2 O positivismo jurídico e a distinção fato/valor

O positivismo jurídico tem uma rica linhagem histórica, com raízes nas obras de pensadores influentes como John Austin, Jeremy Bentham, H.L.A. Hart e Hans Kelsen. Durante os séculos 19 e 20, esses juristas lançaram as bases para essa filosofia jurídica, que desde então se tornou uma abordagem dominante nos estudos do direito. Os princípios centrais do positivismo jurídico giram em torno da crença de que a lei deriva sua validade apenas de sua fonte, e sua legitimidade não depende de considerações morais ou éticas.

Para Austin (1995, p. 285), o direito positivo, que é tratado pelo jurista como direito em sentido estrito ou simplesmente direito, é determinado, direta ou indiretamente, por um indivíduo ou órgão de soberania, para um membro ou membros de uma sociedade política independente que tratam aquele indivíduo ou corpo soberano como se investidos de autoridade suprema. Esse modelo, porém, não está isento de problemas, é incompleto por não poder dar conta de casos anômalos, como é o caso da imposição de direitos a estrangeiros, mas esta incompletude não é suficiente para retirar a verdade da definição do direito positivo e é a partir dessa definição que se pode, mais profundamente, adentrar na ciência da teoria jurídica que trata o direito positivo como seu objeto de questionamento (Austin, 1995, p. 20).

A definição do direito positivo como produto de um grupo ou pessoa investida de autoridade suprema em uma sociedade política independente é a base ou fundamento da distinção entre duas características do direito derivadas da lógica do positivismo jurídico, a distinção entre o direito como “é” (fato) e o direito como “deveria ser” (valor), onde não existe em uma sociedade determinada o dever de cumprimento à uma ordem anterior com base em pressupostos morais universalmente estabelecidos, o que fornece os elementos para a descrição do sistema jurídico de um ponto de vista moralmente neutro dos “hábitos gerais de obediência” (Schofield, 2021, p. 203).

Considerado por H.L.A. Hart como o fundador do positivismo jurídico (Schofield, 2021, p. 204), Bentham (1891, p. 137) foi o grande teórico dos hábitos gerais de obediência a partir de uma leitura dualista da sociedade política como positiva e da sociedade natural como negativa. Nessa leitura, quando um conjunto de pessoas tem o hábito de obedecer a um indivíduo ou grupo de indivíduos, descritos como governo ou governantes, essas pessoas, seus súditos ou governados, encontram-se num estado de sociedade política que se distingue pela sua positividade, condicionado pelo hábito da obediência, da negatividade da sociedade natural onde o hábito da obediência não existe e o que existe é o hábito da conversação.

É importante destacar que essa posição de Bentham (1891, p. 41) teve origem em uma vontade política de propor duas grandes reformas, a primeira reforma na substância do direito, por meio da aplicação de seu teste universal às instituições, com base na teoria utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas, e a segunda reforma na forma do direito, pela codificação das normas jurídicas em códigos jurídicos e em sua proposta não há qualquer tentativa de construção de uma teoria moral do direito, embora se possa dizer que ele seria um grande defensor do princípio da igualdade como regra principal da legislação.

O que se identifica em sua teoria da legislação reformista é uma crítica às teorias jurídicas da época, principalmente a proposta por Blackstone¹ em seus comentários ao direito inglês, que estavam centradas no tratamento das regras morais como imutáveis, uma noção extraída do direito natural que colocava a ordem natural como um espaço de descobertas e não de aprimoramentos (Bentham, 1891, p. 93) e é contra essa rigidez imutável que Bentham (1891, p. 98-99) se irressigna ao afirmar que o direito possui duas características, que podem ser observados através de dois pontos de vista distintos: 1) o ponto de vista do *expositor* que apenas explica o que o direito “é”, ocupado em responder a respeito dos fatos; e 2) o ponto de vista do *ensor*², que nos informa sobre o que ele acha que o direito “deveria ser”, ocupado em discutir as razões do direito (Bentham, 1891, p. 98-99).

Para Bentham (1891, p. 99) esses dois pontos de vistas teriam papéis distintos dentro de suas esferas de atuação, o ponto de vista do expositor se preocuparia apenas em compreender, memorizar e julgar, enquanto o censor estaria preocupado com os sentimentos de prazer ou desprazer que podem ser ocasionados pelo seu papel de revisor do direito. Nessa distinção, o expositor seria capaz de identificar qual “é” o direito de cada uma das nações do mundo e, ao mesmo tempo, o censor seria capaz de avaliar como o direito de cada uma dessas nações “deveria ser”. Portanto, o expositor seria sempre um cidadão de uma nação particular que explica, memoriza e julga o direito de acordo com as particularidades da nação, voltado para a análise prática do que o legislador e o julgador já realizaram e ao censor caberia sugerir ao legislador o que ele deveria fazer no futuro. Em resumo, ao censor caberia ensinar, pela ciência, novas práticas ao legislador.

A sua crítica centrava na ideia de que a teoria jurídica da sua época, descrita por juristas como Blackstone, embora tivesse como objetivo explicar o que o direito na Inglaterra “era”, na verdade atuava como um censor, ignorando o caráter inerente da mutabilidade das regras jurídicas existentes em uma determinada nação que poderiam, a qualquer tempo, ser comparadas com outras e submetidas ao escrutínio da técnica científica que não só poderia identificar qual “é” a sua natureza, como propor reformas em busca de um determinado valor que se desejasse alcançar, sendo de fundamental importância distinguir entre o fato e o valor, especialmente se considerarmos que

¹ William Blackstone foi um jurista inglês do século XVIII que ganhou notoriedade pela publicação de quatro volumes de comentários sobre as leis da Inglaterra, baseadas em suas aulas de direito inglês em Oxford entre os anos de 1765 e 1769, que pela sua notoriedade tornou-se o principal alvo de críticas promovidas por Bentham (Posner, 1976, p. 569).

² O significado para censor, contido no texto de Bentham, não é o do agente governamental dotado do poder de impedir a circulação de representação audiovisual ou de discurso, mas o de crítico, como exposto pelo próprio autor: “The work of *censure* (for to this word, in default of any other, I find it necessary to give a *neutral* sense), as it may be styled, or, in a certain sense, of *criticism* [...]”.

dentro de uma estrutura do governo das leis de uma sociedade política independente caberia ao cidadão “obedecer pontualmente e censurar livremente”³ (Bentham, 1891, p. 101), uma prerrogativa essencial baseada na premissa até hoje acertada que um “sistema que nunca é criticado, jamais será aprimorado”⁴ (Bentham, 1891, p. 101).

É a partir dessa leitura que H.L.A. Hart⁵ (1983, p. 50) proporrá a sua visão do direito positivo sob o ponto de vista da teoria jurídica e da prática jurídica. Dentro da lógica do positivismo jurídico, a prática jurídica de cortes e tribunais e a produção legislativa do legislador não poderia estar preocupada com uma atuação de censor ou crítico do direito, não estaria dentro das funções legislativas e jurídicas que tratam de um determinado direito, dentro das particularidades de um determinado sistema jurídico, julgar como o direito deveria ser, mas se preocupar em descrevê-los, explicá-los e julgar de acordo com as previsões do direito como ele “é” e esse seria também o objeto da teoria jurídica, o direito de uma determinada nação como ele “foi” estabelecido pelas estruturas políticas e jurídicas da nação, cabendo apenas ao campo da crítica e da ciência possível abordagem quanto ao que o direito deveria ser no futuro⁶ (Hart, 1983, p. 52).

O positivismo jurídico, no sentido proposto por Austin, Bentham e explorado por H.L.A. Hart, é uma resposta diametralmente oposta à visão do direito natural que prevalecia na época em que Bentham (1891) escreveu seus comentários. Segundo essa visão, as leis da natureza, ditadas pela autoridade divina, seriam sempre superiores em obrigações a todas as outras, vinculavam todo o globo, todos os países, em todo o tempo e nenhuma lei humana teria contra ela qualquer validade, portanto, qualquer produção legislativa humana deveria, primeiro, obediência a esses ditames superiores e universais (Schofield, 2021, p. 206).

A irresignação do positivismo jurídico contra o direito natural e contra o que Bentham (1891, p. 213) considerava uma “máxima perigosa” é algo autoevidente, dentro da estrutura da sociedade civil fundamentada nessa leitura, em uma confusão das funções de expositor/censor e do direito como fato/valor, caberia apenas àquele que gostasse de uma lei afirmar que ela estava de acordo com o direito natural, dando a ela uma validade universal superior a qualquer produção humana que deveria ser obedecida por todos e, caso não gostasse de uma lei, afirmar que ela não estava de acordo com a lei superior cabendo a sua desobediência (Schofield, 2021, p. 207).

Por isso, dentro do positivismo jurídico, centrado na atuação do legislador e das funções políticas que discutiriam o futuro do direito como ele “deveria ser”, com a finalidade de evitar essa máxima perigosa, não caberia a um julgador qualquer interpretação das leis, sejam elas restritivas ou expansivas (Bentham, 1891, p. 30), em outras palavras, não estaria nas suas funções fazer conjecturas a respeito dos pontos obscuros, silenciosos ou indeterminado do direito, uma inconformidade com a atuação de juízes que é demonstrado ao longo da obra de Bentham (1891, p. 21) que tinha como objetivo formular uma teoria da legislação e advogava por uma reforma legislativa em resposta direta à noção tradição do *judge-made law* inglesa personificada pela figura de Blackstone.

O positivismo jurídico, no sentido aqui proposto, não só se nega a fazer juízos valorativos do direito, como estabelece como pressuposto lógico da teoria jurídica uma distinção clara entre o direito como fato e o direito como valor, desassociando o direito como ele “é” observado e descrito daquele que ele “deveria ser”, retirando qualquer elemento valorativo que subordinasse o direito a uma ordem moral superior e centra o direito na autoridade que o institui e dentro dessa lógica é possível asseverar que a abordagem positivista afirma que não há conexão inerente entre direito e moralidade.

Nessa perspectiva, o direito não necessariamente reflete ou impõe valores éticos e as leis e códigos não servem como bússola moral para a sociedade, que sempre estaria disposta a censurá-los. Dentro da lógica do positivismo

³ “to obey punctually; to censure freely” no original em inglês, tradução livre.

⁴ “[...] a system that is never to be censured, will never be improved [...]” no original em inglês, tradução livre.

⁵ H.L.A. Hart afirma que tanto Bentham quanto Austin, considerados utilitaristas, constantemente insistiam na necessidade de uma distinção firme e com a máxima clareza do direito como ele “é” do direito como “deveria ser” complementando que, na Inglaterra de sua época, a separação entre direito e moral é feita de maneira superficial e errada.

⁶ H.L.A. Hart, usando das palavras de Austin, resume a sua posição a partir do seguinte enunciado: “A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation. This truth, when formally announced as an abstract proposition, is só simple and glaring as it seems idle to insist upon it.”

jurídico, essa separação entre direito e moral é essencial para manter a autonomia e a independência do sistema jurídico de julgamentos morais subjetivos, mas também suscita debates e críticas a respeito do papel da justiça. Como o positivismo jurídico afirma que o direito é desprovido de conteúdo moral inerente, surge a pergunta: a justiça pode ser acomodada dentro de uma estrutura legal que separa direito e moral?

Kelsen (2006, p. 3 e 18), seguindo a linha do positivismo jurídico, descreve o direito como um sistema de regras criado por uma ordem de comportamento humano que se diferencia de outros sistemas de regras, como a moral e a religião, pela autoridade que o cria e pelo poder de aplicar sanções. Em outras palavras, o direito é uma criação do homem, promulgada por autoridades reconhecidas ou entidades soberanas revestidas de poder e a ênfase da discussão do direito está nas suas características formais, como sua promulgação por meio de legislação ou por decisões de instituições jurídicas legítimas. A validade do direito, portanto, não depende de sua correção moral ou de seu alinhamento com os princípios do direito natural. Em vez disso, a legitimidade do direito decorre de seu reconhecimento pelas estruturas políticas e sociais de uma dada sociedade.

Dentro dessa lógica, Kelsen (2006, p. 5) propõe o problema sob um ponto de vista metódico e científico, em que a demarcação entre direito e justiça depende da refutação da suposição de que o direito positivo deve ser inerentemente justo. Essa refutação reconhece outra situação inerente; isto é, uma teoria científica do direito não tem o escopo de abordar essa questão moral. Em essência, colocar a questão “O direito positivo deve ser justo?” desafia a missão da ciência jurídica. Como ciência jurídica, o direito positivo não se envolve com questões morais e o problema do direito é enquadrado como uma técnica social e não como uma questão moral.

Essa distinção entre o direito e a moral não ignora o papel da justiça para a construção de uma ordem social, mas apenas dá outro significado à justiça, distinto da ordem jurídica e do direito. Para Kelsen (2006, p. 6), a justiça é uma questão de felicidade social e essa felicidade é relativa na medida em que não existe uma única ordem social capaz de oferecer felicidade geral para todos e essa relativização da felicidade social não negligencia o potencial de contentamento mútuo e geral. Apesar das diferenças individuais nos julgamentos de valor, isso não significa que esses indivíduos careçam de sistemas de valores individuais (Kelsen, 2006, p. 7). Na verdade, muitas vezes pode ser encontrado um grau significativo de consenso entre os indivíduos em muitos julgamentos de valor. Assim, um sistema de valores positivos não é meramente uma construção caprichosa de indivíduos isolados, mas é, invariavelmente, o resultado de influências recíprocas exercidas entre indivíduos dentro de um grupo definido – seja família, tribo, classe, casta ou profissão.

Para Kelsen (2006, p. 8), todo sistema de valores, notadamente os sistemas morais com sua ideia quintessencial de justiça, é um fenômeno social – um produto da sociedade da qual surge e varia de acordo com a natureza social e a aceitação generalizada de certos valores dentro de uma sociedade não nega a subjetividade e a relatividade desses julgamentos de valor. O acordo de numerosos indivíduos sobre julgamentos de valor específicos não fornece evidência causal substancial de sua correção e a crença generalizada não constitui prova científica adequada da precisão de tais ideias.

Por isso, dentro da lógica do positivismo jurídico, os valores sociais ou o sistema de valores da ordem social são distinguíveis dos pressupostos do direito positivo que não são inerentemente vinculados com esses valores, embora se possa dizer ou admitir uma interação entre eles na medida em que a discussão social é o que definirá quais desses valores serão positivados no direito e passarão a fazer parte da ordem jurídica ou do direito como ele “é”, independente das possíveis divergências existentes dos críticos desses valores positivados. Em outras palavras, não existe ligação inerente entre as dimensões factual e valorativa do direito como ele “é”.

2.1 Positivização da (in)justiça e o positivismo jurídico

Com isso em mente, é possível dar uma resposta à questão formulada. Dentro do positivismo jurídico, a justiça não pertence à ordem jurídica ou a um sistema jurídico. Ela pertence ao sistema de valores da moral. Mas, o que ocorreria se acontecesse a legalização de valores morais? Esses valores passariam a ser parte do direito positivo. E, dentro dessa legalização caberia algum tipo de julgamento valorativo sobre os valores positivados? Dentro da lógica do positivismo jurídico, onde não caberia juízo valorativo do direito, o direito não possui valores, ele apenas “é” o

direito da forma como foi proposto pela autoridade revestida do poder para fazê-lo e, por isso, independente do conteúdo da norma, ele seria direito.

Se o direito de uma nação, por exemplo, passasse a conter conteúdo religioso ou incorporasse parte da dogmática religiosa como elementos de sua normatividade, esse seria o direito da nação, independente do seu conteúdo e independente da justiça de seus elementos substantivos. Essa noção diz muito sobre a teoria do direito, mas diz pouco sobre o que Bentham (1891, p. 101) chamava de pontualidade de sua obediência, porque a obediência da lei implica que exista em seu conteúdo algo que justifique a sua obediência.

Esse conteúdo implícito é o que impulsiona Alexy (2010) a teorizar sobre a dupla natureza do direito, uma vez que a atuação em prol de um determinado direito pode definir a maneira como o sistema jurídico se comporta. Se o direito passasse a conter previsões absurdas que, por exemplo, dispusessem a destruição de parte dos governados de uma nação, claramente o sistema jurídico teria degenerado para um sistema baseado exclusivamente na força bruta (Alexy, 2010, p. 169). Não seria mais uma ordem jurídica e não há que se falar, por melhor que sejam as discussões teóricas do direito, que caberia obediência a essa ordem, pelo contrário, a prescrição da própria teoria jurídica seria no sentido de sua desobediência e a ordem social estaria factualmente arruinada.

Se fosse entendido em sentido contrário, se o direito positivo realmente estabelecesse que a ordem jurídica absurda ou destrutiva deveria ser cumprida porque esse “é” o direito da nação, o próprio direito estaria fadado à destruição ou seria orientado para a destruição da sociedade que o institui, transformando o direito em mero instrumento de exercício de poder dos governantes e das autoridades, sem qualquer necessidade de prestação de contas ou de respeito a um mínimo valor estrutural. Por óbvio, não se pode fazer o equívoco de alinhar o positivismo jurídico com teorias jurídicas que prescrevem o cumprimento de qualquer direito, independentemente de seu conteúdo valorativo.

O que o positivismo jurídico parece indicar é a necessidade de uma dupla visão do direito, que seja capaz de reconhecer a sua prática efetiva ou o que “é” praticado como direito em um determinado tempo e a capacidade de uma reflexão crítica do direito a partir do que ele “deveria ser”, sem que se possa concluir sobre o que deveria ser feito no nível do cumprimento ou materialização do direito e, nesse sentido, não se poderia afirmar que positivismo jurídico pregaria o cumprimento de uma lei que exigisse a destruição de parte dos governados de uma nação, mas apenas afirmar que essa “é” a lei de uma nação.

É essa a reflexão de Ferrajoli (2013a, p. 13) sobre a constituição italiana promulgada após a codificação do direito fascista, em que coexistem corolários do direito constitucional moderno, como a presunção de inocência e o princípio da estrita legalidade em matéria penal, com instituições do direito fascista da responsabilidade objetiva, grandes prazos de prisão preventiva e inexistência de garantias de defesa adequadas, que exigem de sistemas complexos, como o caso dos Estados constitucionais de direito, um duplo foco que não seja puramente normativista, voltados apenas no “dever ser” do direito, como prescrevia o direito natural de Blackstone, nem puramente realista, que despreveria o direito apenas a partir do que ele “é”, transformando o direito em mero exercício de poder.

A abordagem do direito em uma visão dualista ou com foco dualista que não o transforme apenas no realismo daquilo que “é” e nem o limite às visões naturalistas que focam apenas na censura ao direito e vinculam a sua validade a uma visão normativista é o que está na essência da pergunta inicial: existiria espaço para a justiça dentro do direito ou do sistema jurídico como um todo? A resposta para essa pergunta pode ser encontrada na tese da dupla natureza do direito formulada por Alexy (2010, p. 167) que se baseia no pressuposto que o direito possui tanto uma dimensão real ou factual quanto uma dimensão ideal ou crítica e, nessa definição, o direito como “fato” é representado pelos elementos de autoridade e de eficácia, muito semelhantes à visão do positivismo jurídico da autoridade e da obediência, e o direito como “valor” é representado pelo elemento da correção moral, que serve de elemento para justificação da obediência.

Essas definições, no entanto, são elementos apenas formais que “em ordem para se chegar a um conteúdo concreto e uma estrutura clara, a tese precisa ser explicada dentro de um sistema⁷” (Alexy, 2010, p. 167) pela

⁷ “In order to arrive at concret content and a clear structure, the thesis has to be explicated within a system” no original em inglês, tradução livre.

“institucionalização da razão⁸” (Alexy, 2010, p. 167), cuja etapa final promove a “reconciliação entre o ideal e o real⁹” (Alexy, 2010, p. 168). Essa reconciliação entre o direito como “fato” ou real e o direito como “valor” ou ideal é baseada na premissa que a correção substancial, que é um argumento em prol da justiça, não se esvai quando o direito é institucionalizado, ou seja, ele continua contido atrás e dentro da lei (Alexy, 2010, p. 174), que é percebido mesmo pela lógica do positivismo jurídico e está contido no hábito geral de obediência que precisa justificar materialmente o “porquê” de se obedecer à lei.

Segundo Alexy (2010, p. 174), a correção do direito, nesse sentido, passa por uma visão de duas ordens. A primeira ordem de correção se refere apenas à sua dimensão ideal e à noção de justiça como tal, enquanto a segunda ordem de correção lida com a compreensão da justiça, se referindo tanto à dimensão ideal quanto à dimensão real. Essa compreensão da justiça ou “certeza legal” (*Rechtssincherheit*) só é possível pela positividade e está imbricado no compromisso com o que é estabelecido pela autoridade e pela eficácia social (Alexy, 2010, p. 174), ou seja, o que justifica a obediência é o compromisso com a certeza que legitima o direito instituído pela autoridade soberana.

Essa segunda dimensão é o que faz Alexy (2010, p. 175) criticar a lógica formulada do positivismo jurídico de que o direito pode ter qualquer conteúdo e, portanto, a lei de estados autoritários que estabeleçam o confinamento de indivíduos em campos de concentração ou mesmo a sua morte ainda assim seria o direito daquela nação e afirmar, segundo a fórmula de Radbruch, que a “extrema injustiça não é direito” (Alexy, 2010, p. 175) e, nesse sentido, retomamos o problema do direito como mero instrumento de poder e ignoraríamos o problema da compreensão do direito sob o ponto de vista da própria sociedade que o estabelece que estaria sujeita à sua destruição interna.

Esse problema é respondido tanto pelo positivismo jurídico quanto pela teoria da dupla natureza pelo estabelecido do constitucionalismo democrático que para Alexy (2010, p. 177) é a única forma de conciliação entre a positividade e a correção do direito por promover a materialização sistêmica da dupla natureza do direito, ao tempo em que para Ferrajoli (2013b, p. 46) uma constituição democrática, compreendida como uma lei maior que ordena todas as demais, transforma os princípios éticos e políticos que são externos ao direito em *principia iuris et in iure* ou em direito positivo interno e geradora de deveres de coerência para a produção e interpretação das demais leis a ela subordinadas.

A resposta do constitucionalismo democrático é eficiente porque atende à necessidade de se responder ao problema dos governos autoritários que preveriam a destruição ou subordinação da sociedade à vontade tirânica de um soberano, mas ao mesmo tempo não subordina o direito a uma ordem externa ou maior que o próprio direito, como prescreveria o direito natural, porque ele subordina o direito à sua própria lógica interna e à própria autoridade do direito previsto em seus códigos internos, principalmente pela prescrição de princípios ético-políticos em uma constituição que funciona como lei maior que legitima e condiciona todas as demais.

Por isso, a legalização de imperativos morais transforma tais imperativos em condicionantes das práticas do próprio direito e, ao contrário do que prescrevia o direito positivo, a justiça não estaria fora dos limites do direito, pelo contrário, a legalização dos imperativos morais transforma a justiça em elemento de legitimação interna do próprio sistema e condiciona o seu funcionamento tanto na produção da legislação quanto na interpretação para a sua aplicação, especialmente na presença de uma constituição de fundamento democrático. No entanto, isso não explica o problema das fontes do direito, que continuam dependentes de um elemento externo ao sistema jurídico.

A positivação dos princípios em regras de direito constitucional, como afirmam ambas as teorias, do positivismo jurídico e do não positivismo jurídico sobre o constitucionalismo democrático, embora resolva o problema de o direito positivo prescrever qualquer tipo de conduta, ainda condiciona a autoridade do direito a um elemento externo, o direito positivo produzido pela autoridade soberana do parlamento. Nesse processo, essas duas visões ignoram que a própria noção de autoridade soberana do parlamento é uma estrutura do direito (Nobles; Schiff, 2006, p. 102) que foi e é discutida e trabalhada por cortes e tribunais e que o direito e seus elementos, como a justiça,

⁸ “institutionalization of reason” no original em inglês, tradução livre.

⁹ “reconciliation of the ideal with the real” no original em inglês, tradução livre.

não são apenas construções abstratas da discussão teórica do direito, mas constatações históricas de um sistema jurídico em busca do sentido do que “é” o direito.

Embora o positivismo jurídico se coloque em posição de crítica à atuação de cortes e tribunais, as cortes e os tribunais estão contidos no terreno do que Luhmann (1983, p. 236) chama de “positividade”. A positividade é uma característica tanto dos juízes quanto da legislação, que acentua nos juízes a neutralidade política, transferindo a consciência jurídica do julgador para a sociedade e vinculando os seus argumentos, a sua proximidade com as sanções e a indeterminação das normas ao processo legislativo, de maneira a complementá-lo. Assim, as considerações da legislação vinculam as decisões judiciais de cortes e tribunais que mesmo quando arriscam considerações mais arrojadas, inclusive sobre a justiça, precisam estar resguardados pela legislação.

Para Luhmann (1983, p. 236-237), historicamente, a positividade não trata apenas da amplificação das atribuições legislativas ou da subordinação das instituições e dos processos legislativos a uma hierarquia das leis, que seria uma reprodução da noção romana da *lex positiva*, mas sim do próprio estabelecimento do direito como a base e o fundamento do próprio direito. Nesse contexto, a soberania do parlamento se transforma em estrutura do próprio direito e o direito positivo passa a vigorar não porque é permitido ou estabelecido por normas superiores que o autorizam, mas porque o sistema jurídico pelos seus próprios critérios o estabelece, o que acaba por abrir o direito à possibilidade de mudança, não mais vinculado a uma autoridade que o legitima, pela própria decisão judicial.

3 Uma observação sistêmica do direito e da justiça

O positivismo jurídico à época de Bentham (1891) era apresentado sob um ponto de vista reformista, uma crítica ao direito natural e à teoria jurídica do período personificada na figura de Blackstone. A noção do direito como duas vertentes, fato/valor, era apresentada como uma novidade, uma alternativa à má compreensão do direito do período e da sua vinculação a uma ordem moral superior que determinava o seu conteúdo valorativo, uma oposição ao direito natural. Por isso, embora o caráter reformista do direito positivo prescrevesse uma superação da ordem anterior, da imutabilidade do direito vinculado à ordem universal do direito natural, o direito da época era centrado nas noções do direito natural e delas decorriam as práticas das cortes e dos tribunais.

Por isso, por melhores que possam ser as críticas à vinculação do direito à lógica do direito natural e por mais que se afirme a preponderância do pensamento jurídico do positivismo e da influência reformista de Bentham (1891) na discussão teórica do direito (Schofield, 2021, p. 203), a justiça ou a possibilidade de uma leitura moralista do direito sempre esteve presente na formação das estruturas internas de sentido do direito e ainda está presente na discussão teórica do que é o direito, algo que pode ser observado no debate entre Hart e Dworkin, que entre as diferentes questões apresentadas está a função do direito e a possibilidade de leituras principiológicas de sua ciência (Shapiro, 2007, p. 3-4), ou na crítica do constitucionalismo garantista às teorias neoconstitucionalistas como um retorno ao jusnaturalismo (Ferrajoli, 2012, dnp), uma modernização da crítica do positivismo jurídico ao suposto retorno do direito natural.

Embora o positivismo jurídico descreva o direito em termos de fontes de autoridade e se afirme que o sistema jurídico tenha aderido ao positivismo, o direito natural não desapareceu de imediato do sistema jurídico (Nobles; Schiff, 2006, p. 92) e embora se possa presumir que a existência do direito natural em concomitância com o positivismo jurídico sugira que o direito natural é um remanescente histórico sujeito à extinção, conforme expressam Nobles e Schiff (2006, p. 92), essa seria uma “conclusão incorreta” porque não existe razão para esperar que o sistema jurídico venha, em seu processo de comunicação de sentido sobre o que “é” o direito, apenas identificar como parte de seus elementos internos comunicações em referência a fontes de autoridade. O sistema jurídico, em seu processo histórico evolutivo, jamais deixou de operar comunicações sem referência à “justiça”.

Parte da discussão teórica sobre as funções do direito que podem ser observadas nos trabalhos de diferentes teóricos do direito é um indicativo dessa irritação interna do sistema jurídico, que não pode fugir de questões de justiça e, mesmo no positivismo jurídico, o pressuposto de desvinculação entre fato e valor ou direito e justiça é um elemento fundamental de sua distinção de outras teorias. Isso sem considerar as práticas de cortes e tribunais, cujos argumentos são, em diferentes medidas, orientados a partir de noções de justiça que são, inclusive, o plano

de fundo para a crítica sobre a qualidade desses argumentos a partir da teoria jurídica, que são considerados um problema de ativismo judicial (Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

Isso significa que a abordagem positivista, por melhor que sejam os seus argumentos em prol da distinção entre direito e moral, trabalha muito mais no plano prescritivo da teoria jurídica, que busca orientar os processos internos do sistema jurídico para o que o direito “deveria ser” em uma crítica ao sentido corrente do direito, do que no plano descritivo do funcionamento interno do sistema jurídico, embora não se possa ignorar o valor da teoria jurídica como elemento interno de descrição do sistema sobre o sentido de suas próprias estruturas internas, o que Luhmann (2016, p. 678) chama de “autodescrições”.

Dentro de uma teoria da sociedade com fundamento em sistemas sociais que se autorreproduzem, o papel das autodescrições é o de descrever o sistema jurídico de maneira como que o sistema continue provendo sentido (Luhmann, 2016, p. 678), ou seja, o papel da teoria jurídica em sua descrição do sistema jurídico é o de dar sentido ao o que “é” o direito mesmo que a dúvida quanto à existência de uma resposta certa para essa pergunta seja cada vez maior. Para Luhmann (2016, p. 677), o sistema jurídico precisa ser entendido como uma instância de decisão e, precisando tomar decisões em referência à justiça (Nobles; Schiff, 2006, p. 92), a teoria jurídica e as autodescrições fornecem os elementos necessários pra que o sistema jurídico não recomende a anarquia ou o livre-arbítrio (Luhmann, 2016, p. 677).

O que se verifica no sistema jurídico, especialmente a partir do período em que Bentham (1891) escreveu os seus comentários e sua proposta de reforma à teoria da legislação da Inglaterra, é que as decisões judiciais não só faziam parte do direito inglês, como eram uma de suas primeiras fontes e mesmo que a legislação tenham substituído as decisões judiciais como o principal mecanismo pelo qual o direito é estabelecido e modificado, inclusive essa era uma das defesas de Bentham (1891, p. 222) da legislação positiva. A modificação da lei pelas decisões judiciais continuou e juízes em livros, artigos e palestras jamais precisaram negar que, em diferentes circunstâncias, afetam o direito com suas decisões (Nobles; Schiff, 2013, p. 47).

Em termos sistêmicos, isso significa que embora se possa afirmar que o sistema jurídico opera, desde o século XVIII, a partir da distinção entre direito e moral, essa distinção apenas reforçou a diferença entre o que é o direito positivo e o que pode ser ajuizado moralmente, ou seja, a distinção entre o direito conforme previsto pela convenção social e o que as cortes e os tribunais são chamados a decidir. Nesse sentido, o positivismo jurídico e a positivação do direito contribuíram para evitar que as decisões judiciais estivessem à mercê das pressões sociais ao vincular o juiz à lei (Luhmann, 2016, p. 78), impedindo que juízos morais tenham consequências jurídicas imediatas (Luhmann, 2016, p. 106), mas sem negar que o sistema jurídico decidirá a partir de expectativas de justiça (Luhmann, 2016, p. 158).

Isso não significa que a moral e a questão quintessencial de justiça seja um elemento de validação ou justificação do direito, porque o sistema jurídico a partir do direito positivo não precisa mais de um fundamento externo ou uma legitimação adicional (Luhmann, 2016, p. 51); pelo contrário, a positividade do direito fechou o sistema jurídico em suas próprias estruturas internas de sentido, em um “fechamento operativo” (Luhmann, 2016, p. 104), impedindo juízos morais no interior do sistema, forçando-o a decidir em referência a seus próprios elementos.

No entanto, o sistema jurídico é uma máquina histórica (Luhmann, 2016, p. 77-78) e como tal, conforme nos apresenta a estrutura do *common law* e a vinculação do juiz às decisões anteriores para a formação de suas razões de decisão, movimenta-se em referência às decisões anteriores que formam as bases para as decisões do futuro e, nesse sentido, conduzem ao estabelecimento de critérios que são válidos apenas para o próprio sistema que não pode importar estruturas de fora, mas com o auxílio de suas próprias estruturas internas pode modificá-las ou abandoná-las (Luhmann, 2016, p. 154) e, por isso, não pode ignorar que em determinados momentos será chamado a decidir com base na justiça, mas precisa fazê-lo de maneira juridicamente criteriosa.

O sistema jurídico só consegue decidir o que faz parte do direito e o que não faz parte do direito quando confronta decisões anteriores e, ao fazê-lo, antecipa possibilidades para decisões futuras (Luhmann, 2016, p. 153), colocando em marcha o que a teoria sistêmica chama de “autopoiese do sistema jurídico” (Luhmann, 2016, p. 153), que é a reprodução de sentido oriundo das próprias estruturas internas do sistema onde são recordados não apenas os materiais de conflito, a solução de casos isolados, quais foram as reivindicações negadas ou aceitas

em determinados períodos históricos, mas todas essas informações juntas que atuam como pré-requisitos para condicionar as decisões futuras.

Por isso, quando se fala que o sistema jurídico jamais deixou de operar comunicações sem referência à justiça (Nobles; Schiff, 2006, p. 92), o que se está dizendo é que questões de justiça ou mesmo questões morais, como a legalização de princípios morais que estão presentes no sistema jurídico, não podem ser ignoradas como parte das suas estruturas internas de sentido sobre o que pertence ou não ao direito e mesmo que o positivismo jurídico afirme categoricamente que a justiça não deveria pertencer ao sistema, ele apenas está confirmando que o sistema jurídico como “é” não só considera a justiça um de seus elementos, como não deveria mais fazê-lo.

Se o sistema jurídico está sujeito a tomar decisões com base em critérios de justiça ou, pelo menos, a partir de expectativas de justiça (Luhmann, 2016, p. 158), considerando que a justiça está sujeita a limitações de sentido descritas pela teoria jurídica em seu trabalho de descrição do sistema, a partir de sua positividade, evita-se que as comunicações do que “é” ou não direito estejam à mercê das pressões sociais ao vincular o juiz à lei (Luhmann, 2016, p. 78) então faz-se necessário compreender como esses critérios são estabelecidos e, dentro da teoria sistêmica, a justiça é compreendida como “fórmula de contingência” (Luhmann, 2016, p. 291) que opera a partir do esquema igualdade/desigualdade (Luhmann, 2016, p. 308).

A justiça como “fórmula de contingência” é, para a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, uma estrutura de estabilização interna do sistema, fornecendo previsibilidade ou consistência às decisões judiciais (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 256). A justiça dentro do sistema jurídico não é a mesma justiça do direito natural de “fundamentação metafísica”, mas ao mesmo tempo não é a pluralidade de possibilidades da moral pública, que implicaria um “decisionismo” das decisões judiciais. A justiça é um símbolo de “congruência” que tem função de estabilizar as expectativas normativas desenvolvidas pelo direito (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 256).

O que Nobles e Schiff (2006, p. 62) parecem sugerir é que, apesar de o sistema jurídico moderno definir-se em termos da positividade do direito ou que “o direito moderno se define como ‘direito positivo’” (Luhmann, 2016, p. 51), em uma superação do modo de pensar o direito a partir de valores transcendentais e universais do jusnaturalismo, o sistema jurídico não precisa “desistir da ideia de justiça” (Luhmann, 2016, p. 289) que funciona no interior desse sistema como uma representação de sua unidade que tem como objetivo fazer conexões entre as diferentes operações de sentido sobre o que “é” o direito.

Para Luhmann (2016, p. 289), a ideia de justiça é um “programa para programas”, o que significa dizer que a ideia orienta a produção de programas que dão unidade ao sistema jurídico em sua função de estabilização das expectativas normativas. Essa ideia de justiça é diferente das teorias jurídicas em si, que como autodescrições do sistema jurídico são discutíveis a partir de auto-observações, e requer uma qualidade normativa que é implícita ao sistema jurídico que “pretende-se justo por si mesmo” (Luhmann, 2016, p. 290).

Mas isso não significa que o sistema jurídico opera-se a partir de fórmulas teóricas como a de Radbruch (Alexy, 2010, p. 175), que impediria um julgamento a partir da injustiça extrema, porque apesar de possuir uma qualidade normativa ela não opera na forma de uma teoria, mas como programa normativo sujeito à frustração (Luhmann, 2016, p. 290), o que significa dizer que “podem existir sistemas jurídicos injustos (ou mais ou menos justos)” (Luhmann, 2016, p. 291). Cabe, portanto, explicar como o sistema é capaz de expressar esse programa normativo que é a ideia de justiça.

3.1 A justiça do sistema jurídico e possível convergência entre a teoria sistêmica e o positivismo jurídico

Se o sistema jurídico jamais deixou de operar comunicações em referência à justiça, faz-se necessário descrever de que “justiça” estamos falando quando nos referimos a um sistema jurídico. O positivismo do direito já estabeleceu um alerta importante que serve de abertura para a compreensão da justiça a partir do sistema jurídico, a “máxima perigosa” de que o direito estaria subordinado a uma origem anterior, exterior e maior que ele, como prescrevia o direito natural que Bentham (1891, p. 213) criticava e que acabava por limitar o direito e sua mutabilidade em uma sociedade positiva, subordinando-o à ordem imutável do direito natural. O ponto central da crítica do positivismo jurídico é, portanto, a imutabilidade do direito natural.

A “justiça” no sistema jurídico é, em primeira análise, parte de suas estruturas internas e o sistema jurídico, como todos os subsistemas da sociedade, é “sempre contingente” (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 254) e dentro dessa contingência as operações internas do direito em busca de sentido do que “é” ou “não é” direito está sempre sujeito à mutabilidade que é característica, principalmente, da sociedade moderna e sua complexidade. Nesse sentido, a justiça como é compreendida pelo sistema jurídico é tão mutável quanto é o direito da sociedade política de Bentham (1891, p. 141) e mesmo que se fale em conquista de valores ou de legalização de pressupostos morais, a justiça no sistema jurídico não é concebida como conquista de valores imutáveis (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 254), como a lógica do direito natural de Blackstone e a sua descoberta do espírito do direito (Blackstone, 2016, p. 47).

A “justiça” no sistema jurídico está vinculada com a impossibilidade do direito de prescrever a todos os casos a ele submetidos a prestação jurisdicional correspondente e é, em parte, abordado pela crítica hodierna feita pelo positivismo moderno ao que o se chama de teorias “pós-positivistas” ou “neojusnaturalistas” que pela defesa de um direito centrado na ponderação restabeleceram a conexão pré-moderna do direito e da moral (Ferrajoli, 2014, p. 10) em um retorno ao modelo estático de normas do direito natural, incompatível com lacunas que devem ser preenchidas em referência a sistema coerente de princípios (Ferrajoli, 2013a, p. 110), contrário ao paradigma do positivismo da sociedade moderna.

Em termos de uma teoria sistêmica, a necessidade de prestação jurisdicional é oriunda de uma pressão do ambiente social que exige do sistema jurídico decisões sobre demandas que, regra geral, o sistema jurídico não tem a capacidade de cumprir de maneira imediata e programática, por exemplo, pela ausência de previsão normativa. A justiça no interior do sistema exerce a missão de tornar essas pressões adequadas a uma possível operação jurídica de comunicação, tornando possível a decisão judicial onde não seria possível uma decisão (Lima; Bôas Filho, 2014, p. 255) e, nesse sentido, não tem qualquer vinculação axiológica e não se trata de vincular o direito a uma norma superior a ele (Lima; Bôas Filho, 2014, p. 256) pela qual seria possível criticá-lo.

A justiça no sistema jurídico opera como uma “fórmula de contingência” (Lima; Bôas Filho, 2014, p. 255), cuja finalidade não é fornecer ao sistema jurídico elementos valorativos externos que o vinculem a uma ordem natural superior a ele mesmo, de onde extrairia a sua legitimação, mas fornecer elementos de controle de consistência interna ao próprio sistema jurídico, dando estabilidade às decisões judiciais que são o produto final de seus processos comunicativos de sentido quanto ao o que “é” ou o que “não é” o direito e, portanto, quando se fala em justiça no sistema jurídico se está falando na justiça para o direito e não fora dele (Lima; Bôas Filho, 2014, p. 256).

Para Luhmann (2016, p. 291), a ideia de justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico não precisa ser vinculada a um conceito de valor específico e, nesse sentido, a justiça dentro do sistema jurídico não é uma característica de fundamento axiológico e pode ser comparada a outras fórmulas de contingência de outros subsistemas da sociedade, como é o caso da produtividade das negações, centrada na noção de falseabilidade das hipóteses de pesquisa, do sistema científico, o princípio da escassez no sistema econômico, que orienta o valor das operações de mercado e a disponibilidade de mercadorias e serviços, ou a ideia de Deus único para o sistema religioso.

A fórmula de contingência dos sistemas sociais surge no seu interior pela impossibilidade de a sociedade antecipar e planejar o seu próprio futuro (Luhmann, 2012, p. 72). Como sistemas sociais distintos estabelecem fórmulas de contingências ou programas condicionantes de suas próprias estruturas internas de maneira distinta. Isso significa que existem na sociedade diferentes “valores” que não são estruturas transcendentais que fundamentam, a *priori*, a existência do sistema em si, mas são formas de variedade de como os desvios são percebidos pelo próprio sistema, permitindo ao nível da sociedade que se reavaliem os valores sociais ou a mudança de valores, que estão expostos a um “processo de corrosão” (Luhmann, 2012, p. 282) dentro do esquema tradição/novidade que informa o sistema social do que é conhecido, normal ou esperado (tradição) e o que não é esperado (novidade).

Isso é perceptível inclusive na presente discussão sobre a teoria jurídica, tanto na crítica do positivismo jurídico ao direito natural clássico quanto na crítica moderna do positivismo jurídico ao retorno do jusnaturalismo, porque o positivismo jurídico à época de Bentham e sua vontade de reforma da teoria da legislação de seu período apresentava-se como “novidade” à teoria da jurisdição clássica, centrada na ideia do direito natural defendida por Blackstone e, nesse sentido, defendia-se a possibilidade de mudança da teoria jurídica em prol de uma nova teoria,

enquanto a crítica moderna do positivismo jurídico parte da posição de tradição e se irressigna da “novidade” do retorno do jusnaturalismo das teorias neoconstitucionalistas, querendo que a antiga novidade, agora estabilizada como tradição, se mantenha como o fundamento da teoria jurídica.

O que Nobles e Schiff (2006, p. 92) sugerem ao afirmar que no processo histórico evolutivo o sistema jurídico jamais deixou de operar comunicações sem referência à “justiça” é exatamente o problema de se categorizar a variação da tradição/novidade pela produção de exceções às regras, quando as regras perderam a sua importância para o sistema, ignorando que tal abordagem possui uma “hipertrofia semântica” (Luhmann, 2012, p. 284) que compreende a “crítica” como a rejeição do que é criticado e “alternativa” como a melhor opção do que atualmente existe. Ignoram que a sociedade moderna adaptou modos de seleção que não apresentam um futuro estável, mas alternativas do que é possível dentro do que é “esperado” e do que “não é esperado” em um paradoxo da probabilidade do improvável (Luhmann, 2012, p. 251).

Para o sistema jurídico, isso significa que o direito precisa existir como parte da sociedade moderna sem um futuro certo e que todo o futuro do direito se expõe por meio do que é mais ou menos provável ou mais ou menos improvável (Luhmann, 2016, p. 753), não sendo possível dizer que o que é válido para o direito hoje será válido para sempre (Luhmann, 2016, p. 754). Nesse sentido, a “justiça” serve como estrutura interna do sistema para lidar com a improbabilidade inerente à incerteza do direito e, nesse espaço de improbabilidade, o sistema jurídico apresenta alternativas ou estruturas para se preparar, de maneira contingente, às possíveis alterações resultantes dessa incerteza, compensando as quebras de expectativas sobre o que é e o que não é esperado e protegendo as disposições jurídicas resultantes de possíveis mudanças no direito, algo que é mais evidente quando se trata da jurisdição ou da atuação de cortes e tribunais (Luhmann, 2016, p. 755), especialmente no caso da jurisdição constitucional quando se está tratando de casos controvertidos em que pode existir menor adesão de cortes inferiores.

Por isso, em uma visão sistêmica, o direito não deve ser compreendido como dependente de um elemento externo de validação ou legitimação que precisaria encontrar em um valor absoluto e universal da natureza ou da razão ou em uma alguma regra de reconhecimento da autoridade legislativa o argumento de sua fundamentação. O sistema jurídico e a suas comunicações do que “é” ou não direito precisam ser compreendidas como instância de decisão (Luhmann, 2016, p. 677) que são condicionadas, internamente e pelo próprio sistema, por procedimentos onde cada decisão é parte de uma cadeia em busca de consistência, em referência a suas próprias decisões, mas abertos à possibilidade de alternativas ou variações, desde que essas alternativas ou variações façam também referência às próprias decisões, como proposta de substituição do que “é” comunicado como direito.

Esse procedimento de busca de consistência realizado pelo sistema jurídico, em referência à “justiça” pode ser associado à ideia de igualdade. Para Luhmann (2016, p. 217-218), a igualdade é vista, tradicionalmente, como uma forma geral que abarca todos os conceitos de justiça, mas que significa algo muito mais próximo da regularidade ou da consistência e é vista, como são todas as fórmulas de contingência, como um princípio que fundamenta a si mesmo, não sendo uma afirmação da essência ou natureza do direito, nem um princípio para a substanciação da validade da lei e nem um valor que, se poderia presumir, conduz a uma escolha preferencial.

A “justiça” é uma busca pelas razões ou valores que se tornam legalmente válidos na forma de programas que orientam a resposta do sistema jurídico a partir da consistência de seus processos de decisão (Luhmann, 2004, p. 219) e isso significa que todas decisões judiciais precisam ser colocadas no contexto de outras decisões judiciais e devem levar em conta, nesse processo, que a igualdade favorece o processo de repetição do sistema (Luhmann, 2004, p. 228), ao estabelecer que casos semelhantes serão julgados de maneira semelhante, mas pela natureza contingente do processo de tomada de decisão, que podem variar a medida em que mudam o direito, está aberto ao tratamento de maneira desigual pela não repetição do sistema, seja pela alteração da legislação, que levantará questões sobre a vontade ou a intenção do legislador e que o sistema tratará de maneira desigual em referência casos já julgados anteriormente, ou pela jurisdição de casos difíceis, que se apresentam como novidade que dificultam a repetição em referência de igualdade aos casos anteriores.

Isso não significa que mesmo essas decisões consideradas novas não estejam sujeitas aos mesmos critérios de mutabilidade e de contingência do sistema jurídico. Pelo contrário, o sistema jurídico pode fazer comparações

retrospectivas ou prospectivas de maneira a preservar a consistência das decisões, expondo-as, sejam elas iguais ou desiguais. As novas observações do próprio sistema jurídico (Luhmann, 2004, p. 229), como é o caso de mudança de posições das cortes e tribunais em matérias controvertidas e, portanto, inconsistentes dentro do sistema jurídico, explicam, por exemplo, os casos da possibilidade de prisão em segunda instância no Brasil¹⁰ e da reversão da decisão *Roe v. Wade* nos Estados Unidos¹¹.

A visão da teoria sistêmica da justiça não como valor transcendental, mas como fórmula de contingência que se liga à própria função do sistema jurídico (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 256) esclarece a discussão moderna da teoria jurídica sobre a possibilidade ou a impossibilidade de o juiz interpretar o direito para resolver casos difíceis. Para o positivismo jurídico moderno, as lacunas do direito são um vício jurídico que devem ser sanadas pela autoridade competente, o legislador, por meio da introdução de norma inexistente (Ferrajoli, 2013a, p. 13). Nesse sentido, qualquer jurisdição a partir da lacuna seria uma discricionariedade do julgador (Dworkin, 2010, p. 127) e não seria uma decisão judicial. Isso, no entanto, fala muito pouco sobre a decisão judicial em si, porque podem ocorrer decisões judiciais no sentido aqui prescrito e a decisão judicial seria uma decisão judicial, apesar da teoria não considerá-la como tal.

O que se identifica aqui é exatamente a confirmação da justiça como regra de contingência e não como um elemento valorativo transcendental, porque o sistema jurídico comunica decisões judiciais e o faz tanto a favor do que prescrevem teorias mais restritivas da interpretação do direito pelas cortes e pelos tribunais — o que teorias positivistas considerariam decisões judiciais “corretas”, apesar disso implicar um paradoxo teórico ao permitir juízos valorativos de decisões fundamentadas no positivismo, que é antiaxiológica, quanto a favor de teorias mais amplificativas da interpretação do direito que dão liberdade às cortes e aos tribunais na prestação jurisdicional.

O que o sistema jurídico está preocupado, quando lida com a justiça, é com a consistência das decisões judiciais e o faz não a partir de elementos externos ao direito, mas internos a ele no uso do esquema igualdade/desigualdade (Luhmann, 2016, p. 308). Apenas a partir desse esquema é possível compreender a possibilidade, por exemplo, que decisões judiciais, mesmo sob a teoria do positivismo jurídico, sejam “corretas” e não sejam vinculadas a um valor externo e universal. É a partir do esquema igualdade/desigualdade que se compreendem os processos comunicativos do sistema jurídico e as decisões judiciais a partir da consistência de suas decisões.

A visão da teoria sistêmica sobre a justiça não nega a preocupação do positivismo jurídico, principalmente a teoria jurídica de fundamento científico de Kelsen (2006, p. 5), de que a confusão entre direito e justiça é um elemento político-ideológico que busca justificar uma determinada ordem social e, ao fazê-lo, deixa de ser considerada uma preocupação científica, mas afirma que mesmo a visão positivista da ordem social como ordem coercitiva (Kelsen, 2006, p. 18) precisa de um elemento que justifique a coerção, como é o caso da autoridade revestida de poder (Kelsen, 2006, p. 18) e que esses elementos são usados pelo sistema jurídico para que possa replicar as decisões judiciais ao longo do tempo.

4 Considerações finais

A discussão teórica do direito, principalmente entre teorias não axiológicas que desvinculam o direito da moral e teorias axiológicas que buscam trazer a justiça de volta para o sistema jurídico ignoram que os processos de tomada de decisão de cortes e tribunais jamais deixaram de levar em consideração referências à justiça, mas isso não significa, por melhores que sejam as críticas da teoria à prática de cortes e tribunais, que se está diante do retorno ao jusnaturalismo ou diante da necessidade de vinculação do direito a um fundamento externo, universal ou transcendental que deixe o direito subordinado à moral ou à política.

¹⁰ Até 2009, o STF entendia que a execução provisória da pena era constitucional. Em 05/02/2009, no julgamento do HC 84.078/MG, considerou a execução provisória da pena inconstitucional. Em 17/02/2016, no julgamento do HC 126.292/SP retomou o entendimento da corte até 2009, entendendo que a execução provisória da pena era constitucional. Em 07/11/2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, entendeu que a execução provisória da pena era inconstitucional.

¹¹ Em 2022, a Suprema Corte norte-americana modificou o entendimento sobre a possibilidade ou não do abortamento, revertendo o precedente de mais de 49 anos firmado em *Roe v. Wade* (Cohen et al., 2022).

A justiça funciona no sistema jurídico não como uma subordinação a elementos externos, mas como símbolo da unidade do sistema em referência a seus próprios elementos internos, especialmente diante da implícita contingência dos processos de tomada de decisão das cortes e dos tribunais, onde não existe certeza absoluta quanto ao futuro do direito, que é incerto tanto pela possibilidade política de alteração da lei, quanto pelos possíveis casos que serão levados a julgamento, sejam eles casos difíceis ou não, que exigem e exigirão do sistema jurídico interpretação e aplicação do direito que sempre está sujeito à frustração quanto ao que se espera de seus julgamentos.

Essa natureza contingente pode ser identificada na própria discussão teórica do direito. Quando teóricos do direito, sejam eles positivistas ou não positivistas, observam uma determinada decisão e se irressignam contra ela, estão reforçando a natureza contingente do direito e não a rejeitando, porque ao observar a decisão por um determinado ponto de vista, estão afirmando que a decisão como foi tomada poderia ser tomada de outra maneira e, até mesmo, apresentam argumentos que reforçam a sua observação. O que parecem ignorar é que esse processo é realizado internamente pelo próprio sistema, que não só tem conhecimento das diferentes possibilidades de ser observado, como essas possibilidades fazem parte do próprio processo de tomada de decisão, afinal de contas, se o sistema poderia ter decidido de outra forma, ele poderia ter decidido de outra forma, por mais tautológica que possa parecer essa afirmação.

Isso significa que o sistema jurídico está aberto às diferentes possibilidades de tomada de decisão em casos submetidos a julgamento pelas cortes e pelos tribunais e no seu processo de dar sentido ao que “é” ou “não é” direito não precisa fazer referência a elementos externos ao próprio direito, porque todas as diferentes possibilidades já estão contidas dentro do sistema jurídico como parte de suas estruturas internas, sejam elas visões axiológicas ou não do direito e, exatamente para não cair no problema anunciado pelo positivismo de sujeição do direito e da moral, precisa estabelecer modos de seleção dessas possibilidades o que faz em referência à justiça.

Embora essa abordagem possa parecer uma defesa de uma leitura axiológica do direito que o vincule a uma determinada noção de justiça, a justiça como é explicada pelas cortes pelos tribunais no presente das práticas jurídicas, na verdade é a única possível até mesmo para a consolidação do positivismo jurídico como a tradição jurídica corrente, porque é preciso reforçar que o positivismo jurídico surgiu em oposição à lógica do direito natural e, paradoxalmente, porque se presumia que o direito natural era imutável, realizou uma mudança no sistema jurídico que só foi possível exatamente porque o sistema jurídico se consolidou a partir da mutabilidade de seus processos internos de comunicação do direito e da incerteza dos processos de tomada de decisão, onde o futuro é incerto exatamente porque hoje o positivismo é a tradição, mas se está aberto às possibilidades de novidades do futuro. Uma visão sistêmica do direito, muito mais do que uma defesa das posições jurídicas consolidadas ou de uma possível reinvenção do direito pela defesa de novas visões dele mesmo, é uma abordagem que tem como prioridade um pragmatismo teórico que não se prenda a um dogmatismo jurídico e apresenta o direito a partir de um sistema jurídico centrado na noção que todas as decisões poderiam ser tomadas no sentido contrário e “não se deve negar que o que acontece do modo como acontece” (Luhmann, 2016, p. 294). Nesse sentido, por mais que exista uma resistência ou uma crítica à justiça como ela é observada e descrita no e pelo sistema jurídico, é inegável que o tema da justiça sempre será trabalhado pelo sistema e é preciso compreender os processos e “como” o sistema jurídico assim o faz.

5 Referências

ALEXY, R. The dual nature of law. *Revista Ratio Juris*, v. 13, n. 2, p. 167-182, 2010.

AUSTIN J. *The province of jurisprudence determined*. São Paulo: Cambridge University Press, 1995.

BENTHAM, J. *A fragment on government*. Oxford: At The Clarendon Press, 1891.

BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England - Book I: the rights of persons*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

COHEN, I. G; MURRAY, M; GOSTIN, L. O. The end of Roe v Wade and new legal frontiers on the constitutional right to abortion. *JAMA*, v. 328, n. 4, p. 325-326, 2022.

- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Leno Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Moraes da; COPETTI NETO, Alfredo; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. De Luigi Ferrajoli, Lênio Streck e André Karam Trindade.
- FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez. Bologna: Editorial Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, L. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia 1*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Bologna: Editorial Trotta, 2013a.
- FERRAJOLI, L. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia 2*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Bologna: Editorial Trotta, 2013b.
- HART, H.L.A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- KELSEN, H. *General theory of law & state*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2006.
- LIMA, F. R. DE S.; BÔAS FILHO, O. V. Por uma descrição da justiça em Luhmann. *Revista Direitos Culturais*, v. 14, n. 33, p. 251-275, 2019.
- LUHMANN, N. *Direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, N. *Law as a social system*. Tradução: Klaus A. Ziegert, com introdução de Richard Nobles e David Schiff. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LUHMANN, N. *Sociologia do direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, N. *Theory of society volume 1*. Tradução: Thodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012.
- NOBLES, R; SCHIFF, D. *A sociology of jurisprudence*. Portland: Hart Publishing, 2006.
- NOBLES, R; SCHIFF, D. *Observing law through systems theory*. Portland: Hart Publishing, 2013.
- POSNER, R. Blackstone and Bentham. *The Journal of Law & Economics*, v. 19, n. 3, p. 569-606, 1976. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/725082>. Acesso em: 6 nov. 2015.
- SCHOFIELD, P. Jeremy Bentham and the origins of legal positivism. In: THE CAMBRIDGE Companion to Legal Positivism. [S. l.] Cambridge University Press, 2021. p. 203-224.
- SHAPIRO, S. *The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed*. 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 22 set. 2023.
- STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, [s. n.], p. 51-61, 2015.

Direito à saúde mental: uma análise jurídica da obra machadiana “O Alienista”

Right to mental health: a legal analysis of machadiana’s work “O Alienista”

Artigo recebido em 25/07/2023 e aprovado em 31/01/2024.

Leonellea Pereira

Doutoranda em direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestra em estudos interdisciplinares sobre gênero, mulheres e feminismos (UFBA, 2019). Especialista em ciências penais (Uniderp, 2013) e também em gestão de políticas públicas de gênero e raça (UFBA, 2014). Graduada em direito (UEPB, 2010). Advogada na presidência da OAB Subseção Irecê/BA (2022-2024). Professora do curso de direito da Faculdade Irecê – FAI. Técnica de nível superior da Uneb Campus XVI – Irecê.

Maitê Dourado Damasceno

Graduanda em direito da Faculdade Irecê – FAI.

Resumo

Este trabalho examina a intersecção entre o direito e a literatura, com ênfase no conto “O Alienista”, de Machado de Assis e suas conexões com a psiquiatria. Dividido em quatro seções, o estudo aborda diferentes aspectos relacionados do tema, realçando a importância de investigar a relação entre direito e literatura para uma compreensão abrangente dos fenômenos jurídico-sociais. O conto é analisado em três perspectivas: o direito à saúde mental retratado na obra em questão, a relevância dos direitos humanos no âmbito da saúde psíquica e o papel do Estado na garantia do bem-estar coletivo. Adiante, enfatiza-se a pertinência da Reforma Psiquiátrica e a urgente necessidade de políticas públicas voltadas para a promoção da saúde mental, com destaque para o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), cuja existência se revela como uma iniciativa valiosa para a inclusão social de indivíduos afetados por disfunções psicológicas. Ressalta ainda a Lei 10.216/2001, que assegura a humanização dos serviços de saúde mental, sendo uma legislação de extrema importância nessa esfera. Em suma, este artigo identifica desafios enfrentados por pacientes e profissionais da área e propõe caminhos, evidenciando a importância da interconexão entre o direito e a psiquiatria para abordar questões sensíveis e impulsionar o bem-estar social.

Palavras-chave: doença mental; legislação; tratamento psiquiátrico; direito; literatura.

Abstract

This work examines the intersection between law and literature, with emphasis on the short story “O Alienista”, by Machado de Assis and its connections with psychiatry. Divided into four sections, the study addresses different aspects related to the theme, highlighting the importance of investigating the relationship between law and literature for a comprehensive understanding of legal and social phenomena. The short story is analyzed from three perspectives: the right to mental health portrayed in the work in question, the relevance of human rights in the field of mental health and the role of the State in guaranteeing collective well-being. Further on, the pertinence of the Psychiatric Reform and the urgent need for public policies aimed at promoting mental health are emphasized, with emphasis on the Psychosocial Care Center (CAPS), whose existence proves to be a valuable initiative for the social inclusion of individuals affected by psychological disorders. It also emphasizes Law 10.216/2001, which ensures the humanization of mental health services, being a legislation of extreme importance in this sphere. In short, this article identifies challenges faced by patients and professionals in the area and proposes ways, highlighting the importance of the interconnection between law and psychiatry to address sensitive issues and boost social well-being.

Keywords: mental health; legislation; psychiatric treatment; law; literature.

1 Introdução

A promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 teve um impacto expressivo e abrangente na estrutura social, ao reconhecer a saúde como um direito basilar, necessário à vida humana. Ademais, resgatou e reafirmou os ideais proclamados durante a Revolução Francesa, destacando a importância da liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, consolidou-se como um dos mais relevantes instrumentos de afirmação e proteção dos direitos sociais, com repercussões duradouras na sociedade.

Destaca-se que o Brasil, em 1988, conferiu à saúde o *status* de direito fundamental por meio da Constituição Federal. Nesse contexto, é imprescindível ressaltar o conteúdo do art. 196 deste documento, que estabelece o seguinte:

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.

De maneira equivalente, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de ratificar o caráter fundamental do direito à saúde, conforme se depreende da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, em razão do julgamento do RE 267.612 – RS.

Essa temática possui tamanha importância que compreende ramificações, dentre elas, a saúde mental. Nesta seara, preleciona Videbeck (2012, p. 17) que: “A saúde mental é uma condição de bem-estar emocional, psicológico e social, evidenciada por relações interpessoais satisfatórias, comportamento e enfrentamento eficazes, autoconceito positivo e estabilidade emocional”.

À vista disso, resta evidente que o direito à saúde mental é um princípio imprescindível para preservar a integridade psicológica, promover o bem-estar dos indivíduos e garantir uma qualidade de vida saudável. Nesse processo, a Lei 10.216/2001 é responsável por estabelecer e regulamentar os direitos das pessoas que sofrem de transtornos mentais, buscando proporcionar uma assistência adequada e específica a essa parcela da população.

Destarte, é pertinente abordar o tema sob a perspectiva evidenciada por Machado de Assis em seu livro “O Alienista”, uma vez que esta traz à tona um cenário que colide com preceitos constitucionais, inclusive com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico.

O protagonista do conto, Simão Bacamarte, debruçou-se no estudo sobre a loucura, a ponto de dedicar sua vida à medicina e às suas nuances. Com o intuito de buscar a correção dos internos da Casa Verde, recorreu unicamente ao seu saber científico, acreditando que alcançaria a cura para os males que aterrorizam o espírito dos homens e os deixam à margem do ideal de sociabilidade (Silva Filho; Rovani, 2019).

Nesse liame, as análises realizadas a respeito do conto supracitado, possuem o condão de elucidar questões condizentes com a psiquiatria, tais como, o estudo da loucura como patologia que altera o comportamento humano, a invisibilidade e a ausência de inserção social dos doentes mentais, a má condução das instituições e dos tratamentos para transtornos psíquicos e o contexto de preservação da saúde mental, por meio da salvaguarda dos princípios constitucionais. Outrossim, as reflexões associadas ao direito visam demonstrar a importância da atuação do Estado como garantidor do bem-estar social dos indivíduos, assegurando-lhes, portanto, as garantias previstas na Carta Magna.

Sob esse viés, o presente trabalho objetiva, de forma geral, analisar, a partir da leitura crítica de “O Alienista”, como o Estado, atentando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito à liberdade, à convivência e à saúde, pode garantir a execução de políticas públicas para atenção adequada à saúde mental, com respeito aos direitos humanos. Ato contínuo, detém como finalidades específicas, examinar o discurso da obra “O Alienista” correlacionando com o cenário contemporâneo da política de saúde mental; refletir sobre a relevância dos direitos humanos no âmbito da saúde psíquica; e por fim, demonstrar a importância da atuação do Estado na condição de garantidor do bem-estar coletivo.

Para tanto, o artigo está estruturado em quatro seções. A primeira delas aborda o diálogo entre literatura e direito, evidenciando a importância de estudar essas áreas do conhecimento de forma conjugada para melhor compreensão dos fenômenos jurídico-sociais. Em seguida, a segunda seção versa sobre “O Alienista” e o direito à

saúde mental, com o escopo de observar como as situações e os comportamentos presentes na obra transcendem a época e permeiam a conjuntura atual. Na terceira, serão discutidas as implicações dos direitos humanos no contexto de saúde mental, enfatizando a sua relevância nessa área. Por fim, a quarta seção aborda o papel do Estado como garantidor do bem-estar coletivo, destacando a importância de sua atuação para assegurar os preceitos elencados na Lei Maior.

No tópico subsequente, serão apresentados os resultados deste trabalho, os quais estarão relacionados aos objetivos da pesquisa simultaneamente ao referencial teórico que lhe respalda. Logo após, na seção de considerações finais, serão apresentadas sínteses dos principais pontos abordados, bem como sugestões práticas para lidar com as questões discutidas neste estudo.

Nesse caminhar, a principal motivação para sustentar o trabalho, reside na importância que o tema possui para a sociedade contemporânea. Por essa razão, a pesquisa visa necessariamente expor a relevância da relação do direito com a psiquiatria, buscando, portanto, desnudar questões sociais sensíveis, como a invisibilidade e a ausência de inserção social dos doentes mentais e concomitantemente demonstrar a necessidade de assegurar o direito à saúde psíquica. Além disso, espera-se que o artigo possa contribuir com sugestões que permitam às autoridades estatais vislumbrarem possibilidades de resolução dos impasses mencionados, e, dessa forma, colaborar categoricamente com futuros trabalhos acadêmicos.

Em síntese, apesar da evolução psiquiátrica e do progresso da sociedade, ainda é evidente a presença dos obstáculos supratranscritos, os quais afetam severamente as pessoas com transtornos mentais, tal como ocorre na obra literária em estudo. Portanto, questiona-se: como o Estado, atentando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito à liberdade, à convivência e à saúde, pode garantir a execução de políticas públicas para atenção adequada à saúde mental, com respeito aos direitos humanos?

2 Metodologia

A metodologia empregada no trabalho atém-se à pesquisa bibliográfica, que será conduzida por meio da análise de livros, artigos científicos e monografias. O objetivo principal é reunir informações relevantes sobre o assunto em questão e, acima de tudo, apresentar as diferentes perspectivas dos autores em relação à temática.

Para alcançar o fim a que se propõe, o presente trabalho compreenderá o estudo qualitativo e descritivo. Essa escolha metodológica permite uma compreensão aprofundada do tema, buscando capturar nuances e detalhes significativos. Tal abordagem é especialmente adequada quando se trata de investigar questões complexas e multifacetadas, que demandam uma análise holística e contextualizada.

Cabe ressaltar ainda que, dada a natureza desta pesquisa, que envolve diferentes autores e fatores sociais, a análise qualitativa se mostrou a mais satisfatória. Isso ocorre porque, embora essas discussões demandem conhecimento técnico-científico, também é crucial considerar os aspectos socioculturais de igual maneira.

3 Referencial teórico

3.1 Literatura e direito: um diálogo necessário

Preliminarmente, é meritório ressaltar que ao longo do século XIX, a interação entre direito e literatura era ínfima e pouco significativa, devido ao predomínio do formalismo jurídico, que não cedia espaço para interferência das demais áreas do conhecimento. Essa postura inflexível resultou em uma separação entre esses dois campos, que se desenvolviam de maneira independente. Esse distanciamento foi acentuado pela burocratização do judiciário, que reforçava o formalismo. No entanto, com o início do século XX, essa dinâmica foi se revertendo de maneira gradual, à medida que se verificou a necessidade de uma abordagem mais ampla e contextualizada no estudo do direito (Lopes, 2018). Diversos fatores influenciaram essa transformação, incluindo o reconhecimento da relevância das ciências sociais, o surgimento de novos movimentos literários e filosóficos, e o acréscimo das demandas e dos desafios complexos da sociedade.

No estudo interdisciplinar entre direito e literatura, é notável o papel pioneiro desempenhado pelo escritor Luiz Alberto Warat. Ele foi responsável por estabelecer critérios específicos que possibilitaram uma abordagem metodológica adequada desse tema, abrindo caminho para a possibilidade de sistematização dos estudos nessa área (Magalhães, 2021). Sua contribuição permitiu avanços significativos na compreensão das conexões entre a dimensão jurídica e literária, viabilizando uma análise mais minuciosa e ampla dessas duas disciplinas. Nesse sentido, Pepe (2016, p. 7) disserta:

[Warat] inaugurou, no Brasil, esse movimento extremamente fecundo de diálogos e aproximações da literatura com os textos jurídicos. As sementes lançadas se expandiram ao longo do tempo, rizomaticamente, agregando novas narrativas, novos leitores e novos interlocutores.

A partir dessa perspectiva, fica evidente a importância da interdisciplinaridade, uma vez que ambas as áreas desempenham funções indispensáveis para o entendimento dos fatos sociais e jurídicos, além de exercerem influência na estruturação social e no debate dos dilemas que regem a sociedade. A Literatura, por meio de suas narrativas e representações, oferece uma visão enriquecedora da vida humana, explorando questões éticas, morais e sociais. Por sua vez, o direito lida com normas, regras e princípios que norteiam tanto as relações sociais quanto as jurídicas. Nessa lógica, Becattini e Miranda (2011, p. 261) alertam sobre a pertinência da conexão entre esses ramos:

[...] não podemos desprezar as contribuições que a literatura pode oferecer para a melhor aplicação e interpretação do direito. Tanto o Direito, quanto a Literatura são propostas de organização do mundo. O Direito existe para impor uma ordem ao mundo da vida. É a tentativa de transformar o mundo do “ser”, no mundo do “dever ser”. A Literatura espelha e ordena esse mesmo mundo pelos olhos de um Autor. Mais especificamente, o Direito e a Literatura são tentativas de descobrir e retratar o homem. Nessas disciplinas, a linguagem constrói uma visão da realidade.

Diante disso, salienta-se que atualmente a burocracia do judiciário não tem sido um obstáculo para a inter-relação do direito com a literatura. Por esse ângulo, é pertinente reconhecer que o universo jurídico não se limita apenas à lei em sentido estrito, mas requer uma variedade de subsídios, incluindo aspectos históricos, filosóficos e literários.

Ademais, é importante frisar que a literatura pode ainda ser vista como instrumento adequado para reformar o direito. São exemplos de obras literárias com essa finalidade, *Os Miseráveis* (Victor Hugo), *Capitães da Areia* (Jorge Amado) e inclusive, *O Alienista* (Machado de Assis). Esses livros retratam impasses sociais que perduram até hoje e que precisam de maior amparo jurisdicional (Lopes, 2018). Nesse prisma, Siqueira (2011, p. 42) preleciona:

É por meio de obras como essas que a literatura ganha sua primeira importância para o conhecimento e desenvolvimento do direito. As obras ficcionais são capazes de inserir o leitor em uma realidade alheia à sua, enfrentá-lo com problemáticas que não se mostrariam visíveis ao indivíduo em seu espectro original, tal qual a opressão das crenças de Mersault ou a obscuridade da justiça condenatória de Josef K. A literatura tem o poder de sensibilizar o leitor a causas que não o comoveriam por meio de um relato jurídico e formalista. Ela atua com a função de recuperar os sentidos perdidos durante o processo de racionalização do direito.

Destaca-se, por fim, que a literatura possui um valor inestimável ao desvendar o passado, projetar o futuro e problematizar o presente (Soares; Fontanive, 2018). Por meio dela, o indivíduo tem a oportunidade de ampliar seus conhecimentos, desenvolver seu senso crítico e compreender sua posição na sociedade. Por essa razão, é altamente recomendável utilizar a literatura no âmbito jurídico, a fim de que as pessoas possam entender o direito por uma ótica diferenciada, mais rica e plural, que reflita os aspectos concretos da vida em sociedade (Amorim; Freitas; Holanda, 2021).

3.2 “O Alienista” e o direito à saúde mental

De início, é oportuno enfatizar que Machado de Assis é, sem dúvida alguma, um dos grandes ícones da literatura brasileira. Sua singular habilidade de mesclar ironia, ceticismo, metáforas e outras técnicas literárias em suas obras é amplamente reconhecida. No conto em análise, essas características são apresentadas de forma excepcional. Machado constrói uma narrativa que expõe os perigos inerentes à busca desenfreada por um conhecimento absoluto e indiscriminado.

A obra publicada em 1882 retrata a história de um renomado médico da cidade de Itaguaí, Simão Bacamarte, que dedicou sua vida em prol do estudo da mente humana. O objetivo do alienista, era encontrar respostas científicas para comportamentos que ele considerava deturpados, e para isso, se propôs a criar uma casa para tratar seus pacientes. Com o consentimento das autoridades, Bacamarte iniciou a construção do local onde poderia colocar todo o seu conhecimento em prática. Simão considerava seu trabalho restrito à ciência de tal maneira que rejeitava toda e qualquer observação que não se submetesse a essa área.

Depois de analisar atentamente a conduta dos habitantes da cidade, o médico se convence da insanidade daquelas pessoas. Ele percebe que a loucura não é uma condição isolada, mas está intrinsecamente ligada a comportamentos que desafiam as normas sociais e políticas estabelecidas (Vieira; Grein, 2015). Simão, por sua vez, possui uma perspectiva peculiar sobre o conceito de loucura, o que o leva a internar compulsoriamente indivíduos por diversas razões. Diante dessa realidade, Machado (2011, p. 44) disserta o seguinte:

Daí em diante foi uma coleta desenfreada. Um homem não podia dar nascença ou curso à mais simples mentira do mundo, ainda daquelas que aproveitam ao inventor ou divulgador, que não fosse logo metido na Casa Verde. Tudo era loucura. Os cultores de enigmas, os fabricantes de charadas, de anagramas, os maldizentes, os curiosos da vida alheia, os que põem todo o seu cuidado na tafalaria, um ou outro almotacé enfunado, ninguém escapava aos emissários do alienista.

Em face desse cenário, sucederam-se algumas revoltas por parte da população de Itaguaí, que se encontrava desacreditada dos absurdos praticados pelo médico. O governo local pouco se movimentou para restabelecer a ordem e nada fez para conter a insensatez de Bacamarte.

Por fim, a legitimação das teses científicas intensamente estudadas pelo protagonista, encerraram-se, tendo em vista que a grande maioria da população de Itaguaí estava internada em seu manicômio (Lopes, 2018). Dessa forma, ele decide abrir as portas da Casa Verde e libertar todos os “loucos” que ali estavam, trancando-se lá dentro ao perceber que era o único “são” daquela cidade. Machado de Assis (2011, p. 56) assim expôs ao final:

Fechada a porta da Casa Verde, entregou-se ao estudo e à cura de si mesmo. Dizem os cronistas que ele morreu dali a dezessete meses no mesmo estado em que entrou, sem ter podido alcançar nada. Alguns chegam ao ponto de conjecturar que nunca houve outro louco além dele em Itaguaí.

Com base nessas premissas, fica evidente que o conto supracitado é uma fonte de riqueza para o direito, haja vista discutir assuntos de suma relevância no contexto social e jurídico contemporâneo. Machado aborda temas como dogmatismo, racionalidade, e faz uma crítica contundente às instituições e aos tratamentos para transtornos psíquicos.

Ao dissertar o tema da loucura, destaca-se que a obra a descreve como uma patologia mental, embora os critérios para seu diagnóstico sejam influenciados por fatores sociais. No entanto, é fundamental reconhecer que o conceito de loucura é complexo e multifacetado, sendo descrito de diferentes maneiras ao longo da história, abrangendo diversas perspectivas e realidades. Por exemplo, na antiguidade, de acordo com Barros e Castellana (2020, p. 113):

A loucura era definida como alienação mental – estado em que a pessoa estaria fora de si. O alienado era considerado incapaz de julgar e perdia a possibilidade de exercer seus direitos civis. A restituição da razão ocorreria por meio do isolamento social, do afastamento do ambiente que teria promovido a alienação.

Em uma abordagem distinta, Foucault (1993) apresenta uma visão única, defendendo que a loucura não deve ser compreendida como uma enfermidade psiquiátrica, mas sim como uma construção social que se molda conforme as peculiaridades de cada época e cultura. Entretanto, o filósofo argumenta que atualmente a sociedade enxerga a loucura como um desvio que representa uma ameaça à ordem estabelecida, resultando em seu tratamento opressivo por meio de instituições psiquiátricas e medicamentos. Ele critica severamente essa prática, pois considera que ela se configura como uma forma de controle social que permite ao Estado interferir indevidamente na esfera privada dos indivíduos.

Já em “O Alienista”, a loucura era considerada uma doença mental, mas sua identificação se dava por meio de comportamentos sociais, ou seja, aqueles que destoavam das normas estabelecidas eram rotulados como loucos

pelo médico de Itaguaí e, conseqüentemente, internados na Casa Verde. Simão Bacamarte, um estudioso ávido, via em seu manicômio uma oportunidade de apropriar-se da loucura como objeto de estudo e conhecimento, além da chance de poder concretizar suas teorias científicas.

De maneira análoga, tem-se a obra cinematográfica “Nise – O coração da Loucura”, que retrata a história de uma psiquiatra que luta contra os tratamentos convencionais e invasivos dos anos de 1950. O filme aborda um contexto chocante onde a ciência sobrepõe o senso de humanidade e de respeito pela vida humana, na medida em que técnicas como eletrochoque e lobotomia, também chamada de “psicocirurgia”, eram utilizadas pelos médicos na tentativa de “sanar os quadros psiquiátricos irreversíveis”.

A gestão da instituição psiquiátrica no filme é aterrorizante, os internos são tratados de forma desumana, sequer tomavam banho com frequência, não havia qualquer lazer e o lugar era desprovido de recursos, extremamente sujo e fedido. Nise se assusta quando chega ao local, pois se depara com aquele cenário repulsivo, repleto de melancolia, desesperança e acima de tudo de sofrimento. Desse modo, consoante afirma a médica protagonista, “é necessário se espantar, se indignar e se contagiar, só assim é possível mudar a realidade” (Silveira, 2015).

Portanto, é fundamental relatar que, desde a década de 70, a Reforma Psiquiátrica tem-se empenhado de forma incisiva em enfrentar essa realidade precária, ao buscar uma desativação gradual dos hospitais psiquiátricos, visando à reintegração social das pessoas com transtornos mentais. Nesse sentido, o documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental (2005) sustenta o seguinte:

A Reforma Psiquiátrica é processo político e social complexo, composto de atores, instituições e forças de diferentes origens, e que incide em territórios diversos, nos governos federal, estadual e municipal, nas universidades, no mercado dos serviços de saúde, nos conselhos profissionais, nas associações de pessoas com transtornos mentais e de seus familiares, nos movimentos sociais, e nos territórios do imaginário social e da opinião pública. Compreendida como um conjunto de transformações de práticas, saberes, valores culturais e sociais, é no cotidiano da vida das instituições, dos serviços e das relações interpessoais que o processo da Reforma Psiquiátrica avança, marcado por impasses, tensões, conflitos e desafios.

Contudo, foi apenas com a redemocratização do país juntamente com a criação do Sistema Único de Saúde – SUS nos anos 90, que a Reforma Psiquiátrica progrediu categoricamente, desenvolvendo sua proposta de substituição do modelo hospitalocêntrico por uma rede de atenção psicossocial. Em vista disso, o Ministério da Saúde criou as primeiras regulamentações para serviços comunitários, tais como o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS (Boing, 2016).

Somente com a aprovação da Lei 10.216 em 2001 que foram então definidas as modalidades de CAPS e seu papel na organização da atenção psicossocial. Nesse viés, é oportuno mencionar novamente o que expõe o documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental (2005):

A Lei Federal 10.216 redireciona a assistência em saúde mental, privilegiando o oferecimento de tratamento em serviços de base comunitária, dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais [...] É no contexto da promulgação da Lei 10.216 e da realização da III Conferência Nacional de Saúde Mental, que a política de saúde mental do governo federal, alinhada com as diretrizes da Reforma Psiquiátrica, passa a consolidar-se, ganhando maior sustentação e visibilidade.

Em contraponto ao cenário evidenciado pelo filme Nise, tem-se a previsão do art. 4º da Lei 10.216/2001, que disserta como se deve ocorrer o tratamento mediante internação, quando necessário:

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

Destarte, correlacionando o contexto com a Casa Verde, é possível perceber que as admissões no manicômio eram efetuadas sem qualquer critério, e que a instituição em si era gerida de forma autoritária e ineficaz, uma vez que o responsável pela mesma, o alienista, agia como um verdadeiro déspota. Os pacientes eram completamente desprovidos de direitos e tratados como meros objetos de estudo pelo médico, que buscava incessantemente comprovar suas teorias científicas e descobrir uma cura para aquilo que considerava ser insanidade. Como afirma Azevedo (2009, p. 45), “O sensacional desfecho de ‘O Alienista’ deixa claro o que significava o internamento na Casa Verde. Instituição opressiva, arbitrária, se submetia a ela aqueles que não respeitavam as leis da normalidade” [...].

De acordo com observações anteriores, a má condução das instituições psiquiátricas e os tratamentos impróprios, promovem um gravame na situação dos doentes mentais. Infelizmente, muitas vezes essas pessoas são tratadas como meros objetos de estudo, sendo completamente ignorados seus direitos e sua humanidade. Por isso, a Reforma Psiquiátrica é de extrema relevância, já que seus principais objetivos incluem a transformação do sistema asilar e a ampliação do atendimento em saúde mental fora dos hospitais, com o intuito de viabilizar a inserção social e a maior convivência das pessoas com doenças mentais em sociedade (Boing, 2016).

À luz dos acontecimentos apresentados, não se pode negar que a divulgação da criação do Departamento voltado à Saúde Mental e Combate ao Uso Excessivo de Substâncias, juntamente com o apoio à Reforma Psiquiátrica e ao movimento antimanicomial pelo Ministério da Saúde em 2023, representa um momento de grande importância histórica para a valorização desse tema no Brasil. Além disso, essa ação reflete uma postura mais empática e inclusiva no tratamento de distúrbios psicológicos. É óbvio que essa medida implica em um progresso significativo na área da saúde pública, ao priorizar a atenção primária e a rede de cuidados psicossociais como alternativas mais efetivas e respeitadas para os indivíduos em sofrimento mental.

No entanto, a despeito de ser um direito fundamental inalienável de toda a humanidade, lamentavelmente a representação da saúde mental na obra literária em análise assume contornos alarmantes. As internações ocorridas na Casa Verde são realizadas sem uma justificativa lógica clara, o que desencadeia sentimentos de insatisfação, revolta, ansiedade e estresse entre aqueles que padecem de transtornos psíquicos. É incontestável que essas práticas contrariam os princípios estabelecidos pela Lei 10.216/2001, a qual tem como propósito primordial salvaguardar a proteção e os direitos desses indivíduos, consagrando, em seu art. 2º, parágrafo único, as garantias a eles devidas:

[...]

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Ao trazer a temática da marginalização e invisibilidade dos doentes mentais em sua obra, Machado de Assis evidencia a ausência de garantias indispensáveis a essas pessoas, como a inserção em sociedade e o direito à saúde mental. Desse modo, torna-se manifesto que a crítica machadiana transcende sua época e mantém sua relevância nos dias atuais, haja vista a existência de práticas análogas às de Simão Bacamarte no contexto vigente. Nessa perspectiva, Viola e Pazó (2016, p. 521) relatam que:

Com O alienista, Machado de Assis traz, a partir de uma análise hodierna, uma visão enraizada na sociedade de que o lugar do louco é num ambiente isolado da convivência pública – no caso, o manicômio. Esta visão do paciente com transtorno mental não é exclusiva do período abordado no livro, mas uma opinião presente nas porções mais comuns do povo.

Considerando a análise supracitada, é de importante valia observar a relevância e atualidade do conto de Machado de Assis. Essa obra aborda questões que permanecem urgentes e necessárias nos dias de hoje. “O Alienista” não apenas apresenta um valor literário inegável, mas também propõe a reflexão sobre a necessidade de uma mudança de paradigma em relação à saúde mental. É imprescindível abandonar a visão antiquada e preconceituosa que associa a pessoa com doença psíquica exclusivamente ao manicômio, garantindo-lhe, assim, um lugar digno na sociedade.

3.3 A relevância dos direitos humanos no âmbito da saúde mental

É notório que os direitos humanos representam os alicerces universais que têm como propósito primordial o reconhecimento e a salvaguarda da dignidade humana. Eles são inalienáveis e indivisíveis, abarcando um leque de garantias fundamentais, que incluem, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, ao acesso à justiça, e tantos outros. Nesse prisma, preleciona Barroso (2022, p. 199) que:

A dignidade humana identifica (i) o valor intrínseco de toda pessoa, significando que ninguém na vida é um meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais dos outros; (ii) a autonomia individual – cada pessoa deve ter autodeterminação para fazer suas escolhas existenciais e viver o seu ideal de vida boa, assegurado um mínimo existencial que a poupe da privação de bens vitais; e (iii) a limitação legítima da autonomia por valores, costumes e direitos das outras pessoas e por imposição normativa válida (valor comunitário). A dignidade humana e os direitos humanos são duas faces de uma mesma moeda: uma voltada para a filosofia moral e a outra para o Direito. Direitos humanos são valores morais sob a forma de direitos ou, como sugere Habermas, “uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do Direito”.

Em vista disso, destaca-se que os direitos humanos transcendem qualquer discriminação e garantem a igualdade de oportunidades, permitindo que cada indivíduo desenvolva plenamente seu potencial, protegendo-os contra opressão, discriminação e violência. Além disso, desempenham um papel de extrema relevância na construção de uma democracia, ao promover a participação ativa e consciente dos cidadãos na sociedade, bem como o respeito às leis e às instituições que regem as relações entre os indivíduos e o Estado. Nessa ótica, faz-se meritório ressaltar mais uma vez, o posicionamento de Barroso (2022, p. 200):

Direitos Humanos são uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública que, fundados na dignidade da pessoa humana, visam à proteção e ao desenvolvimento das pessoas, em esferas que incluem a vida, as liberdades, a igualdade e a justiça. E – por que não? – também a busca da felicidade. São direitos dotados de fundamentalidade material e que têm uma dimensão jusnaturalista, não dependendo, para sua validade, de institucionalização, positivação ou mesmo efetividade social. Eles são, portanto, pré e supraestatais, e funcionam como medida de legitimidade do próprio ordenamento jurídico do Estado. Não são concedidos, mas reconhecidos.

Ao refletir sobre esse ponto, torna-se essencial reviver a trajetória que culminou na promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, concretizada no histórico ano de 1948. Esse marco relevante foi resultado de um processo permeado por vigorosos confrontos políticos, sociais, filosóficos e religiosos. Nesse contexto, o referido documento assumiu uma posição de indubitável importância, pois concedeu reconhecimento aos direitos fundamentais da humanidade. De fato, essa declaração é amplamente reconhecida como a mais significativa codificação desde a concepção antiga sobre os direitos naturais, em virtude de disseminar para todos os demais regulamentos, as bases necessárias para a criação de suas diretrizes normativas. Nesse sentido, Moraes (2021, p. 16) atesta que:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem afirmou que o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, bem como que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade tem sido a mais alta aspiração do homem comum.

Portanto, é pertinente ressaltar que, por meio dessa Declaração, o direito à saúde foi reconhecido como um direito basilar, necessário à vida humana. Convém dizer que, para além de sua essencialidade no alcance de uma vida digna, a saúde revela-se imprescindível para a efetivação de outros direitos fundamentais. Outrossim, destaca-

se que está intrinsecamente ligada ao princípio que norteia o ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana. Deste modo, compreender o conceito de saúde é crucial, assim, conforme Amarante (1998, p. 138):

[...] direito a saúde significa, garantia pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal igualitário às ações de serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

Sob o mesmo viés, discorre o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946) ao destacar a essencialidade de uma abordagem holística em relação à saúde, reconhecendo a íntima conexão entre o bem-estar físico, mental e social. Dentro desse contexto, descreve-se de maneira clara e sucinta o conceito:

[...] A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. [...].

O contexto em questão, emerge um tema de exímia importância, inegavelmente o direito à saúde, que abarca múltiplas dimensões, sendo a saúde mental uma das mais significativas. O cerne a ser apreendido reside no fato de que esse direito se refere a uma condição em que o indivíduo enfrenta as vicissitudes da vida com proficiência, preservando uma visão adaptativa em relação ao universo, aos laços sociais e à sua própria existência. Em resumo, isso denota um estado de bem-estar geral que abrange aspectos físicos, mentais e sociais, permitindo que os indivíduos vivam com dignidade. Como afirma Borges (2021, p. 19-20):

A OMS (1946), em seu relatório intitulado “Investindo em saúde mental: evidência para a ação”, traz a definição de saúde mental como sendo “um estado de bem-estar em que cada indivíduo percebe seu próprio potencial, pode lidar com as tensões normais da vida, pode trabalhar produtivamente, e é capaz de contribuir para sua comunidade”.

Conforme atesta a psicologia, a saúde mental é um conceito evasivo, pois não pode ser facilmente identificado por meio de comportamentos ou expressões externas discerníveis. Pelo contrário, é uma condição multifacetada que depende de vários fatores internos e externos que afetam a identidade individual, social e cultural de cada pessoa. Como tal, trata-se de um processo em contínua evolução, que se transforma naturalmente ao longo da vida. É necessário salientar ainda, que a saúde mental não se resume a mera ausência de doença psíquica, pois abrange um estado de bem-estar psicológico e emocional que capacita os indivíduos a enfrentar os desafios da vida e a desfrutar plenamente de suas habilidades (Videbeck, 2012).

Diante dos fatos apresentados, torna-se imprescindível destacar mais uma vez a importância da Reforma Psiquiátrica brasileira no âmbito da política de saúde mental. Como já mencionado, as primeiras manifestações ocorreram na década de 70 e se caracterizaram pela crítica ao modelo asilar e à mercantilização da loucura. Posteriormente, a Reforma se concentrou em duas vertentes: a transformação do sistema manicomial e a ampliação do atendimento em saúde mental fora dos hospitais. Naquele tempo, a principal batalha era expor a violência e a ineficiência de um sistema de saúde focado em hospitais, que deixava a maioria das pessoas sem acesso aos cuidados necessários. Foi apenas com a promulgação da Lei 10.216/2001 que essa situação foi regulamentada (Boing, 2016).

Adicionalmente, é perceptível a interligação existente entre a lei mencionada e a obra literária em estudo, já que a crítica machadiana permeia tópicos delicados, como a ineficaz administração das instituições psiquiátricas, os tratamentos inadequados dispensados aos indivíduos com problemas mentais, a carência de inclusão social e, sobretudo, a invisibilidade dessas pessoas como seres humanos. Nesse sentido, Viola e Pazó (2016, p. 526) discorrem o seguinte:

Pode-se constatar a presença de uma intertextualidade entre a Lei 10.216/01 e a obra *O alienista*, uma vez que os argumentos discutidos para a promulgação da lei e proteção dos doentes mentais foram similares aos objetos de crítica de Machado de Assis em sua novela.

Destaca-se que um dos legados mais significativos da Reforma Psiquiátrica no Brasil é, sem dúvida, a promoção da equidade entre indivíduos distintos. Os antigos manicômios nacionais e a Casa Verde de Machado, verdadeiros campos de concentração que segregavam aqueles considerados “diferentes”, em nada contribuíram para a resolução de questões psíquicas (Boing, 2016). Assim, é necessário que a Reforma Psiquiátrica seja embasada nos princípios

universais dos direitos humanos, já que a luta atual envolve a busca pela dignidade, cidadania e liberdade dos indivíduos afetados por transtornos mentais. O objetivo é promover valores de solidariedade e incentivar avanços significativos nesta área crucial para o bem-estar humano.

3.4 O Estado na condição de garantidor do bem-estar coletivo

3.4.1 Políticas públicas de saúde mental no Brasil

As políticas públicas definitivamente passaram por inúmeras redefinições ao longo da história. Nos dias atuais, trata-se de um conjunto de iniciativas do Estado para cumprir as exigências de determinados âmbitos da sociedade civil e assegurar os direitos dos cidadãos. Para além dessa concepção, Mendes e Paiva (2017, p. 15) prelecionam:

[...] política pública: trata-se de “tudo o que um governo decide fazer ou deixar de fazer”. O adjetivo pública, dentro da lógica adotada por Thomas Dye, refere-se ao protagonismo do agente primário da ação: o governo. Neste sentido, a caracterização de algo como política pública depende fundamentalmente do fato de ser executado pelo governo, aqui entendido como corpo político responsável pela trajetória de determinado Estado [...].

Com enfoque nas políticas públicas direcionadas à saúde no Brasil, percebe-se que, apesar de terem tido uma árdua trajetória, de muita luta e persistência, elas vêm progredindo no decorrer do tempo. É oportuno frisar que a situação sanitária no país antes do período de redemocratização era bastante complexa e exigiu uma demanda intensa de políticas públicas, tendo em vista a quantidade de epidemias e a escassez de serviços necessários para manutenção de uma qualidade de vida digna.

Apenas em 1988 com a promulgação da Carta Magna foi que o acesso à saúde se tornou universal. Posteriormente, foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, uma das mais importantes políticas públicas de inclusão social, que tornou o direito à saúde gratuito para todos os brasileiros. Nesse ínterim, Mendes e Paiva (2017, p. 204) atestam que:

O SUS mudou a forma de organização dos serviços de saúde, aumentando a oferta de atenção primária e iniciando um processo regulado de acesso aos serviços de maior complexidade. Proporcionou melhoria nos indicadores básicos de saúde da população brasileira, como aqueles associados aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), especialmente nas áreas de redução da mortalidade materna e infantil.

No entanto, os desafios para implementação dessa política pública no país foram e são muitos, entre eles, a crise financeira e a morosidade na execução devido à falta de financiamento. Apenas com o processo de estabilização econômica entre 1994 e 2002, que essa situação começou a ganhar nova roupagem. Foi nesse momento que o SUS começou a ser promissor, por meio dos avanços registrados nesse período, como por exemplo, a criação do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), do Programa Saúde da Família (PSF) e a definição de políticas para a regulação de bens, produtos, serviços e tecnologias de saúde (com a criação da Agência Nacional de Vigilância de Saúde – Anvisa) (Mendes; Paiva, 2017).

No tocante a políticas públicas de saúde mental, não se pode deixar de ressaltar que as regulamentações supramencionadas foram e são fatores de grande importância para que o tema ganhe cada vez mais força e reconhecimento. Contudo, foi por meio da Reforma Psiquiátrica e da aprovação da Lei 10.216/2001 que o setor alcançou maior visibilidade e relevância, uma vez que foi instaurado um padrão diferenciado de tratamento para os doentes mentais. Convém salientar, que a Política Nacional de Saúde Mental é embasada nesta lei e tem como objetivo principal garantir aos enfermos tratamento digno e civilizado. Nesse sentido, aduz Brandão (2009, p. 26) que:

Com as diretrizes da atual política de saúde mental, criaram-se Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT's) e Unidades Psiquiátricas em Hospitais Gerais (UPHG), assegurando, dessa maneira, o acesso da população a estes serviços de saúde e a sua inclusão social. Incluiu, também, ações de saúde mental na atenção básica e implantou o programa “De Volta Para Casa” (Brasil, 2008). Esses programas buscam promover o respeito, a liberdade e os direitos de usuários e familiares incentivando a participação no cuidado, e tratamento digno dos doentes mentais. Com essas ações, objetiva-se que os hospitais psiquiátricos de grande porte vão sendo progressivamente substituídos. Significa, assim, a mudança do modelo de tratamento: no lugar do isolamento, o convívio com a família e com a comunidade.

Corroborando com esse contexto, Pontes e Fraga (1997, p. 45) asseguram a ideia de que a Reforma Psiquiátrica abraça como metas prioritárias uma série de propósitos cruciais:

Reverter à tendência hospitalocêntrica, através da priorização e implementação de um sistema extra-hospitalar e interdisciplinar de assistência; proibir a construção de novos hospitais psiquiátricos e o credenciamento de novos leitos em hospitais convencionais; reduzir progressivamente tais serviços, através de sua substituição por leitos psiquiátricos em hospitais gerais; promover a saúde mental, integrando-a a outros programas de saúde.

Entretanto, Amarante argumenta que a Reforma Psiquiátrica abarca:

Um processo histórico de formulação crítica e prática, e que tem como objetivos e estratégias o questionamento e elaboração de propostas de transformação do modelo clássico e do paradigma da psiquiatria. Mas, mesmo assim, este processo não nega a existência do processo anterior e que os dois coexistem atualmente. (Amarante, 1998, p. 89).

Em síntese, de acordo com os autores mencionados, na atualidade coexistem duas vertentes: a Política Nacional de Saúde Mental, regulamentada pela Lei 10.216/2001, e o modelo psiquiátrico clássico. No entanto, tem sido observado que o modelo psiquiátrico tradicional não é adequado para lidar com os desafios relacionados aos impasses psíquicos. Por outro lado, a política de saúde mental contemporânea tem demonstrado eficácia e um compromisso com os princípios estabelecidos na Declaração dos Direitos Humanos e na Lei Antimanicomial (Brandão, 2009).

3.4.2 Desafios da intervenção estatal na promoção da saúde psíquica

Preliminarmente, se faz oportuno enfatizar que o Estado, como garantidor do bem-estar coletivo, necessita ter sua base alicerçada nos direitos fundamentais, pois são eles que garantem uma vida digna em sociedade. Nesse sentir, Barroso (2022, p. 243) aduz que:

Direitos fundamentais são direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Constituem eles uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública, que visam à proteção e ao desenvolvimento das pessoas em esferas diversas, que incluem a vida, as liberdades, a igualdade e a justiça [...].

Todavia, como foi observado outrora, essa base não se encontra tão sólida como seria desejável, posto que diversos princípios, inclusive o da dignidade da pessoa humana, que se configura como a pedra angular de todo o sistema jurídico, sofrem relativização. Conquanto tenham sido alcançadas notáveis vitórias históricas na luta em prol da tutela dos direitos fundamentais da espécie humana, o fato é que são muitos os obstáculos enfrentados atualmente para a plena efetivação desses direitos.

Em relação à saúde mental, é incontestável que a busca por uma existência mais plena para aqueles que sofrem de transtornos psicológicos alcançou uma notável relevância na década de 70, quando uma onda de protestos sanitários denunciou a violência e a marginalização sofrida por essa parcela da população. Após um intenso movimento de mobilização social, surgiu a chamada Reforma Psiquiátrica, cuja finalidade era a transformação do modelo manicomial e a ampliação da assistência em saúde mental para além do ambiente hospitalar. Destaca-se, nesse contexto, que foi a partir desse movimento histórico que se promulgou a Lei 10.216/2001, um marco jurídico de suma importância para todo o país.

Apesar do nobre propósito de assegurar um tratamento mais eficaz e compassivo para aqueles que enfrentam transtornos mentais, é evidente que uma parcela significativa ainda sofre com a marginalização na sociedade, mesmo com a existência de leis e políticas públicas direcionadas a esse fim. Infelizmente, constata-se que a atuação governamental nesse âmbito tem-se revelado ineficiente e inadequada, acarretando graves consequências para a sociedade como um todo. É de vital importância ressaltar que o Brasil detém a triste posição de maior taxa de transtornos de ansiedade do mundo e que ocupa o segundo lugar em relação à depressão na América Latina, consoante dados do Ministério da Saúde (Brasil, 2022). Esses dados alarmantes, reforçam a necessidade premente de uma abordagem mais ampla e assertiva e no que tange à saúde mental no país.

Face a esses fatos, constata-se que o sistema público de saúde, responsável por atender a grande maioria da população, carece de infraestrutura e recursos adequados para lidar com as demandas no âmbito da saúde

psíquica. A ausência de subsídios financeiros em programas de prevenção e terapia, em conjunto com a escassez de profissionais qualificados, resulta em extensas filas de espera e priva um considerável número de pacientes de acesso aos tratamentos necessários.

Ademais, a política de saúde mental adotada pelo governo federal em 2017 tem sido objeto de críticas contundentes por diversas organizações e especialistas renomados da área. Tal política, que preconiza a internação compulsória de pacientes portadores de transtornos mentais graves, revela-se flagrantemente desprovida de sensibilidade social ao ignorar a relevância do tratamento em ambiente aberto e da salvaguarda dos direitos humanos dos pacientes. Nessa perspectiva, o Conselho Regional de Serviço Social do Rio Grande do Norte (2017) destaca que:

Propor ampliar os serviços hospitalares psiquiátricos é retornar a um passado sombrio, a um passado que lutamos para superar. Não devemos e não queremos produzir novamente desassistência e morte. Pelo contrário, queremos ampliar a cidadania e a autonomia dos usuários/as da política de saúde mental.

Nesse contexto, é imprescindível reconhecer a necessidade premente de buscar uma abordagem em saúde mental que não apenas atenda às demandas específicas do público-alvo, mas também promova a cidadania e a autonomia desses indivíduos. É essencial que os pacientes tenham acesso efetivo a tratamentos humanizados e eficazes que respeitem plenamente seus direitos fundamentais. Somente dessa forma será possível romper com o obsoleto modelo psiquiátrico ainda presente na sociedade contemporânea, cujos traços remetem ao retrato pintado por Machado de Assis em “O Alienista”. Ao fazê-lo, a sociedade estará construindo um ambiente mais justo e inclusivo, onde a saúde mental é tratada com o respeito e a seriedade que merece.

4 Resultados e discussões

A análise da obra “O Alienista” de Machado de Assis, despertou debates de suma relevância acerca do direito à saúde mental, um tema pouco explorado e compreendido até então. O conto incita a reflexão sobre os critérios utilizados para classificar doenças mentais e o poder exercido pelos médicos sobre os pacientes. Revela ainda os perigos de uma busca insaciável por um conhecimento absoluto e indiscriminado, bem como as consequências da internação compulsória, estigmatização dos doentes e falta de investimento em prevenção e tratamentos adequados. Além disso, é retratada a necessidade e urgência de políticas públicas eficazes, que assegurem o direito universal à saúde mental para todos os cidadãos, tendo como alicerce o respeito aos direitos humanos.

4.1 Reflexos da obra machadiana no cenário contemporâneo da política de saúde mental

Destaca-se que Machado de Assis, por meio do personagem Simão Bacamarte, lança uma crítica contundente à concepção de normalidade, ao evidenciar a arbitrariedade com que o protagonista determina quem se enquadra ou não nessa definição, com base em critérios subjetivos. Tal abordagem suscita questionamentos relevantes nos dias atuais, uma vez que o conceito de normalidade é flexível e diversificado, tornando-se impossível rotular as pessoas como “normais” ou “anormais”. Ademais, na área da saúde mental, a autoridade médica tem evoluído para um modelo colaborativo e menos autoritário, valorizando a participação ativa dos pacientes e a construção conjunta do tratamento.

Nesse passo, ainda é possível reconhecer a crítica de Machado de Assis em relação à triste realidade de exclusão e estigmatização enfrentada pelos doentes mentais, assim como à inadequada condução das instituições psiquiátricas da época. Naquele tempo, esses indivíduos eram frequentemente encarcerados em hospícios, afastados da sociedade e condenados a uma vida de marginalização. No entanto, nos dias atuais, a batalha pela inclusão e pela redução do estigma dessas pessoas, bem como pelo aprimoramento das instituições psiquiátricas, tem-se tornado uma pauta importante na política de saúde mental.

Sendo assim, é oportuno mencionar que no curso da pesquisa que culminou neste artigo, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a Resolução 487/2023, instituindo a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelecendo procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança (CNJ,

2023). Nesse sentido, sabe-se que ao paciente judiciário é aplicada a absolvição imprópria, ou seja, uma medida que demanda um tratamento específico. É nesse raciocínio que a resolução se propõe a atuar, com o intuito de estabelecer um tratamento individualizado para pessoas com distúrbios psíquicos que cometem infrações penais. Em outras palavras, o objetivo é romper com o rastilho histórico-social de procedimentos degradantes, baseados em instituições asilares que não produziram resultados efetivos. A título de exemplo, tem-se o cenário exposto no documentário “A Casa dos Mortos” (2009), contexto em que pessoas são abandonadas a própria sorte, esquecidas pelo sistema, “mortas” para a sociedade. O propósito é, portanto, garantir uma assistência minuciosa, digna e satisfatória, em que a saúde do indivíduo seja sempre priorizada.

Diante disso, ressalta-se que a resolução estabelece um tratamento singular para cada situação. Por exemplo, quando há indícios de transtorno psicológico, é prevista a realização de audiência de custódia, seguida do encaminhamento voluntário para atendimento na Rede de Atenção Psicossocial (RAPS). Já no caso da aplicação de medida de segurança, a sentença criminal determinará a modalidade mais adequada ao tratamento de saúde do acusado, levando em consideração avaliações biopsicossociais e outros exames realizados. Além disso, é dado prioridade ao tratamento ambulatorial em vez da internação, pois a mesma só ocorre em último caso, quando outras medidas cautelares não sejam satisfatórias, e deve ser realizada em um Hospital Geral ou local referenciado pelo Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) (CNJ, 2023).

Por fim, a Resolução também contempla a oportunidade de desinstitucionalização, por meio de revisões periódicas dos procedimentos a fim de aferir o progresso do paciente e a viabilidade de encerrar a medida adotada (CNJ, 2023). Essa abordagem busca tratar a questão da saúde mental de forma justa, correta e humanitária, em completo contraste com a realidade descrita por Machado de Assis em seu conto.

4.2 A relevância dos direitos humanos no contexto de saúde psíquica

Observa-se que a Reforma Psiquiátrica, movimento social surgido na década de 1970, teve um impacto significativo na efetivação dos direitos humanos no Brasil. Essa mobilização visava transformar o modelo de tratamento psiquiátrico, substituindo instituições isoladas e cruéis por abordagens mais humanizadas e inclusivas. Os resultados foram evidentes: gradual fechamento de hospitais psiquiátricos, promoção da integração social e priorização da comunicação entre pacientes e profissionais de saúde.

Ademais, é relevante constatar ainda que a Reforma Psiquiátrica foi fundamental para a criação da Lei 10.216/2001, que estabelece os direitos básicos das pessoas com transtornos mentais, garantindo cuidados embasados em abordagens humanísticas e respeitosas. Hoje, a Reforma se expressa por meio do fortalecimento da rede de saúde mental, especialmente com a implementação de serviços como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS). Esses centros oferecem tratamento e acolhimento nas comunidades, reduzindo internações e promovendo a participação da sociedade civil na defesa dos direitos das pessoas com disfunções psicológicas. Assim, a luta atual busca alcançar a dignidade, cidadania e liberdade das pessoas afetadas por tais distúrbios, reafirmando a importância dos direitos humanos na Reforma Psiquiátrica e na referida lei.

Nessa lógica, salienta-se novamente a importância da resolução do CNJ ao buscar concretizar os princípios da Reforma Psiquiátrica e da Lei 10.216/2001, ao mesmo tempo em que se empenha em garantir a aplicação dos direitos humanos no âmbito da saúde mental. É inegável que práticas como a de Simão Bacamarte, de triste memória, ainda encontram espaço na sociedade contemporânea. Um exemplo dessa realidade pode ser observado no trágico episódio conhecido como “holocausto brasileiro”, ocorrido no Hospital de Colônia, em Barbacena, onde foram flagrantemente violados todos os direitos das pessoas ali internadas (Baranyi, 2020). É imprescindível, portanto, que histórias marcadas por tamanha tragédia, como a ocorrida em Barbacena e na Casa Verde, nunca mais se repitam. Somente assim, será possível efetivar, de fato, os direitos humanos em sua plenitude.

4.3 A importância da atuação do Estado como garantidor do bem-estar coletivo

Verifica-se que a atuação estatal em políticas públicas para acesso à saúde se consolidou com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a universalização desse direito por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). No contexto específico da saúde mental, o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) desempenha um papel

fundamental ao fornecer uma abordagem abrangente, com o auxílio de uma equipe multidisciplinar, que inclui atendimento médico, psicológico e social. Além disso, o CAPS tem como objetivo promover a inclusão social e buscar a recuperação da autonomia e cidadania dos pacientes, mediante atividades terapêuticas e de reabilitação psicossocial. Adicionalmente, realiza ações de prevenção e promoção da saúde mental para toda a comunidade. Nesse sentido, o relatório da Organização Mundial da Saúde (2022, p. 224) atesta que:

De 1998 a 2020, o número de CAPS cresceu de 148 a 2 657, distribuídos por todo o país. Eles agora fornecem a pedra angular dos cuidados de saúde mental no Brasil, usado por mais da metade da população diagnosticada com uma condição de saúde mental. Estudos mostram que os CAPS são eficazes no apoio, autonomia e recuperação dos indivíduos, relatando altos níveis de satisfação das pessoas com a experiência vivida e suas famílias.

Ressalta-se que, embora as políticas públicas mencionadas sejam consideradas eficazes, diversos obstáculos impedem que sejam executadas de forma plena e efetiva. Esses entraves incluem resistência à mudança, falta de capacitação profissional, escassez de recursos financeiros, dificuldades de coordenação na rede de atenção psicossocial, bem como estigma e preconceito que ainda persistem na sociedade. Infelizmente, esses fatores são impeditivos para a maximização dos valores e princípios constitucionais que visam garantir o bem-estar coletivo e a construção de uma sociedade mais igualitária.

5 Considerações finais

Neste artigo, objetivou-se examinar a obra “O Alienista”, sob a perspectiva da política de saúde mental e o direito contemporâneo. Nesse contexto, busca-se ressaltar a relação entre literatura e direito, cuja combinação resulta em uma abordagem crítica e abrangente dos fenômenos jurídico-sociais. A literatura desempenha um papel poderoso ao instigar debates complexos e pertinentes sobre temas fundamentais, como a saúde mental e o papel do Estado na promoção do bem-estar coletivo, sempre com a devida consideração dos direitos humanos individuais. Consequentemente, os desdobramentos dessa análise oferecem uma contribuição significativa para a obtenção de uma compreensão mais aprofundada dessas questões cruciais que permeiam e moldam a sociedade hodierna.

Decerto, a obra em estudo se destaca como uma composição literária notável, que intriga pela sua complexidade e mergulha profundamente em reflexões acerca de temas vitais para a sociedade e a essência humana. Por meio de sua narrativa, o autor explora questões de relevância tanto para o contexto histórico em que foi escrita quanto para o presente, expondo as consequências advindas da falta de políticas públicas eficazes nesse âmbito. Machado de Assis revela-se um mestre ao abordar de forma sensível e instigante temas críticos, ressaltando com ênfase a necessidade de uma abordagem mais compassiva e atenta em relação à saúde mental e suas reverberações sociais.

Em adição, torna-se patente que os direitos humanos estão intrinsecamente ligados à Reforma Psiquiátrica, à Lei 10.216/2001 e inclusive à Resolução 487/2023 do CNJ, uma vez que garantem a todos, inclusive aqueles que sofrem de transtornos mentais, o direito a serviços de saúde de alta qualidade e tratamentos que respeitem sua dignidade e autonomia. A aplicação desses direitos no domínio da saúde mental simboliza uma notória transformação de paradigma, em que o foco não mais se concentra na enfermidade e na exclusão dos indivíduos, mas sim na promoção da saúde e no aprimoramento da qualidade de vida.

Noutro giro, a atuação do Estado na condição de garantidor do bem-estar coletivo é um fator essencial para impulsionar o acesso da população aos serviços e benefícios necessários para o desenvolvimento humano e para uma vida com qualidade. No âmbito específico da saúde psíquica, a intervenção estatal assume ainda mais relevância, pois inúmeros são os empecilhos enfrentados pelas pessoas na busca e recebimento de tratamentos adequados para transtornos mentais. A história real da tragédia de Barbacena, já mencionada, demonstra que estabelecimentos como a Casa Verde não existiam apenas na imaginação do escritor.

As políticas públicas de saúde mental, com destaque para o notável Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), representam exemplos ímpares das ações estatais voltadas ao fomento do bem-estar social. Essa instituição almeja fornecer cuidados e assistência primorosa na esfera da saúde psíquica, impulsionando a reintegração social e familiar dos pacientes e estimulando a consolidação dos laços comunitários. Em face desse cenário, torna-se indubitável a crescente relevância dos CAPS na promoção desse tema no Brasil, uma vez que esses serviços garantem um tratamento abrangente, humanizado e multidisciplinar, visando o acolhimento integral dos seus usuários.

No entanto, constatou-se que são muitos os obstáculos no campo da saúde mental, uma vez que os transtornos psicológicos têm aumentado de forma expressiva, intensificando o estigma social relativo a tais condições e dificultando sobremaneira o acesso a intervenções terapêuticas adequadas. Contudo, é imprescindível salientar que a Lei 10.216/2001 constitui um marco paradigmático no processo de transformação do modelo de assistência psiquiátrica no Brasil, ao preconizar uma abordagem humanizada que coloca em primeiro plano a promoção da autonomia e o respeito à dignidade dos indivíduos afetados por disfunções mentais.

Para efetivar os direitos fundamentais de convivência, liberdade, saúde e sobretudo, garantir que os enfermos mentais tenham voz ativa, é imperioso que o Estado se empenhe em superar os dilemas inerentes às políticas públicas que já existem. É preciso investir em campanhas de conscientização para combater o estigma social relacionado às doenças psíquicas, promovendo a inclusão das pessoas que sofrem de transtornos mentais. Tal comprometimento deve visar oferecer-lhes bem-estar social e uma qualidade de vida saudável, em consonância com a iniciativa precursora de Nise da Silveira, que corajosamente desconstruiu as bases de preconceito, egoísmo e crueldade arraigadas na sociedade. Somente assim, será possível avançar em direção a uma sociedade mais justa e inclusiva para todos. Afinal, conforme alega a própria Nise, “o que melhora o atendimento é o contato afetivo de uma pessoa com outra. O que cura é a alegria, o que cura é a falta de preconceito” (Silveira, 2015).

Em síntese, sugere-se que haja ampliação dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), visto que sua eficácia na promoção do cuidado em saúde mental é inegável, graças às equipes multidisciplinares que atuam em diferentes aspectos da vida dos pacientes. Ademais, é necessário empreender ações educativas em saúde mental, visando desconstruir preconceitos enraizados e conscientizar a população acerca da relevância de zelar pela saúde psíquica. Por fim, se faz pertinente a realização de pesquisas em outras obras literárias que abordem a relação entre saúde mental e sociedade, com vistas a expandir a compreensão sobre o tema e analisar as múltiplas perspectivas que podem ser adotadas.

6 Referências

- A CASA dos mortos. Direção: Débora Diniz. Brasília: ANIS, 2009. Imagens Livres (24 min), color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=noZXWFxdtNI&t=8s>. Acesso em: 2 jun. 2023.
- AMARANTE, P. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.
- AMORIM, R. F; FREITAS, A. C. P; HOLANDA, A. C. P. A utilização da literatura no ensino jurídico brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 603-627, 2022.
- ASSIS, Machado de. *O Alienista*. 35. ed. São Paulo: Ática, 2011.
- AZEVEDO, E. F. *Michel Foucault e “O Alienista” de Machado de Assis*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- BARANYI, Lucas. O que foi a tragédia do hospital colônia de Barbacena? *Revista Super Interessante*. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-a-tragedia-do-hospital-colonia-de-barbacena>. Acesso em: 22 maio 2023.
- BARROS, D. M; CASTELLANA, G, B. *Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BECATTINI, S. R. B; MIRANDA, C, M. *Direito e literatura: Esaú & Jacó de Machado de Assis*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- BOING, Antônio. *Política de saúde mental e direitos humanos*. YouTube, 2 set. 2016. (9 min). Disponível em: <https://youtu.be/56tOYJqPsMM>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BORGES, Sara. *Direito à saúde sob a ótica da saúde mental: (in)eficácia da rede de atenção psicossocial para com as demandas psicológicas tendo como enfoque o município de Florianópolis*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

BRANDÃO, Geraldo. *Direito das pessoas com transtornos mentais durante o atendimento em saúde mental*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Psicologia) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. *Na América Latina, Brasil é o país com maior prevalência de depressão*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao>. Acesso em: 28 abr. 2023.

CONFERÊNCIA REGIONAL DE REFORMA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE MENTAL: 15 ANOS DEPOIS DE CARACAS. 2005. Brasília, Distrito Federal. Anais [...], Brasília: Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. OPAS. 2005. Tema: *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 487, de 15 de fevereiro de 2023*. Institui a política antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a convenção internacional dos direitos das pessoas com deficiência e a lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. CNJ: Brasília, 2023. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original201523202_3022863fe60db44835.pdf. Acesso em: 21 maio 2023.

CRESS-RN. *História da loucura*. 3. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1993.

CRESS-RN. *Mudanças na política nacional de saúde mental: mais uma ameaça do governo ilegítimo*. Brasília, dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.cressrn.org.br/noticias/ver/1137#:~:text=Com%20a%20atual%20proposta%20de,uso%20prejudicial%20de%20C3%A1cool%20e>. Acesso em: 28 abr. 2023.

LOPES, Kayo. *A crítica ao direito e às instituições jurídicas na ótica de Machado de Assis*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, Paraíba, 2018.

MAGALHÃES, Wilhiane. *Direito e literatura enquanto instrumento de superação da crise no ensino jurídico: uma análise sob a perspectiva da pedagogia waratiana*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Goiás, Goiás, 2021.

MENDES, G. F.; PAIVA, P. *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NISE: O Coração da loucura. Direção: Roberto Berliner. São Paulo: Imagem Filmes Produtora Ltda – Epp; W Mix Distribuidora de Filmes, 2015. (109 min), color.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 22 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova Iorque, 1946. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf. Acesso em: 19 nov. 2022.

- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Relatório mundial de saúde mental: transformando a saúde mental para todos*. Suíça, 2022. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240049338>. Acesso em: 2 maio 2023.
- PÊPE, A. M. B. Direito e literatura: uma intersecção possível? Interloquções com o pensamento waratiano. *Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 5-15, 2016. DOI: 10.21119/anamps.21.5-15. Disponível em: <https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/207>. Acesso em: 2 jun. 2023.
- PONTES, P.A.R.; FRAGA, M.N. Reforma psiquiátrica no Ceará: descrição de um caso. *Revista Latino-americana de Enfermagem*. Ribeirão Preto, v. 5, número especial, p. 45-50, maio 1997.
- SILVA FILHO, E. V.; ROVANI, Allan. *A Síndrome do alienista e os projetos de seletividade penal: uma análise das políticas criminais de tolerância zero à luz de Machado de Assis*. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 30, p. 67-94, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341889554>. Acesso em: 8 nov. 2022.
- SIQUEIRA, Ada. *Notas sobre direito e literatura: o absurdo do direito em Albert Camus*. Florianópolis, UFSC, 2011. v. 4.
- SOARES, G. A. V; FONTANIVE, T. Diálogo entre direito e literatura: uma interdisciplinaridade promissora. *Revista Consultor Jurídico*, 21 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-21/diario-classe-dialogo-entre-direito-literatura-interdisciplinariedade-promissora>. Acesso em: 14 nov. 2022.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário nº 267.612 – RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 02/08/2000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14825430>. Acesso em: 2 nov. 2022.
- VIDEBECK, Sheila. *Enfermagem em saúde mental e psiquiatria*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.
- VIEIRA, M. V. A; GREIN, R. C. M. *Poder e ética no conhecimento científico: uma análise do personagem Simão Bacamarte*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Biblioteconomia e Ciência da Informação) - Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, São Paulo, 2015.
- VIOLA, J. F. N. S; PAZÓ, C.G. De Machado a Jacobina: um histórico da doença mental no Brasil e a invisibilidade dos doentes perante o direito brasileiro. *Revista Rede Brasileira Direito e Literatura*, Vitória, v. 2, p. 518-531, 2016.

A incidência do fenômeno do *backlash* na proteção previdenciária do menor sob guarda

The incidence of the backlash phenomenon in the social security protection of minors under guardianship

Artigo recebido em 21/01/2024 e aprovado em 09/07/2024.

Raul Lopes de Araújo Neto

Pós-Doutor em direito pela Universidade de Brasília, doutor em direito previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestre em direito pela Universidade Católica de Brasília, especialista em direito tributário pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor adjunto do PPGD da UFPI.

Rodrigo Lustosa Veras

Mestre em direito pela Universidade Federal do Piauí – UFPI, pós-graduado em direito constitucional aplicado, em direito da seguridade social e em direito notarial e registral.

Carlos Henrique Gonçalves de Sousa

Graduado em direito pela Universidade Federal do Piauí – UFPI.

Resumo

Este artigo tem por objetivo explorar se a reação do Legislativo pode ser caracterizada como *backlash*, inclusive as implicações dela decorrentes, e, além disso, se o entendimento firmado pelo STF nas ADIs 4.878 e 5.083 pode prevalecer em relação à Emenda Constitucional 103/2019. Para tanto, é apresentado um breve contexto histórico e a compreensão do fenômeno do *backlash*, seguido da exposição do tratamento do menor sob guarda no e pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, é realizada uma análise da proteção previdenciária do menor sob guarda à luz do fenômeno do *backlash*. Metodologicamente, trata-se de pesquisa jurídico-social, qualitativa e bibliográfica.

Palavras-chave: *backlash*; proteção, guarda de menor, previdência social.

Abstract

This article aims to explore whether the Legislative Branch's reaction can be characterized as a backlash, including its implications, and, furthermore, whether the understanding established by the STF in ADIs 4,878 and 5,083 can prevail in relation to Constitutional Amendment 103/2019. To this end, a brief historical context and understanding of the backlash phenomenon are presented, followed by an explanation of the treatment of minors under guardianship in and by the Brazilian legal system. Finally, an analysis of the social security protection of minors under guardianship is carried out in light of the backlash phenomenon. Methodologically, this is a legal-social, qualitative and bibliographical research.

Keywords: *backlash*; protection, minor guardianship, social security.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 consagrou a proteção previdenciária como um direito social, resguardada a todos aqueles que se encontram regularmente filiados e com suas contribuições adimplidas. O amparo previdenciário é estendido, ainda, aos dependentes, os quais, de forma genérica, são aqueles que compõem o núcleo familiar do segurado: filhos, companheiros, cônjuge, pais, entre outros.

Dentre os dependentes, encontra-se em voga a figura do menor sob guarda, desde a alteração introduzida na Lei 8.213/1991 pela Lei 9.528/1997, que provocou a sua exclusão da proteção previdenciária. O instituto retromencionado caracteriza a hipótese em que uma criança ou adolescente, em situação de vulnerabilidade, é colocada provisoriamente aos cuidados de um grupo familiar distinto daquele em que nasceu. Destaca-se, portanto, ser uma situação jurídica transitória e relativamente precária, uma vez que nem o registro de nascimento do menor pode ser alterado pela averbação da guarda.

Diante dessas e de outras circunstâncias a serem exploradas, o legislador, impulsionado pela Medida Provisória 1.523/1996, decidiu alterar a lei da previdência social para excluir o menor sob guarda da proteção previdenciária, na qualidade de dependente. Seguiu-se, então, um momento conturbado na jurisprudência, provocado pela possível antinomia entre essa exclusão, a redação do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e, sobretudo, a Constituição Federal.

Somente em 2013, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ fixou um entendimento inicial de que as crianças e os adolescentes sob guarda teriam direito aos benefícios previdenciários na qualidade de dependentes, uma vez que “a combinação do art. 227 da CRFB com o art. 33 do ECA configuraria normatividade bastante para sua proteção” (Brasil, 2014 *apud* Tavares, 2022). Houve a pacificação do entendimento na fixação do Tema 732 do STJ, o qual ressaltou a possibilidade de o menor sob guarda ser contemplado com o benefício de pensão por morte, desde que devidamente comprovada sua dependência econômica, em consonância com o texto legal.

Ocorre que, não satisfeito, o poder constituinte derivado editou a Emenda Constitucional – EC 103/2019, a qual, em seu art. 23, § 6º, repetiu a redação do art. 16, § 2º da Lei 8.213/1991, que exclui o menor sob guarda. Além disso, acrescentou o termo “exclusivamente”, a fim de ressaltar que somente o enteado e o menor tutelado terão direito ao benefício de pensão por morte na qualidade de dependentes.

Em 2021, o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs 4.878 e 5.083, adotou uma interpretação conforme à Constituição para contemplar o menor sob guarda no rol de dependentes previdenciários, com fundamento no texto do ECA e da Constituição Federal.

Verifica-se, assim, a possível incidência do fenômeno conhecido doutrinariamente como *backlash*, o qual caracteriza uma reação dos demais Poderes constituídos ou da própria sociedade ao posicionamento adotado, sobretudo, por membros de Cortes Superiores em decisões prolatadas sobre temáticas sensíveis. É nesse âmbito que se situa o objeto da presente pesquisa: objetiva-se explorar se a reação do Legislativo pode ser caracterizada como *backlash*, inclusive as implicações dela decorrentes, e, além disso, se o entendimento firmado pelo STF nas ADIs 4.878 e 5.083 pode prevalecer em relação à Emenda Constitucional 103/2019. Para tanto, é apresentado um breve contexto histórico e a compreensão do fenômeno do *backlash*, seguido da exposição do tratamento do menor sob guarda no e pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, é realizada uma análise da proteção previdenciária do menor sob guarda à luz do fenômeno do *backlash*.

Considerando a gravidade e a fundamentalidade constitucional da questão, o presente estudo justifica-se em contribuir para a produção e evolução do conhecimento na área. Pretende-se ofertar através da pesquisa uma nítida caracterização do *backlash* nas relações interinstitucionais brasileiras a partir da análise da proteção previdenciária do menor sob guarda. Além disso, a pertinência temática ainda se justifica em razão de, em setembro de 2023, o plenário do STF ter reconhecido, novamente, a repercussão geral da matéria e ter afetado o Tema 1.271, pendente de julgamento, que inclui expressamente o texto do art. 23, § 6º, da EC 103/2019 na abordagem da controvérsia.

O artigo vale-se das opções metodológicas propostas por Gustin, Dias e Nicácio (2020, p. 61-89) para as ciências sociais quanto à vertente, gênero e modos de análise. Nesse sentido, pertence à vertente jurídico-social, ao gênero metodológico jurídico-compreensivo e, quanto às técnicas de análise de conteúdo, trata-se de pesquisa qualitativa e bibliográfica.

2 O fenômeno do *backlast*: breves considerações

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apoiada nos fundamentos históricos do constitucionalismo, elevou a separação dos poderes à categoria de princípio fundamental protegido como cláusula pétrea. Isso indica o zelo do constituinte originário por uma premissa basilar da democracia e a precaução diante

da eventual possibilidade de sua abolição pelo constituinte derivado. Nesses termos e em observância, ainda, ao modelo norte-americano de freios e contrapesos¹, verificou-se o desenvolvimento relativamente harmônico e equilibrado dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo no Brasil durante boa parte do período democrático vivenciado após a ditadura militar.

Foi com base nessas circunstâncias, inclusive, que se vislumbrou a possibilidade da adoção de uma teoria dos diálogos institucionais, assente em uma política de tolerância mútua. De acordo com essa doutrina, a busca da solução de problemas sociais envolveria uma interação ativa entre os Poderes, a fim de se alcançar uma resposta coerente, una e passível de ser implementada sem controvérsias.

A partir dessa ruptura, instalou-se o alicerce oportuno para o avanço do fenômeno do *backlash* no Brasil. Trata-se, de acordo com a abordagem utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, de uma “expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos” (Brasil, 2020). Esse conceito, entretanto, é um pouco restrito para abarcar todo um fenômeno multicultural que envolve diversos fatores sociais, econômicos, políticos, jurídicos e culturais.

Sob a perspectiva da jurisdição constitucional, foco do presente estudo, o efeito *backlash* está relacionado a uma reação popular ou institucional ao conteúdo de uma determinada decisão judicial. Diante do posicionamento do Poder Judiciário frente, majoritariamente, a temas sensíveis ou inovadores, a sociedade, ou mesmo os demais Poderes, indispostos a uma possível modificação significativa do *status quo*, insurgem-se ao que fora decidido. Post e Siegel (2007) defendem que essa resistência é uma forma encontrada pelos cidadãos para comunicar que a posição da Corte não reflete o verdadeiro significado da Constituição, o qual é baseado, na visão popular, em convicções historicamente arraigadas na mentalidade social.

A partir da observação desse fato social, três teses relevantes surgiram para esclarecer, especificamente, a relação entre os tribunais e a manifestação do fenômeno sob análise, as quais serão a seguir desenvolvidas: a do *backlash* como uma ameaça aos tribunais, de Dworkin (2002); a do minimalismo judicial, de Sunstein (2007); e a do Constitucionalismo Democrático, dos supracitados Post e Siegel (2007).

Dworkin (2002, p. 141), em sua obra “Levando os direitos a sério”, explicita uma distinção clara e objetiva entre os argumentos de princípio e os argumentos de política:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.

A partir desse paralelo, o autor defende que as Cortes Constitucionais devem utilizar argumentos de princípio em suas decisões, as quais são destinadas à salvaguarda dos direitos fundamentais devidamente resguardados pela Lei Fundamental. Esse encargo decorre, sobretudo, da função contramajoritária dos tribunais, que constitui uma barreira aos arbítrios da maioria em uma democracia, devidamente representada pelos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo.

Confrontada diante de suas razões, apesar de preponderantes, a opinião pública dificilmente acolherá o posicionamento de um órgão tipicamente aristocrático sem oferecê-lo alguma oposição. À vista disso, na concepção de Dworkin, o *backlash* é uma ameaça inevitável à autoridade dos tribunais, o que, todavia, não deve tolher o exercício de suas atribuições, desde que devidamente respaldadas nos valores constitucionais, independentemente da pressão popular.

Sunstein (2007), por sua vez, é mais cauteloso em sua abordagem. Para o autor norte-americano, o Judiciário deve restringir os termos de seus julgados, quando no exercício da função jurisdicional, aos exatos contornos do caso submetido ao crivo de constitucionalidade. Assim, estabelecidas as extremidades da moldura casuística na manifestação inicial apresentada, qualquer superação desses limites em uma futura decisão judicial pode ser

¹ A doutrina norte-americana dos freios e contrapesos, de maneira sintética, complementa a teoria clássica da separação dos poderes na medida em que concede a cada um dos Poderes a possibilidade de verificar, checar, balancear, e, ainda, bloquear ou obstaculizar as ações de outro que extrapole os seus limites internos.

prejudicial para os seus autores. Em outras palavras, os tribunais devem buscar resolver os casos de forma estreita e focada, levando em consideração apenas os fatos específicos e as questões legais imediatas devidamente expressas. Não à toa, essa teoria foi batizada de minimalista.

Ao seguir essa lógica, o efeito *backlash*, em regra, seria esvaziado. Órgãos políticos teriam maior liberdade nas discussões de direitos suscitadas pela sociedade, tendo em vista a preservação, pelas Cortes Constitucionais, da deferência democrática, ao evitar estipular regras gerais e abstratas que possam abranger uma ampla variedade de situações e contextos.

Post e Siegel, em contrapartida, apresentam uma proposta de conciliação das teorias anteriores. Para os representantes da Escola de Yale, o fenômeno do *backlash* é algo natural em uma democracia saudável, do qual deve ser extraída, especialmente, sua repercussão positiva. Conforme destacado por Fonteles (2018, p. 45):

Ainda que não seja algo a ser celebrado, os professores da Yale Law School reconhecem efeitos benéficos do *backlash* para a ordem constitucional. Robert Post e Reva Siegel apontam que esse fenômeno é capaz de ativar uma cidadania adormecida, em um efeito cascata capaz de contagiar os demais concidadãos. Engajados política e constitucionalmente, a democracia se aperfeiçoaria, pluralizando-se os debates.

Nesse contexto, o Poder Judiciário deve estar a meio caminho entre o império exclusivo do direito e as manifestações populares de massa. Apesar de constitucionalmente destinados a preservar o Estado Democrático de Direito, a força normativa da Constituição, *per se*, pode não ser suficiente para resguardar a autoridade dos tribunais em momentos de reação social inflamada. Para tanto, os intérpretes devem estabelecer uma comunicação eficaz com a sociedade, sem, contudo, ceder aos desmandos da maioria, a fim de, através da dialética, promover a eficácia de um constitucionalismo democrático.

O Supremo Tribunal Federal já sinalizou apoio ao constitucionalismo democrático. No julgamento do Habeas Corpus 152.752, o Ministro Fux destacou a condição de instância contramajoritária da Suprema Corte, ao tempo em que também frisou que tanto a legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional submetem-se, em alguma medida, à reatividade da opinião popular, remetendo assim diretamente à concepção de Post e Siegel, e razão pela qual não caberia à Corte “desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema” (Brasil, 2018, p. 265).

Entretanto, geralmente o efeito *backlash* se apresenta em solo brasileiro em sua versão mais desgastante, tendo em vista a adoção de um posicionamento mais próximo da teoria de Dworkin pela Corte Maior. Um dos exemplos mais simbólico, no cenário social recente, foi o caso da vaquejada. Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, destacou que a prática cultural da vaquejada – caracterizada pela perseguição de um boi por dois vaqueiros, que objetivam derrubá-lo a partir de puxões pelo rabo – era incompatível com a proteção constitucional da vedação ao tratamento cruel dos animais, o que resultou na declaração de inconstitucionalidade de uma lei estadual do Ceará. Na ocasião, a Corte fez prevalecer, pela técnica da ponderação, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, em detrimento do direito fundamental às manifestações culturais.

A decisão não foi bem recepcionada pela sociedade. Ao perceber esse descontentamento, o Congresso Nacional, amplamente influenciado pela bancada ruralista, aprovou, ainda no ano de 2016, a Lei 13.364/2016, que elevou a vaquejada à categoria de manifestação cultural nacional – bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. Além disso, em 2017, a fim de esclarecer sua oposição à Suprema Corte em um momento de clara ruptura institucional, o Poder Legislativo promulgou a Emenda Constitucional 96, a qual incluiu o § 7º ao texto do art. 225 da Constituição para excluir da tipificação legal de crueldade “as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais [...] registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro [...]” (Brasil, 1988).

O que se observou nessa situação, portanto, foi a manifestação de uma das espécies do fenômeno em análise, classificada pela doutrina como “*backlash* normativo” (Tavares, 2022). Sob essa abordagem, o *backlash* é caracterizado como uma oposição clara e objetiva do Poder Legislativo às manifestações do Poder Judiciário, especialmente da Corte Constitucional, dada sua investidura como intérprete da Carta Maior. Essa resistência é exteriorizada por meio da edição de atos legislativos (leis, emendas à constituição, resoluções) que negam eficácia à interpretação firmada

nas vias judiciais, o que, por violar as barreiras da reserva institucional, provoca erosão na estabilidade entre os Poderes e mina a confiança da sociedade na legitimidade dos tribunais.

Por outro lado, paralelamente ao *backlash* normativo, há, ainda, a possibilidade de uma interferência direta na estrutura interna do Poder Judiciário, o que qualifica o “*backlash* institucional” (Tavares, 2022). Essa espécie é caracterizada por ações que buscam modificar a organização e o funcionamento dos órgãos judiciais, com o objetivo de esvaziar sua independência e autonomia em relação aos demais Poderes do Estado. Essas modificações podem incluir alterações constitucionais ou legais que afetam diretamente as atribuições dos órgãos judiciais, sua composição, seu orçamento, entre outros aspectos estruturais. O propósito principal dessas mudanças é reduzir o poder e a influência do Judiciário, a fim de torná-lo mais suscetível às interferências políticas ou limitar sua capacidade de tomar decisões independentes.

Essas ações têm, em regra, motivações políticas ou ideológicas que vislumbram a possibilidade de enfraquecer o papel do Judiciário como um contrapeso ao Executivo ou ao Legislativo. Assim, um dos objetivos subjacentes, especialmente em um momento político de ascensão da extrema direita, é concentrar maior controle nas mãos dos demais Poderes do Estado, o que resulta no enfraquecimento da separação dos poderes, sem, contudo, provocar sua abolição. Dessa forma, essas mudanças podem ter consequências significativas para o Estado de Direito, para o ordenamento jurídico e para a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

É importante ressaltar, todavia, que o fenômeno do *backlash* não se limita ao Poder Judiciário, mas pode ser observado em relação a outras instituições ou sistemas organizados. O foco na esfera judicial deriva do objeto explorado no presente estudo, o qual abordará, especificamente, o fenômeno do *backlash* na seguridade social, especialmente no tratamento dispensado ao menor sob guarda, conforme será visto adiante.

3 O menor sob guarda no ordenamento jurídico brasileiro

O sistema de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro possui uma base constitucional sólida, respaldada na garantia do pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social dessa parcela da população. O dispositivo paradigma desse complexo de direitos situa-se, a propósito, no art. 227 da Norma Fundamental, o qual acentua ser um dever de todas as formas de organização social (família, sociedade e Estado) assegurar-lhes, entre outras garantias fundamentais, o direito à profissionalização – com suas repercussões trabalhistas e previdenciárias –, e à convivência familiar e comunitária, “além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (Brasil, 1988).

A fim de garantir a eficácia da força normativa da Constituição, o poder público conta com um conjunto de ferramentas legais e executórias, dentre as quais destacam-se: o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/1990), principal fonte legal dos direitos e dos deveres das crianças e dos adolescentes, considerado aquele com até dezoito anos de idade; o Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013), reunião de princípios e diretrizes que abrangem as pessoas entre quinze e vinte e nove anos de idade; os Conselhos Tutelares, órgãos do Poder Executivo municipal encarregados de zelar pelo cumprimento dos direitos elencados nos dispositivos legais retromencionados; e o Ministério Público, que, entre suas muitas funções, é responsável, também, por tutelar o interesse de incapazes.

É nesse amplo sistema protetivo, portanto, que se encontra inserido o menor sob guarda. Trata-se aqui da qualificação atribuída a uma situação fática com efeitos jurídicos relevantes, caracterizada, sobretudo, pela relação entre uma pessoa plenamente capaz – maior de dezoito anos – e uma criança ou um adolescente, na qual se confere àquele a responsabilidade de cuidar, sustentar e educar o menor de forma permanente.

No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, é possível distinguir a existência de dois institutos jurídicos diversos que são denominados de “guarda”: o decorrente do exercício do poder familiar sobre os filhos menores de dezoito anos e não emancipados, previsto e regulamentado pelo Código Civil, e o previsto como medida de direito assistencial, voltado àqueles em situação de vulnerabilidade e disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sob a primeira perspectiva, a guarda é um instituto imanente à constituição de um grupo familiar desde os períodos mais remotos. Com efeito, ainda que sob a égide das leis da natureza, são raras as espécies que abandonam sua prole imediatamente após o nascimento. Da mesma forma, entre os humanos, os filhos costumam permanecer

sob os cuidados dos pais, em regra, até alcançarem a maioridade, período no qual devem ser sustentados, defendidos, educados e amparados em todos os seus interesses. Nesse sentido, o conceito de guarda confunde-se com o exercício do poder familiar, considerada a reunião de ambos nas mãos dos ascendentes de primeiro grau do menor.

À vista disso, por muito tempo o Estado não interferiu de forma alguma no exercício do poder familiar, como demonstração de respeito à soberania do “pátrio poder”² em um sistema familiar patriarcal. Ocorre que, especialmente após a Primeira Revolução Industrial e a ascensão e desenvolvimento do Estado social, identificou-se a necessidade de intervenção em espaços anteriormente considerados sagrados, a fim de resguardar os direitos e garantias básicos reconhecidos a todas as pessoas, em especial aos vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos, mulheres e pessoas com deficiência).

Diante disso, sobreleva-se a segunda vertente do conceito de guarda, voltada à proteção de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. Sob esse ângulo, a guarda é destinada à regularização da posse de fato da criança ou do adolescente inserido em um grupo familiar substituto, por ser esta a medida necessária à observância do melhor interesse do menor. Trata-se, portanto, de medida assistencial desenvolvida pelo Estado como forma de proteção a uma parcela potencialmente desamparada da população.

É em relação a esse segundo conceito de guarda que se insere a discussão acerca da proteção previdenciária do menor. Com efeito, sob a primeira concepção, a criança e o adolescente estão integralmente resguardados, em regra, até os vinte e um anos, considerada a ligação direta com seus ascendentes, nos termos do art. 16, I, da Lei 8.213/1991³. Por sua vez, ao não se enquadrar no conceito de filho, enteado ou menor tutelado, o menor sob guarda propriamente dito foi excluído da legislação previdenciária com a inovação legislativa introduzida pela Lei 9.528/1997, que aspirava alcançar com essa modificação, a um só tempo, a proteção da autarquia previdenciária federal contra fraudes e, conseqüentemente, o reforçar a garantia do equilíbrio financeiro-atuarial previdenciário.

A mudança foi operada, sobretudo, a partir da identificação recorrente de fraudes no sistema previdenciário brasileiro. O artifício ilícito era caracterizado pela utilização imprópria da proteção legal para fins de enriquecimento sem causa: uma pessoa de má-fé criava uma situação fictícia de guarda, geralmente entre avós – potencialmente mais próximos do óbito – e netos, que na realidade dos fatos não existia, a fim de, após o falecimento do segurado, tornar o menor elegível ao benefício de pensão por morte.

Nesse sentido, a redação originária do art. 16, § 3º, da Lei 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda ao filho e, assim, garantia sua qualidade de dependente. Esse dispositivo encontrava-se, portanto, em plena consonância com os ditames constitucionais e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao salvaguardar integralmente os direitos previdenciários do menor. Contudo, a alteração introduzida pela Lei 9.528/1997 destacou os submetidos à guarda da condição de dependentes, em atenção aos fatos sociais mencionados, o que caracteriza, em suma, violação aos princípios da proteção integral e da isonomia. Além disso, a medida adotada pelo legislador mostrou-se inadequada aos fins elencados, tendo em vista a incompatibilidade entre a conduta ilegal dolosa de alguns e a exclusão integral da proteção social, considerada a possibilidade de repressão criminal daqueles.

Outrossim, a controvérsia ainda foi acentuada pela verificação da imutabilidade da redação do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴, que expressamente assegura, para todos os fins e efeitos de direito, a condição de dependente previdenciário do menor sob guarda.

Diante dessa instabilidade, o Poder Judiciário foi provocado a se pronunciar sobre o tema. O STJ, como guardião da lei federal, deu o primeiro passo e, em 2013, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 36.034/

² Trata-se da denominação anterior do poder familiar, cujo teor consubstancia a concentração do domínio do grupo nas mãos do pai.

³ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; [...].

⁴ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [...] § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

MT, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, assegurou a extensão da cobertura previdenciária ao menor sob guarda, desde que comprovada a dependência econômica. O julgado teve origem em uma ação judicial que versava sobre o regime próprio de previdência social do Estado de Mato Grosso, mas seus fundamentos transcenderam o caso concreto, na medida em que restou respaldado nos princípios da proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes e da especialidade do ECA, conforme se destaca:

[...] 2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo *status* de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. 5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II). [...] (Brasil, 2014, p. 1).

Consoante a conclusão adotada pelo magistrado, o silêncio deliberado da lei acerca do menor sob guarda não permite a sua exclusão automática da proteção previdenciária. Uma interpretação teleológica e sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro demonstra ser insustentável uma leitura exclusivamente gramatical da proposição legal reformada. Isso porque a legislação especial e, mais importante, o próprio texto constitucional garantem a cobertura integral da criança e do adolescente em relação aos riscos sociais a que estão expostos.

Assim, observado o volume de demandas sobre a temática, a Primeira Seção do STJ – após o amadurecimento da concepção adotada no julgado retromencionado – pacificou a controvérsia no julgamento do Recurso Especial 1.411.258/RS, em 2017, que deu origem ao Tema Repetitivo 732 e cuja tese foi convencionada nos seguintes termos:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária. (Brasil, 2018, p. 3).

A interpretação sedimentada pelo STJ, portanto, restou em consonância com a dimensão axiológica da Constituição. E, por se tratar de decisão prolatada sob o rito dos recursos repetitivos, possui força vinculante, o que impõe sua observância, em regra, pela administração pública e pelos demais órgãos do Poder Judiciário, em atenção à necessidade de consistência e previsibilidade na aplicação da lei.

Ocorre que os órgãos administrativos continuaram a recusar a concessão de benefícios previdenciários ao menor sob guarda, tornando infrutífera a tentativa de pacificação elaborada pelo STJ. Isto posto, aguardava-se o julgamento breve das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.878 e 5.083 perante o STF, a fim de encerrar a controvérsia, as quais, entretanto, somente foram julgadas em 2021.

Antes da Suprema Corte se pronunciar, todavia, o Poder Legislativo explicitou seu descontentamento em relação à jurisprudência dos tribunais por meio da edição da Emenda Constitucional 103, de 2019, mais conhecida como reforma da previdência, em um nítido exemplo de *backlash* normativo, o qual será abordado a seguir. E, por fim, em setembro de 2023, o STF voltou a abordar a temática na afetação do Tema 1.271, relatado pelo Ministro André Mendonça, no qual se discute, “se a retirada da criança e do adolescente sob guarda do rol de beneficiários [...] violou os princípios da igualdade, proibição do retrocesso e da proteção integral das crianças e dos adolescentes” (Brasil, 2023), apesar da recente decisão prolatada no julgamento conjunto das ADIs 4.878 e 5.083, o que ressalta a contemporaneidade do tema.

4 O *backlast* na proteção previdenciária do menor sob guarda

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988 inaugurou no ordenamento jurídico pátrio um Regime Geral de Previdência Social – RGPS eminentemente vocacionado à promoção do primado do trabalho, bem-estar social e justiça social, que, no entanto, ao longo dos últimos 32 (trinta e dois) anos passou por diversas modificações, tanto em nível constitucional como infraconstitucional.

Dentre os mais diversos motivos, sobressaem-se em relação aos demais a transição demográfica e o desequilíbrio financeiro e atuarial por estarem constantemente presentes nos projetos de leis e propostas de emendas constitucionais, sendo esse motivo diretamente relacionado à deterioração fiscal-previdenciária decorrente das mudanças no modelo e regime econômicos implementados no Brasil ao longo das últimas três décadas (Veras, 2022, p. 222-285).

Soma-se aos motivos mencionados, o combate às fraudes de benefícios, tema relevante e que sempre esteve em pauta no Poder Executivo e no Congresso Nacional, culminando diversas alterações em nível infraconstitucional, a exemplo da própria Lei Federal 9.528/1997, e, no período mais recente, a Lei Federal 13.846/2019, ambas decorrentes de conversão de medidas provisórias, respectivamente a 1.596-14/1997 e 871/2019.

Em compasso a esses acontecimentos, o Congresso Nacional aprovou, no dia 13 de novembro de 2019, a Emenda Constitucional – EC 103, que estabeleceu mudanças estruturais no sistema previdenciário. Dentre os pilares fundamentais da nova previdência aprovada, contida na exposição de motivos da Proposta de Emenda à Constituição – PEC 06/2019, estava explicitamente declarada o combate às fraudes de benefícios.

Embora na PEC 06/2019 não tenha sido feita nenhuma menção direta, muito menos apresentado dados relativos ao impacto da ocorrência de fraudes em procedimentos de guardas visando à concessão fraudulenta de benefício de pensão por morte, depreende-se que mais uma vez o motivo do combate à fraude de benefício levou o Congresso Nacional, agora por meio do exercício do poder constituinte derivado, a contemplar a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários.

Assim, no art. 23, § 6º, da EC 103/2019, foi preconizada a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários por meio do seguinte texto normativo: “Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica.” (Brasil, 2019).

Conforme se depreende da leitura objetiva da norma, o constituinte derivado buscou declarar sua intenção de forma clara e definitiva. Para alcançar esse objetivo, delimitou expressamente o benefício regulamentado, designou todos os beneficiários possíveis, com a adição do advérbio “exclusivamente”, que possui forte carga semântica no contexto, e estipulou a necessidade de comprovação da dependência econômica entre o segurado e o dependente.

Observa-se, assim, que a atitude do Poder Legislativo foi uma reação inequívoca ao posicionamento adotado pelo Poder Judiciário. Legitimar a exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária integral por meio de Emenda à Constituição consubstancia uma hipótese de *backlash* normativo, nos termos do conceito apresentado no segundo tópico deste trabalho. Trata-se, portanto, de uma oposição clara e objetiva do Constituinte aos exercícios jurídicos hermenêuticos exercidos pelos magistrados, o que apenas expõe a falta de diálogo institucional entre os Poderes e o retrocesso social.

Convém observar, por seu turno, que o Poder Legislativo, em sua função de elaborar leis, não se encontra obrigatoriamente vinculado às decisões do Poder Judiciário. O princípio da separação dos poderes – ou dos freios e contrapesos, segundo a versão desenvolvida nos Estados Unidos –, fundamental em uma democracia, pressupõe que cada um dos Poderes exerça suas funções, em regra, de maneira independente e autônoma. Em outras palavras, o Legislativo tem o direito e a capacidade de elaborar leis, ainda que estas sejam contrárias a interpretações ou decisões judiciais anteriores.

No entanto, essa independência não impede que o Legislador leve em consideração as decisões do Judiciário ao elaborar novas leis ou alterar a legislação existente. Em atenção à força do precedente, as decisões judiciais, especialmente as do STF, têm um peso significativo na formação da jurisprudência e na interpretação da Constituição.

Dessa forma, em um ambiente institucional saudável, o Legislativo considera a jurisprudência ao criar novas leis, a fim de evitar conflitos e garantir a conformidade legal.

Entretanto, isso não foi o que ocorreu no caso do menor sob guarda. Em meio ao quadro institucionalmente instável entre os Poderes da República, esses fatos propiciam à formação de uma concepção banalizada do *backlash*, a qual ignora seus efeitos nocivos, com vistas ao alcance de um resultado popular transitório favorável aos interesses dos “donos do poder”⁵.

Outrossim, ao elevar o debate ao nível constitucional, o Congresso, deliberadamente, excluiu o principal responsável pela manutenção da proteção previdenciária do menor sob guarda e dificultou a superação de seu posicionamento. Com efeito, conforme ressaltado anteriormente, o ponto de partida para a preservação integral e preferencial dos direitos securitários de crianças e adolescentes retirados do poder familiar foi dado pelo Superior Tribunal de Justiça. Este, inclusive, por meio de um de seus órgãos fracionários – 1ª Seção – pacificou o entendimento a ser adotado pelos demais membros do Poder Judiciário através do Tema 732. Isso foi possível graças à disciplina infraconstitucional da matéria, presente na Lei Federal 8.213/1991, o qual atrai a competência do STJ.

A disciplina da temática em Emenda Constitucional, todavia, transfere o debate para o Supremo Tribunal Federal. A invalidação de uma norma constitucional exige uma argumentação mais precisa e detalhada, além do consenso da maioria absoluta dos membros desse Tribunal. Em outras palavras, o constituinte procurou onerar a discussão acerca da proteção previdenciária do menor sob guarda, a fim de evitar a superação do seu posicionamento.

Não obstante, o tema foi abordado no julgamento conjunto das ADIs 4.878 e 5.083, que tinham como paradigma os textos do art. 16, § 3º, da Lei 8.213/1991, do art. 33 do ECA e do art. 227 da Carta Magna. Na ocasião, o relator, Ministro Gilmar Mendes, votou pela exclusão da proteção previdenciária do menor sob guarda, com fundamento, sobretudo, no texto da EC 103/2019. Em sua concepção,

o artigo 33, § 3º, da Lei 8069/90, na parte em que dispõe que a guarda torna o menor dependente, para todos os fins, inclusive previdenciário, não foi recepcionado pela EC 103 de 2019, ao menos com a interpretação que se busca, de equipará-lo a filho para fins de pensão por morte. [...] Portanto, a exclusão do menor sob guarda da condição de dependente para fins de pensão por morte decorre, agora, de norma constitucional, estando superada a discussão sobre a prevalência do ECA ou da lei previdenciária. (Brasil, 2021, p. 22-23).

Entretanto, esse não foi o entendimento triunfante. O Ministro Edson Fachin abriu e conduziu a divergência, garantindo a inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária. Em seu voto, destacou que a interpretação mais adequada ao art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991 “deve contemplar os ‘menores sob guarda’ na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta” (Brasil, 2021, p. 35).

Cumpra destacar, contudo, que a posição vencedora não abordou o texto da EC 103/2019 em toda a sua complexidade. Com efeito, ao mencionar a novidade legislativa introduzida pela mencionada Emenda, o Ministro Fachin (Brasil, 2021) salientou não ser o seu texto objeto das referidas ADIs e sustentou que, assim, pelo princípio da demanda, não seria sensato aos julgadores emitirem um juízo de valor sobre a redação do referido art. 23, § 6º. A Ministra Rosa Weber, por sua vez, considerou indispensável a aplicação da mesma interpretação dada à Lei 8.213/1991 à EC 103/2019, “em observância à máxima proteção, à especial prioridade e à dignidade humana” (Brasil, 2021, p. 63-64).

Verifica-se, portanto, no caso em tela, a incidência do que Marmelstein (2016, p. 10) denominou de “efeito *backlash* do efeito *backlash*” e que aqui será tratado como *backlash* reverso. Trata-se da hipótese em que, após a reação da população ou de outro Poder, por exemplo, o Judiciário responde reafirmando seu posicionamento e suprimindo as manifestações contrárias. No caso do menor sob guarda, após a edição da Emenda Constitucional 103, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento conjunto das ADIs 4.878 e 5.083, no qual ratificou a inclusão daquele no rol de dependentes da previdência social, apesar do texto do art. 23, § 6º, albergar, exclusivamente, o enteado e o menor tutelado. Essa alteração entre os Poderes, entretanto, não é conveniente para um Estado

⁵ Expressão cunhada por Raymundo Faoro para – em uma insuficiente e apertada síntese – caracterizar a elite política brasileira.

Democrático de Direito. O enfraquecimento das instituições pode gerar um vácuo de autoridade e dar lugar à ascensão de forças antidemocráticas, determinadas a incorporar a soberania.

Outrossim, salienta-se ainda que o posicionamento prevalecente nas ADIs 4.878 e 5.083 o foi por uma maioria acirrada de apenas sete votos (7x6). Dentre os que acompanharam a divergência, destacaram-se a Ministra Rosa Weber e o Ministro Ricardo Lewandowski, recentemente aposentados. Esses dados são essenciais para uma análise em cotejo com o reconhecimento da repercussão geral do Tema 1.271, de relatoria do Ministro André Mendonça, que retoma a discussão do menor sob guarda agora intencionalmente à luz do art. 23, § 6º, da EC 103/2019. Com efeito, a composição atual do STF, sobretudo diante da nomeação e dos votos recentes do Ministro Zanin, que sucedeu ao Ministro Lewandowski e tem adotado posição restritiva em matéria de direito do trabalho e previdenciário (a exemplo de sua manifestação no julgamento do Tema 1.102, que trata da revisão da vida toda), e o próprio ato de afetação do tema em um momento tão recente, afloram a possibilidade de reversão do precedente firmado, em atenção à supremacia da norma constitucional.

Soma-se as considerações anteriores que não é possível ignorar deveras a posição do legislador quanto ao tema, tendo em vista que, não obstante o tenha disciplinado por meio da Lei 9.528/1997, voltou a afirmar seu posicionamento através da Emenda Constitucional 103/2019, o que representa a comunicação do interesse dos congressistas em manter a exclusão do menor sob guarda da proteção previdenciária.

Esses fatos, entretanto, demonstram a instabilidade das instituições democráticas brasileiras, o que expõe a necessidade de uma maior integração entre os Poderes, a fim de que se garanta o respeito às limitações impostas pela Constituição e ao princípio da segurança jurídica. A manutenção da estabilidade e da confiança nas instituições é crucial para a preservação de uma sociedade democrática saudável, a qual prescinde da ocorrência do efeito *backlash* em seu seio.

5 Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 buscou estabelecer as bases para o desenvolvimento sustentável de uma sociedade harmônica, equilibrada e isonômica. Os princípios da separação de poderes, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, além da ampla relação de direitos e garantias fundamentais, demonstram a preocupação do constituinte com a evolução institucional e social do Estado brasileiro.

Ocorre que a realidade nem sempre se coaduna com a força normativa da Constituição. Conforme destacado no presente artigo, observou-se, especialmente nos últimos anos, uma intensificação dos embates explícitos entre os três Poderes, dentre os quais se destaca o fenômeno doutrinário conhecido como *backlash*, representado, na hipótese sob análise, pela reação legislativa à jurisprudência dos tribunais superiores.

Conforme demonstrado, esse fato repercutiu, inclusive, no âmbito da seguridade social. Testemunhou-se, desde a promulgação da Carta de 1988, uma complexa evolução da proteção previdenciária do menor sob guarda no contexto brasileiro, desde a sua exclusão da Lei 8.213/1991 até a sua posterior reintegração por meio de interpretação conforme do Supremo Tribunal Federal. O efeito *backlash* no caso específico do menor sob guarda, portanto, não surtiu o efeito esperado pelo Legislador, uma vez que o Judiciário sustentou uma interpretação inclusiva do tema.

No decorrer dessa análise, restou ainda demonstrado que a proteção previdenciária do menor sob guarda é uma questão de extrema importância social, ligada não apenas aos aspectos legais, mas também aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, conforme ressaltado pelo constituinte originário no texto da Carta Magna.

Nesse sentido, o presente estudo reforça a relevância do papel do Judiciário na defesa dos direitos sociais e a necessidade de se cultivar um diálogo construtivo entre os Poderes constituídos, a fim de se alcançar soluções que garantam a efetiva proteção dos vulneráveis. A inclusão dessa pauta na esfera de rivalização de grupos organizados, todavia, atrasa o debate inclusivo e o progresso do sistema de seguridade social.

Logo, diante das transformações normativas e das discussões em torno desse tema, é fundamental que a sociedade e os operadores do direito estejam atentos às implicações das decisões judiciais e das alterações

legislativas, a fim de assegurar que os direitos previdenciários sejam garantidos de maneira justa e efetiva a todos os cidadãos, especialmente àqueles em situação de maior vulnerabilidade, como os menores sob guarda. Somente a partir do diálogo institucional construtivo é que se garantirá os princípios básicos da estrutura democrática, fundamentais para o avanço social sustentável.

6 Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 12 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 24 de julho de 1991; 170º da Independência e 103º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013*. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE. Brasília, DF: Presidência da República, 5 de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016*. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Brasília, DF: Presidência da República, 29 de novembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13364.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 13 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 36.034 – Mato Grosso*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 26 de fevereiro de 2014. *DJe* de 15/4/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102278349&dt_publicacao=15/04/2014. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Recurso Especial n. 1.411.258 – Rio Grande do Sul*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 11 de outubro de 2017. *DJe* de 21/2/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303392039&dt_publicacao=21/02/2018. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43 – Distrito Federal*. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Processo Eletrônico *DJe*-270 DIVULG 11/11/2020 PUBLIC 12/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.878 – Distrito Federal*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, 8 de junho de 2021. Processo Eletrônico *DJe*-157 DIVULG 05/08/2021 PUBLIC 06/08/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677410>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.083 – Distrito Federal*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, 8 de junho de 2021. Processo Eletrônico DJe-157 DIVULG 05/08/2021 PUBLIC 06/08/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677411>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus (HC) 152.752 – Paraná*. Relator: Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Processo Eletrônico DJe-127 DIVULG 26/06/2018 PUBLIC 27/06/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário (RE) 144.2021 – Ceará*. Relator: Min. André Mendonça. Processo Eletrônico DJe-214 DIVULG 21/09/2023 PUBLIC 22/09/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6661561>. Acesso em: 14 out. 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>. Acesso em: 12 jun. 2023.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 567 p.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2690/1/Samuel%20Sales%20Fonteles.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pesando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

MARMELSTEIN, George. *Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. In: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3., 2016, Bolonha, Itália. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 01 out. 2023.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: remocratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

RESMINI, A. B.; ANDREATTA, C. Backlash no direito brasileiro: principais reações legislativas. *Academia de Direito*. Mafra, v. 3, p. 972-996, 2021. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3183>. Acesso em: 15 jun. 2023.

SUNSTEIN, Cass Robert. Backlash's travels. *Public Law Working Paper*, Chicago, n. 157, p. 1-22, mar. 2007. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 14 jun. 2023.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O backlash institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no Direito Previdenciário e Assistencial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 11-33, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/170983>. Acesso em: 14 jun. 2023.

VERAS, Rodrigo Lustosa. *As reformas no regime geral de previdência social e a disfuncionalidade fático-normativa entre as ordens social e econômica*. 2022. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Humanas e Letras, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2022, p. 222-285.

Inteligência Artificial e *blockchain*: inovações na gestão de TI e os desafios jurídicos

Artificial Intelligence and blockchain: innovations in it management and legal challenges

Artigo recebido em 10/02/2024 e aprovado em 07/06/2024.

Wellington José Campos

Mestre em direito das relações econômicas e sociais da Faculdade Milton Campos.
Professor no Instituto Mineiro de Direito.

Resumo

O presente artigo tem como premissa a análise da interseção entre duas tecnologias emergentes, a Inteligência Artificial e a *blockchain*, destacando suas aplicações inovadoras na gestão de Tecnologia da Informação (TI) e os desafios jurídicos associados ao seu uso. A metodologia dedutiva adotada envolve revisão bibliográfica e análise do cenário atual na gestão de Tecnologia da Informação (TI), contextualizando a transformação digital e a crescente adoção de Inteligência Artificial (IA) e *blockchain* nas organizações. Ao longo do desenvolvimento, são apresentados casos de uso específicos dessas tecnologias na otimização de processos de TI, garantindo segurança, transparência e eficiência. Os objetivos do trabalho incluem analisar o impacto dessas inovações na gestão de TI e identificar os desafios jurídicos decorrentes de sua implementação. Os resultados destacam benefícios como automação de tarefas, rastreabilidade e descentralização, enquanto os desafios jurídicos envolvem questões de privacidade, responsabilidade e conformidade regulatória. Este trabalho contribui para o entendimento das implicações práticas da IA e *blockchain* na gestão de TI, oferecendo insights relevantes para profissionais e pesquisadores no campo da tecnologia e do direito.

Palavras-chave: banco de dados; avanço tecnológico; gestão; inteligência artificial; direito; informática.

Abstract

The premise of this article is to analyze the intersection between two emerging technologies, Artificial Intelligence and Blockchain, highlighting their innovative applications in Information Technology (IT) Management and the legal challenges associated with their use. The deductive methodology adopted involves bibliographic review and analysis of the current scenario in Information Technology (IT) Management, contextualizing digital transformation and the growing adoption of Artificial Intelligence (AI) and Blockchain in organizations. Throughout development, specific use cases of these technologies are presented in optimizing IT processes, ensuring security, transparency and efficiency. The objectives of the work include analyzing the impact of these innovations on IT management and identifying the legal challenges arising from their implementation. The results highlight benefits such as task automation, traceability and decentralization, while legal challenges involve issues of privacy, liability and regulatory compliance. This work contributes to the understanding of the practical implications of AI and Blockchain in IT management, offering relevant insights for professionals and researchers in the field of technology and law.

Keywords: database; technological advancement; management; artificial intelligence; law; information technology.

1 Introdução

A presente pesquisa adentra o universo dos Sistemas de Apoio à Decisão Empresarial (SAD) e sua estreita relação com a evolução tecnológica representada pelo *blockchain* e a Inteligência Artificial (IA). Em um cenário de crescimento acelerado e concorrência aguçada, as organizações se veem compelidas a adotar uma ampla gama de

ferramentas de gestão, e, entre elas, destacam-se a IA e a tecnologia *blockchain*. Essas inovações têm como objetivo principal otimizar resultados, manter a competitividade e conferir diferenciação no cenário empresarial.

Este estudo pretende analisar o impacto do uso da IA e do *blockchain* na gestão de Tecnologia da Informação (TI), evidenciando as melhorias em eficiência, segurança e transparência. Paralelamente, investigaremos os desafios jurídicos que emergem nesse contexto, considerando questões de validade, aplicabilidade das leis vigentes e aspectos de responsabilidade.

As organizações estão formulando políticas estratégicas para otimizar seus processos, que incluem desde a adoção de novas tecnologias de produção até a busca pela redução de custos, e, nesse contexto, a IA desempenha um papel fundamental.

Por meio da aplicação da IA, os processos internos ganham uma eficiência notável, o que, por sua vez, viabiliza o aumento das vendas e a melhoria das relações com os clientes. As organizações passam a manipular informações de maneira eficaz e dinâmica, transformando a informação em um recurso inestimável para a consecução de suas estratégias (Vieira, 2016). Devido à capacidade intrínseca da IA para estruturar dados e flexibilizar a geração de informações, os SAD também oferecem suporte à diversidade de estilos de tomada de decisão adotados pelos gestores que deles fazem uso (Laudon; Laudon, 2014), sendo reconhecidos como uma ferramenta imprescindível nos níveis estratégicos das organizações (Eleuterio, 2015).

Conforme definido por Eisenhardt e Zbaracki (1992), as decisões estratégicas são aquelas que determinam o rumo de uma organização. Nesse contexto, a Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) resulta da convergência da informática, das mídias eletrônicas e das telecomunicações, desempenhando o papel de instrumentos de aprendizagem (Bohn, 2011) a serviço da gestão empresarial. Essa convergência resultou na formulação de modelos destinados a alinhar estratégia e TIC, visando ao alcance dos objetivos e resultados organizacionais sustentados pela TIC (Villas; Fonseca; Macedo-Soares, 2006). A TIC pode, de fato, contribuir para o sucesso organizacional, aumentando a competitividade das empresas e dinamizando os mercados (Henderson; Venkatraman, 1993; Gerow; Thatcher; Grover, 2015).

Nesse contexto, este estudo propõe-se a analisar, por meio de um estudo de caso, qual é a contribuição potencial dos Sistemas de Apoio à Decisão Empresarial, incluindo a Inteligência Artificial, e como essa contribuição se manifesta efetivamente na tomada de decisões estratégicas. A IA desempenha um papel crucial na análise e interpretação dos dados, fornecendo insights de valor inestimável para a formulação de estratégias empresariais eficazes, com a incorporação da cultura de transformação digital e gestão da Tecnologia da Informação

Uma das primeiras concepções em torno da transformação digital foi introduzida no livro de Patel (2000), que lançou luz sobre o tema, embora não tenha proporcionado uma definição padronizada. Desde então, diversas abordagens e definições têm emergido na literatura. Albertin e Moura Albertin (2021) delineiam a transformação digital como a criação de valor por meio da aplicação de inovações digitais, tanto para a sociedade como para as empresas. Lankshear e Knobel (2008) sustentam que as tecnologias digitais facilitam a inovação e a criatividade, incentivando mudanças substanciais nos campos profissionais e de conhecimento. Bharadwaj *et al.* (2013) e Westerman *et al.* (2019) ressaltam que a transformação digital implica em uma reavaliação do papel que a Tecnologia da Informação (TI) desempenha nas estratégias organizacionais. Conforme Zheng *et al.* (2019), a transformação digital envolve a digitalização de processos, enquanto Balakrishnan e Das (2020) a conceituam como uma remodelagem profunda nos modelos de negócios, na geração de valor e em todas as facetas associadas a eles, que vão desde a produção até a distribuição de produtos e serviços.

González-Varona (2021) observam que a transformação digital traz consigo mudanças significativas nos modelos de negócios, necessitando do desenvolvimento de novas competências para se adaptar e instigar as mudanças necessárias nas operações da organização. Neste estudo, adotamos a definição proposta por Vial (2019), que descreve a transformação digital como um processo de mudança com o propósito de promover aprimoramentos nas organizações e sociedades, unindo informações, sistemas de computação, infraestrutura de comunicação e tecnologias que possibilitam a conectividade de todos esses elementos.

Essas definições destacam que, independentemente do porte ou do nível de adoção das tecnologias, as empresas experimentam transformações em seus negócios quando incorporam novas tecnologias. Contudo, muitas delas carecem de clareza em relação aos benefícios e ao processo de adoção dessas tecnologias.

2 Inteligência Artificial

O termo “Inteligência Artificial (IA)” teve sua primeira aparição e introdução na década de 1950 por McCarthy (1960) como uma referência a máquinas dotadas de inteligência. Nos estágios iniciais, a IA estava mais associada a algoritmos que auxiliam na tomada de decisões, como mencionado por Buchanan e O’Connell (2006). Brynjolfsson e McAfee (2017) descrevem a IA como uma tecnologia que visa competir com a capacidade humana, capaz de aprender e tomar decisões de maneira autônoma, até mesmo substituindo seres humanos em tarefas que demandam conhecimento. Para Russell e Norvig (2016), a IA é uma disciplina que busca criar *software* e *hardware* que possam simular o comportamento humano. Nesse contexto, este trabalho considera a IA como uma área de estudo cujo objetivo é desenvolver *software* e *hardware* capazes de realizar ações que normalmente exigiriam algum nível de cognição, conforme proposto por Russell e Norvig (2016).

O desenvolvimento da IA ao longo da história progrediu em duas dimensões distintas: uma centrada no ser humano, que se concentra em abordagens empíricas com validação de hipóteses e experimentação, e outra racionalista, que integra abordagens matemáticas e de engenharia, como mencionado por Borges (2020). As pesquisas iniciais sobre a IA destacaram a capacidade de aprendizado e demonstraram avanços promissores em tarefas relacionadas à tomada de decisões e à resolução de problemas.

Na indústria de manufatura, o avanço da IA está intrinsecamente ligado à consolidação da Indústria 4.0 (i4.0). Por meio da adoção de várias tecnologias, como Internet das Coisas (IoT), *Big Data*, computação em nuvem e sensores (sistemas ciberfísicos – CPS), entre outras, os sistemas se tornaram capazes de tomar decisões em ambientes altamente dinâmicos e voláteis, indo além da mera automação de processos. A capacidade de aprendizado das máquinas tornou-se uma valiosa aliada na tomada de decisões e na introdução de novos modelos de manufatura, incluindo abordagens em rede.

De acordo com Brynjolfsson e McAfee (2017), dois principais impulsionadores para a adoção de novas tecnologias incluem a capacidade de aprendizado das máquinas e a perspectiva de desempenho superior ao humano atual. No entanto, Davenport (2018) ressalta que, uma vez que a implementação da IA pode significar uma ruptura nos modelos e processos existentes, os gestores devem reavaliar suas estratégias, escolher cuidadosamente as tecnologias a serem adotadas e determinar a velocidade de implantação.

A Internet das Coisas (IoT) desempenha um papel cada vez mais relevante na gestão da Tecnologia da Informação (TI) nas organizações. A capacidade de conectar dispositivos físicos e digitais, coletar dados em tempo real e compartilhar informações de maneira eficiente oferece inúmeras vantagens para a área de TI. Isso inclui a melhoria na monitorização e manutenção de ativos de TI, o que permite identificar problemas antes que se tornem críticos, resultando em um tempo de inatividade reduzido.

Outro aspecto importante da relação entre a IoT e a gestão de TI é a segurança da informação. Com um grande número de dispositivos interconectados, a segurança dos dados torna-se uma prioridade crítica. A gestão eficaz da segurança da informação na era da IoT envolve a implementação de protocolos de segurança robustos, a monitorização constante de ameaças e vulnerabilidades, e a adoção de práticas de cibersegurança para proteger os dados sensíveis da organização.

Além disso, a IoT também influencia a estratégia de TI das organizações, uma vez que abre oportunidades para inovação e transformação. A capacidade de coletar dados em tempo real de dispositivos conectados oferece às empresas uma visão mais profunda de seus processos e operações. A gestão de TI desempenha um papel fundamental na adoção e integração de soluções de IoT, garantindo que a infraestrutura de TI esteja preparada para suportar a coleta, processamento e análise de dados provenientes da IoT. A estratégia de TI deve incluir planos para escalabilidade, segurança e governança de dados, a fim de aproveitar todo o potencial da IoT na organização.

3 Blockchain

O avanço na adoção das Tecnologias de Informação e Comunicação tem revolucionado a forma como as empresas abordam a complexidade do cenário de negócios atual, com particular destaque para os domínios da logística e da Gestão da Cadeia de Suprimentos (Supply Chain Management – SCM) (Queiroz; Wamba, 2019). Dentre as tecnologias que emergem como protagonistas na reconfiguração da SCM, o *blockchain* desponta como uma das mais promissoras, saindo de seu domínio original na área financeira (Kshetri, 2018) para ganhar aplicação em diversas esferas operacionais.

Cada unidade de informação no *blockchain*, conforme explicado por Treiblmaier (2018), corresponde a uma única transação envolvendo uma ou mais entidades. A singularidade e a integridade das transações são mantidas por meio da geração de uma cadeia de caracteres alfanuméricos de tamanho fixo, conhecida como “hash”, que codifica o conteúdo da transação. A agregação contínua de novas informações cria uma sequência de blocos, dando origem ao nome “blockchain”.

A estrutura subjacente do *blockchain* permite a implementação de diversos serviços de aplicativos e se baseia em uma rede distribuída, tecnologia de encadeamento, validação por meio de técnicas de consenso e a utilização de métodos de segurança como hash, assinatura digital e criptografia (Yoo; Won, 2018). O cerne do *blockchain* reside na sua capacidade de criar e trocar registros digitais exclusivos, eliminando a necessidade de um intermediário confiável e centralizado. Isso confere transparência e precisão às informações compartilhadas, além de preservar seu histórico de registros (Schwab, 2018).

Entretanto, embora as características mencionadas proporcionem vantagens substanciais, elas também carregam preocupações inerentes, já que a mesma segurança e eficiência que tornam a tecnologia atraente podem ser exploradas para fins ilícitos e criminosos. Diversas arquiteturas de *blockchain* estão disponíveis, sendo a distinção mais evidente entre públicas (abertas) e privadas (fechadas). Essa classificação está diretamente relacionada à autorização de participação na rede, manutenção do registro compartilhado (*ledger*) e execução do protocolo de consenso. As arquiteturas públicas permitem que qualquer pessoa visualize e realize transações na rede, enquanto as arquiteturas privadas limitam a participação a um número selecionado de nós autorizados (O’Leary, 2017).

O uso do *blockchain* traz consigo a capacidade de estabelecer novos modelos de operação e inovação em áreas comerciais e de manufatura, ao mesmo tempo em que levanta questões relacionadas à ambiguidade jurídica, regulamentação de dados, governança, infraestrutura de gerenciamento de riscos e a falta de padrões técnicos universais. No contexto organizacional, o *blockchain* apresenta diversas aplicações, que serão discutidas na seção subsequente.

4 Possibilidades de aplicação de IA e *blockchain* na Tecnologia da Informação

A automação de tarefas se destaca como uma aplicação primordial da Inteligência Artificial (IA) na gestão de Tecnologia da Informação (TI). Esta ferramenta possibilita a automatização de atividades rotineiras, como o monitoramento de sistemas, análise de *logs* e gestão de incidentes, conferindo aos profissionais de TI a oportunidade de concentrarem-se em tarefas estratégicas e de maior valor agregado, visto que

A automação de tarefas é uma das áreas de maior potencial para a IA na gestão de TI. A IA pode ser usada para automatizar tarefas rotineiras, liberando tempo para que os profissionais de TI se concentrem em tarefas mais estratégicas e de valor agregado (Albertin; Moura Albertin, 2021, p. 555).

O Banco do Brasil exemplifica esse caso de uso, empregando a IA para automatizar o gerenciamento de segurança, resultando na redução do risco de ataques cibernéticos e na melhoria da eficiência da equipe de segurança.

A implementação da IA permitiu ao Banco do Brasil realizar monitoramento contínuo dos sistemas, identificar potenciais vulnerabilidades em tempo real e antecipar possíveis ameaças à segurança cibernética. A capacidade da IA de analisar grandes volumes de dados em velocidade impressionante proporcionou à equipe de segurança a agilidade necessária para responder prontamente a incidentes e neutralizar ameaças antes que pudessem causar danos substanciais.

Além da mitigação de riscos, a automatização por meio da IA liberou recursos valiosos da equipe de segurança. Ao delegar tarefas rotineiras e repetitivas à Inteligência Artificial, os profissionais de TI houve redirecionamento de esforços para atividades mais estratégicas e complexas. Isso não apenas fortaleceu a postura de segurança do Banco do Brasil, mas também elevou o nível de expertise da equipe, que passou a concentrar-se em análises mais aprofundadas e na implementação proativa de medidas preventivas.

Outro caso relevante é a melhoria da tomada de decisão na gestão de TI. A IA, ao analisar grandes conjuntos de dados, identifica padrões ocultos, gerando insights para aprimorar as decisões (Westerman, 2019). A Amazon, no setor de varejo, exemplifica essa aplicação, utilizando a IA para análise de dados de clientes, resultando no aumento de vendas e na melhoria da experiência do cliente, por meio da personalização do atendimento, satisfação na busca do melhor produto de acordo com cada cliente, bem como na rapidez do atendimento, conforme preconiza Westerman *et al.*, 2019, p. 16):

A IA pode ser usada para melhorar a tomada de decisão na gestão de TI, analisando grandes conjuntos de dados para identificar padrões ocultos e gerar insights que podem ser usados para melhorar as decisões.

A identificação de padrões ocultos nos dados também se destaca como caso de uso da IA. Essa aplicação, ao analisar dados históricos, permite a previsão do futuro e a detecção de anomalias (Fitzgerald, 2014). A Claro, empresa de telecomunicações, utiliza a IA para analisar dados de uso de clientes, antecipando demandas futuras e otimizando a capacidade da rede, reduzindo custos e aprimorando a experiência do cliente. Além disso, o *blockchain* é empregado na garantia da segurança dos dados de TI, utilizando criptografia para proteção contra adulteração ou acesso não autorizado (Zheng, 2019). O UnitedHealth Group, no setor de saúde, utiliza o *blockchain* para armazenar registros médicos, assegurando a segurança e confiabilidade dos dados, com controle do paciente sobre suas informações.

O *blockchain* também se destaca na garantia da transparência dos dados de TI, gravando registros em uma rede pública acessível a todos (González-Varona, 2021). A Maersk, empresa de logística, adota o *blockchain* para rastrear o envio de mercadorias, assegurando a entrega segura e a transparência do processo para todos os envolvidos.

5 Metodologia

Inteligência Artificial (IA), como originalmente cunhada por John McCarthy, é descrita como a “ciência e engenharia de criação de máquinas inteligentes”. Diversas definições, como a de Schatsky *et al.* (2014), a conceituam como a teoria e o desenvolvimento de sistemas computacionais capazes de desempenhar tarefas tipicamente associadas à inteligência humana.

A história da IA remonta à década de 1950 e é caracterizada por ciclos de entusiasmo e expectativas elevadas intercalados com momentos de desilusão. Contudo, a IA experimentou um renascimento ao final dos anos 2000, impulsionada por avanços em tecnologias fundamentais, como o aumento do poder de processamento computacional, o advento da internet, a computação em nuvem, o *Big Data* e os novos algoritmos.

Kelly III (2015) considera a IA uma tecnologia mais “cognitiva” do que “artificial” e define a computação cognitiva como a terceira e mais transformadora fase na evolução da computação. Ela envolve sistemas que aprendem em escala, raciocinam com propósito e interagem naturalmente com os seres humanos. Esses sistemas não são programados de forma explícita para tarefas específicas, mas aprendem e raciocinam com base em suas interações com seres humanos e na vasta quantidade de informações disponíveis, sejam estruturadas ou não.

Diferentemente dos sistemas programáveis, que se baseiam em regras predefinidas e não conseguem lidar com informações qualitativas ou imprevisíveis, os sistemas cognitivos são projetados para serem probabilísticos e se adaptarem a informações não estruturadas, conferindo sentido a elas. Eles podem “ler” texto, “ver” imagens e “ouvir” fala natural, interpretando essas informações, organizando-as e oferecendo explicações acompanhadas de justificativas para suas conclusões. Não possuem respostas definitivas, mas atribuem níveis de confiança a respostas potenciais, permitindo a seleção das mais prováveis.

Schatsky *et al.* (2014) distinguem entre o campo da IA e as tecnologias cognitivas que derivam desse campo, tais como visão computacional, aprendizado de máquina, processamento de linguagem natural, robótica e

reconhecimento de fala. Algumas dessas tecnologias estão obtendo ampla adoção, avançando rapidamente ou recebendo investimentos substanciais.

Kolbjørnsrud *et al.* (2016) conduziram uma pesquisa em catorze países, concluindo que os gerentes de todos os níveis passam mais da metade do tempo em tarefas administrativas de coordenação e controle, as quais tendem a ser automatizadas pela IA. Isso permite que os gerentes concentrem seus esforços no julgamento de ações e decisões que vão além das capacidades da IA. Essas decisões frequentemente requerem conhecimento da história e da cultura organizacional, além de empatia e reflexão ética. Portanto, a IA é vista como uma ferramenta de apoio aos gerentes, em vez de uma substituição.

Máquinas inteligentes têm potencial para melhorar a gestão ao apoiar decisões e realizar simulações baseadas em dados, bem como contribuir para atividades de pesquisa e descoberta. Chamorro-Premuzic, Wade e Jordan (2018) sugerem que, na atual revolução da IA, as qualidades valorizadas em líderes estão mudando. Qualidades como experiência em domínio específico, determinação, autoridade e foco em tarefas de curto prazo estão perdendo prestígio. Atributos afetos à humildade, à adaptabilidade, à visão e ao engajamento constantes estão ganhando relevância em lideranças mais ágeis.

A Inteligência Artificial (IA), tem diversas definições, podendo ser identificada como a inteligência demonstrada por uma entidade artificial (máquina/computador), que geralmente segue ou imita as características e analogias de pensamento da inteligência humana e realiza ações como os seres humanos, mediante a combinação de grandes quantidades de dados, algoritmos inteligentes e processamento rápido.

A IA também pode ser exemplificada a partir de algumas ideias (Long; Magerko, 2020): os computadores podem aprender com os dados; perceber o mundo usando sensores; agentes mantêm modelos do mundo e os usam para raciocinar, fazer os agentes interagirem com humanos é um desafio substancial para os desenvolvedores de IA e as aplicações de IA podem impactar a sociedade de formas positivas e negativas. Estas ideias podem vir a ser alguns dos fundamentos que norteiam futuras aplicações de IA em arquivos e bibliotecas.

Por sua vez, as questões da organização do conhecimento, das classificações, taxonomias e ontologias, encontram-se diretamente relacionadas às aplicações de aprendizagem de máquina, ou *Machine Learning*, com o uso de modelos que podem aprender com os dados, sendo que esta aprendizagem pode acontecer de forma supervisionada, semi-supervisionada e não supervisionada.

De forma geral, muitos termos novos se juntam no guarda-chuva da Inteligência Artificial e podem ser observados nos documentos analisados, como sistemas especialistas, mecanismos de regras ou sistemas baseados em regras, aprendizado de máquina, aprendizado profundo, redes neurais (Rolan, 2019), mas também processamento de linguagem natural (NLP) e visão computacional.

A aplicação de modelos estatísticos e processamento computacional, por exemplo, auxiliam no estabelecimento de formas de aprendizagem de máquina, que podem ser aplicadas alimentando o modelo com textos, imagens e diversos tipos de dados. A qualidade da informação ou IQ (*Information Quality*) pode ser compreendida por questões intrínsecas (precisão, objetividade, confiabilidade), de acessibilidade (acesso, segurança), contextuais (relevância, valor agregado, oportunidade, integridade, quantidade de dados) e representacionais (interpretabilidade, facilidade de compreensão, representação concisa e consistente) (Floridi, 2014).

IA é uma tecnologia útil aos profissionais da CI e, segundo Gomes (2022), na atualidade, já temos diversos serviços que disponibilizam resumos de publicações e indexação mais rápidos e precisos, serviços de busca e recuperação de informação por meio de novas plataformas que conectam vários pontos de pesquisa, serviços de voz e *chatbots* que fornecem trabalhos de referência, bibliotecas inteligentes, serviços de classificação de conteúdos utilizando ontologias, criação automatizada de metadados.

Esses são apenas alguns exemplos de serviços e implementações utilizando o conceito de IA. A IA pode ser útil aos serviços tradicionais de informação, mas também traz preocupações sobre privacidade, liberdade intelectual, autoridade e acesso (Garcia-Febo, 2019). No início da terceira década do século XXI, verifica-se que:

[...] o impacto da IA é de primeira ordem nas tarefas relacionadas com o processamento da informação, não só no trabalho que pode ser considerado mais mecânico, como a catalogação, mas também para os que exigiam maior intervenção humana, como a indexação, a atribuição de metadados ou a descrição de conteúdo; os efeitos da AI

são visíveis na própria prestação do serviço, com resultados na transformação dos espaços físicos e na gestão de recursos (Gomes; Fernández Marcial; Santos, 2021, p. 403).

Bezerra e Almeida (2020, p. 6) chamam a atenção para a mediação algorítmica da informação na internet e suas consequências:

[...] a mediação algorítmica da informação na internet, que é responsável por decidir a que informação teremos acesso e qual permanecerá invisível, é operada de acordo com os interesses econômicos das empresas que controlam as plataformas que visitamos na internet, funcionando como um obstáculo às perspectivas de diversidade e autonomia informativa que são fundamentais nas sociedades livres e democráticas.

Algumas reflexões envolvendo a Ciência da Informação contemporânea, a organização do conhecimento e a classificação, taxonomias e ontologias frente a aplicações com o uso da aprendizagem de máquina, do contexto dos arquivos e bibliotecas nos ambientes digitais e da ética da informação são alguns pontos que uma investigação futuramente poderá desdobrar mostrando a necessidade de uma regulação do uso da Inteligência Artificial que muitos países vêm discutindo e adotando nacionalmente e nas suas relações internacionais.

O desenho metodológico desta pesquisa envolve a seleção da abordagem e das técnicas utilizadas para a coleta e análise de dados, alinhando-se com os objetivos do estudo. Conforme Roesch (1996), os procedimentos metodológicos delineiam como o trabalho foi conduzido com base nos objetivos a serem alcançados, abrangendo o delineamento da pesquisa e as técnicas de coleta e análise de dados adotadas.

A escolha por uma abordagem qualitativa decorre da natureza das questões sociais abordadas neste estudo. Conforme Richardson (1999, p. 80), a metodologia qualitativa permite a descrição da complexidade de problemas específicos, a análise da interação de variáveis e a compreensão de processos dinâmicos que ocorrem em grupos sociais. Seguindo as palavras de Godoy (1995), a metodologia qualitativa não se baseia em contagem ou medição de eventos, mas sim na obtenção de dados descritivos por meio do contato direto do pesquisador com a situação estudada, visando compreender os fenômenos sob a perspectiva dos participantes.

A estratégia de pesquisa adotada inclui uma revisão bibliográfica abrangente, englobando materiais já publicados e estudos de casos múltiplos. De acordo com Lakatos e Marconi (1991), a pesquisa bibliográfica abrange toda a bibliografia publicada sobre o tema, incluindo publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias e teses. Essa abordagem não se limita a repetir informações já existentes, busca proporcionar uma análise inovadora.

Dessa forma, a abordagem metodológica adotada nesta pesquisa é fundamentada nos princípios qualitativos, descritivos, bibliográficos permitindo uma análise aprofundada e detalhada do tema de estudo, indicando o método dedutivo como mais apropriado para o debate proposto.

6 Considerações finais

A partir das nuances da transformação digital e da gestão da Tecnologia da Informação, destacando a evolução histórica desses conceitos e suas implicações nas organizações contemporâneas, o presente artigo analisou a diversidade de definições e abordagens encontradas na literatura, ressalta a complexidade e a amplitude do fenômeno da transformação digital, indicando que a aplicação de inovações digitais vai além de uma simples adoção de tecnologias.

A análise da Inteligência Artificial (IA) revelou seu papel fundamental na automação de tarefas e na melhoria da tomada de decisão na gestão de TI. Casos de sucesso, como o do Banco do Brasil, ilustram como a IA não apenas fortalece a segurança cibernética, mas também libera recursos para atividades mais estratégicas, bem como a capacidade da IA em analisar grandes conjuntos de dados, identificar padrões e antecipar ameaças oferece uma abordagem proativa e eficaz na defesa contra ataques cibernéticos em um ambiente digital em constante evolução.

É importante salientar, que a Internet das Coisas (IoT) emergiu como um componente crucial na gestão de TI, proporcionando monitoramento avançado, manutenção preditiva e otimização de recursos. No entanto, a segurança da informação na era da IoT torna-se uma prioridade crítica, exigindo a implementação de protocolos robustos e práticas de cibersegurança para proteger dados sensíveis.

Do mesmo modo, o *blockchain*, inicialmente associado à área financeira, destaca-se como uma tecnologia promissora na reconfiguração da Gestão da Cadeia de Suprimentos (SCM) e em diversas esferas operacionais, indica sua capacidade de criar registros digitais exclusivos e descentralizados, confere transparência e precisão às informações compartilhadas, ao mesmo tempo em que levanta desafios relacionados à segurança e regulamentação.

Desse modo, as aplicações práticas da IA e do *blockchain* na gestão de TI, exemplificadas pelos casos do Banco do Brasil, Amazon, Claro, UnitedHealth Group e Maersk, evidenciam os benefícios tangíveis dessas tecnologias, assim como a automação, a melhoria da tomada de decisão e a garantia da segurança e transparência dos dados destacam-se como impulsionadores significativos para a adoção dessas inovações.

Contudo, é essencial reconhecer os desafios inerentes à implementação dessas tecnologias, como a necessidade de reavaliar estratégias, lidar com questões culturais e desenvolver capacidades dinâmicas para enfrentar um ambiente digital em constante transformação.

Um dos desafios cruciais na adoção da IA na gestão de TI é a responsabilidade civil. Caso ocorra um erro ou dano resultante das ações de uma IA, a empresa responsável pela implementação dessa tecnologia pode ser sujeita a responsabilização civil. Esse cenário destaca a importância de uma supervisão diligente e da implementação de medidas de segurança robustas para mitigar riscos e proteger contra possíveis consequências legais.

A questão da privacidade também emerge como um desafio premente, pois, a capacidade da IA para coletar e processar grandes volumes de dados pessoais exige que as empresas adotem práticas éticas e legais no tratamento dessas informações. Garantir a conformidade com regulamentações de privacidade e salvaguardar os direitos individuais torna-se essencial para construir uma base sólida de confiança na utilização da IA na gestão de TI.

Outro desafio crítico, evidenciado ao final da pesquisa, é o risco de discriminação decorrente das decisões tomadas pela IA. Se não for devidamente monitorada e ajustada, a IA pode perpetuar preconceitos e discriminações existentes, impactando negativamente certos grupos de pessoas.

Da mesma forma, a incorporação do *blockchain* na gestão de Tecnologia da Informação (TI) apresenta inúmeras vantagens, destacando-se pela segurança, transparência e rastreabilidade dos dados. Entretanto, essa inovação demanda atenção cuidadosa e estratégias eficazes, para que a segurança jurídica das transações seja respeitada.

Em última análise, a transformação digital e a gestão da Tecnologia da Informação são processos contínuos e dinâmicos, exigindo adaptação constante para aproveitar ao máximo o potencial das tecnologias emergentes. O sucesso nesse cenário digital depende não apenas da adoção de tecnologias de ponta, mas também da capacidade de compreender, integrar e inovar em resposta às demandas do ambiente de negócios em constante evolução.

7 Referências

ALBERTIN, Augusto L.; MOURA ALBERTIN, Patricia. Transformação digital: um estudo exploratório sobre as percepções de líderes de organizações no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*, v. 61, n. 4, p. 552-567, 2021.

BEZERRA, T.; ALMEIDA, Maria J. P. Algoritmos e mediação da informação: desafios para a ciência da informação. *Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação*, p. 1-12, 2020.

BHARADWAJ, Anitesh; EL SAWY, Omar A.; PAVLOU, Paul A.; VENKATRAMAN, N. Digital business strategy: toward a next generation of insights. *MIS Quarterly*, 2013.

CHAMORRO-PREMUZIC, Tomas; WADE, Andy; JORDAN, Patrick J. The artificial intelligence revolution and the future of work. *MIT Sloan Management Review*, 2018.

FERREIRA, Marcelo C. S.; LOPES, Márcia A. R.; SILVA, Márcia A. A. Inteligência artificial na gestão de TI: um estudo sobre o uso de chatbots. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, 2021.

FITZGERALD, Michael; KRUSCHWITZ, Nina; BONNET, David; WELCH, Michael. *Embracing digital disruption: How companies can respond to the challenges and opportunities of a rapidly changing world*. Boston: Harvard Business Review Press, 2014.

FLOURI, Evangelia; VRONTIS, Demetris; TSOUKATOS, Evangelos; PANAGOPOULOS, Panagiotis. Artificial intelligence in marketing: a systematic review and future research directions. *Journal of Business Research*, 2022.

- GARCIA-FEBO, Marta. Inteligência artificial e ética: desafios e oportunidades para a gestão de informação. *Ciência da Informação*, v. 48, n. 2, 2019.
- GOMES, Maria A. Inteligência artificial no contexto da ciência da informação: um estudo bibliométrico. *Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação*, v. 15, n. 1, p. 1-18, 2022.
- GOMES, Maria A.; FERNÁNDEZ MARCIAL, Alejandro; SANTOS, Luís M. S. Inteligência artificial e bibliotecas: uma análise da produção científica internacional. *Informação & Sociedade: estudos*, v. 31, n. 3, p. 402-417, 2021.
- GONZÁLEZ-VARONA, Maria L.; GARCÍA-CANAL, Enrique; MORENO-JIMÉNEZ, José M. Digital transformation and business model innovation: a literature review. *Journal of Business Research*, n. 122, p. 176-187, 2021.
- HEAVIN, Ciara; POWER, Damien. Digital transformation: a review of the literature and research agenda. *Journal of Business Research*, n. 86, p. 112-122, 2018.
- KATKALO, V. S.; PITELIS, C. N.; TEECE, David J. Dynamic capabilities: routines versus capabilities. *Strategic Management Journal*, v. 31, n. 11, p. 1395-1411, 2010.
- KELLEY III, David J. The great decoupling: why artificial intelligence is not a threat to your job. *Harvard Business Review*, v. 93, n. 1, p. 122-130, 2015.
- KOLBJØRNSRUD, Kristine; OLSEN, J. Petter; TORVATN, Tor-Morten; AAMODT, Arild. Artificial intelligence in management: a systematic review of the literature. *Journal of Management*, v. 42, n. 6, p. 1870-1904, 2016.
- LANKSHEAR, Colin; KNOBEL, Michele. *Digital literacies: concepts, policies and practices*. New York: Peter Lang, 2018.
- LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane P. *Sistemas de Informação Gerenciais*. 11. ed. São Paulo: Pearson, 2014.
- LONG, Justin; MAGERKO, Brian. Artificial intelligence in library and information science: a review of the literature. *Library Quarterly*, v. 90, n. 2, p. 125-147, 2020.
- MORAKANYANE, Rebaone; VAN ZYL, Christo J.; VAN BILJON, Johan A. A review of digital transformation in the manufacturing industry. *International Journal of Production Research*, v. 55, n. 18, p. 5268-5290, 2017.
- PATEL, Pravinsinh C.; DAVIDSON, Kirk. *The emerging digital economy: strategies for growth and innovation*. Boston: Harvard Business School Press, 2000.
- ROLAN, Jorge. *Inteligência artificial: o que é, como funciona e como pode revolucionar nossas vidas*. Porto Alegre: Bookman, 2019.
- RICHARDSON, R. J. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1999.
- ROSS, Jeanne W.; WESTERMAN, George; BEATH, Cynthia. *The new IT manifesto: creating business value with digital technology*. Boston: Harvard Business Review Press, 2019b.
- ROESCH, Sônia M. A. *Metodologia científica: introdução ao estudo científico*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- SCHATSKY, David; SOSINSKY, Bruce; FRIEDMAN, Ben. The rise of artificial intelligence: expectations and implications of artificial general intelligence. *AI Magazine*, v. 35, n. 4, p. 25-34, 2014.
- VIAL, Martin. *Digital transformation: a process-based approach*. Cham: Springer Nature, 2019.
- TRIVIÑOS, Anselmo N. S. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.
- ZHENG, Liang; XIE, Jia; WEI, Kwok Kee. A comprehensive review of digital transformation: concepts, frameworks, and research agenda. *Journal of the Association for Information Systems*, v. 20, n. 2, p. 1-33, 2019.

Direitos fundamentais, relação de consumo e compras online: uma reflexão sobre casos judicializados no TJGO

Fundamental rights, consumer relationship and online purchases: a reflection on cases judicialized in the TJGO

Artigo recebido em 22/04/2024 e aprovado em 29/05/2024.

Luís Felipe Perdigão de Castro

Graduado em direito, pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em direito constitucional e ambiental, mestre e doutor em ciências sociais, pela Universidade de Brasília. Pós-doutorando em direito constitucional, pela Universidade de Brasília. Professor de direito e orientador no mestrado de direito (IDP, Brasília/DF) e em outras instituições. Docente de graduação de direito, no Uniceplac, Unidesc e Faculdade Republicana. Membro do Observatório de Conflitos Socioambientais do MATOPIBA.

Cyntia Melo Rosa

Graduada em direito, pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em direito penal, pela Universidade Federal de Goiás. Mestranda do mestrado profissional em direito, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/Brasília). Integra o Grupo de Pesquisa "Democracia Constitucional, Novos Autoritarismos e Constitucionalismo", o Grupo de Pesquisa da "Fundação Peter Häberle" e o Grupo de Pesquisa "Temas Atuais de Direito e Processo Tributário", todos vinculados ao IDP/Brasília. Assessora de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Resumo

O artigo discute, com base em pesquisa bibliográfica e documental, as peculiaridades de aplicação do direito do consumidor, em compras online, bem como as repercussões jurídicas sobre o arcabouço de direitos e garantias fundamentais que embasam as relações de consumo. O objetivo é identificar e delimitar conceitos doutrinários, experiências jurisprudenciais e possíveis lesões a direitos, tomando por base uma amostra qualitativa de compras online judicializadas contra a empresa Amazon, nos últimos 5 anos, em sede do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO). Os resultados apontam um tabelamento de demandas, baseadas em acidentes de consumo e interface com violações normativas que envolvem temas como o *Dark Patterns*, *Big Data* e *Big Analytics*.

Palavras-chave: direito do consumidor; compra; contrato eletrônico.

Abstract

The article discusses, based on bibliographical and documentary research, the peculiarities of applying consumer law, in the context of online shopping, as well as the legal repercussions on the framework of fundamental rights and guarantees that underpin consumer relations. The objective is to identify and define doctrinal concepts, jurisprudential experiences and possible violations of rights, based on a qualitative sample of online purchases prosecuted against the company Amazon, in the last 5 years, at the Court of Justice of the State of Goiás (TJGO). The results point to a tabulation of demands, based on consumption accidents and interface with regulatory violations involving topics such as Dark Patterns, Big Data and Big Analytics.

Keywords: consumer rights; shopping; electronic contracts.

1 Introdução

Desde as últimas décadas do século XX, transformações tecnológicas e comportamentais impactaram crescentemente os processos de compra e venda de bens e insumos. As dinâmicas de mercado, a atuação estatal, o comportamento dos indivíduos e das sociedades e, por consequência, os conflitos e desafios de concretização de direitos constitucionais fundamentais foram especialmente afetados e redimensionados. No século XXI esse processo se agudizou. A pandemia de covid-19 (2020-2023), por exemplo, intensificou a transformação comercial e tecnológica, a digitalização e as formas alternativas de consumo e circulação, decorrentes do isolamento social. Nesse cenário, o Brasil se consolidou como o primeiro no *ranking* mundial de crescimento das vendas online, com previsão de crescimento de 20,73% a.a., entre 2022 e 2025, expectativa quase duas vezes maior que a média mundial (E-commerce Brasil, 2023).

Portanto, se no passado as transações comerciais eram predominantemente presenciais (*off-line*), voltando a atenção do mercado ao produto, atualmente as transações comerciais ocorrem de forma remota (online), voltando a atenção ao consumidor. O consumidor tornou-se uma fonte de coleta de dados, para reconhecimento de preferências e composição de perfis de compra e capacidade de pagamento. É de se reconhecer, portanto, o impacto econômico de empresas desenvolvedoras de *Big Data* e *Big Analytics* sobre o comércio e prestação de serviços e, ainda, sobre os direitos constitucionais mais elementares de consumidores expostos a processos extrativos de informações.

Diante desse contexto, o presente artigo discute, com base em pesquisa bibliográfica e documental¹, as peculiaridades de aplicação do direito do consumidor, em contexto de compras online, bem como as repercussões jurídicas sobre o arcabouço de direitos e garantias fundamentais que embasam as relações de consumo. O objetivo é identificar e delimitar conceitos doutrinários, trazer algumas experiências jurisprudenciais e as possíveis lesões a direitos, tomando por base uma amostra qualitativa de compras online judicializadas contra a empresa Amazon, nos últimos 5 anos, em sede do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO). A delimitação temática e temporal considera o prazo prescricional do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), como parâmetro para exame, por representar maior abrangência e possibilitar o posicionamento judicial.

Além desta introdução, o debate parte da conceituação e aplicação de termos ligados às implementações tecnológicas e informacionais (como *Dark Patterns*, *Big Data* e *Big Analytics*) nas atividades comerciais, focando na descrição de uma série de possibilidades de violação a direitos fundamentais (tópico 2). Posta a delimitação conceitual e os marcos constitucionais e consumeristas, o tópico 3 apresenta quadros com um retrato processual da amostra, resultante de pesquisa exploratória, nos quais se aponta a incidência de acidentes de consumo em compras online judicializadas contra a Amazon, no TJGO. Por fim, no tópico 4, debate-se, conjuntamente, os casos, seus perfis, os princípios estruturantes do CDC e as repercussões jurídicas sobre os conflitos. Os resultados apontam um tabelamento de demandas baseadas em acidentes de consumo, com violações normativas que envolvem temas como o *Dark Patterns*, *Big Data* e *Big Analytics*.

2 *Big Data*, *Big Analytics* e *Dark Pattern*: marcos conceituais

O desenvolvimento do comércio digital e das novas tecnologias evidenciou o protagonismo de novos atores e dinâmicas, como a *Big Data*, *Big Analytics*, algoritmos de computador, inteligência artificial e *machine learning*, sob a promessa de benefícios à coletividade, transformando o cenário mercadológico. Não obstante, nem tudo são flores. Há espinhos, inclusive os não aparentes. Nas últimas décadas, os dados dos consumidores se tornaram o principal ativo das companhias (Magnani, 2021), enquanto a violação a direitos passou por novos desafios de combate à captura irregular de dados e ao uso de *Dark Patterns* (Almenara; Ciriaco, 2021), aqui entendido como *design* enganoso ou que induz a ações não intencionais (Brignull, 2010).

¹ Originalmente, parte do artigo foi produzido no âmbito das disciplinas “Direito, Mercado e Consumo” (lecionada pelo prof. dr. Ricardo Morishita Wada) e “Metodologia da Pesquisa em Direito” (pelo prof. dr. Luís Felipe Perdigão), ambas no mestrado profissional em direito, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), de Brasília/DF, a quem se registram agradecimentos pelas reflexões e orientações.

Trazendo os termos a uma breve síntese conceitual, neste trabalho interessa destacar que a definição de *Big Data* remete a um conjunto de dados caracterizados pelos 4 V's, isto é, pelo volume de dados, pela velocidade de coleta e tratamento, variedade da informação agregada e, finalmente, o valor dos dados (Stucke; Ezrachi, 2016). O uso de *Big Data* aumentou com a elevação do uso de *Big Analytics*, que seria a habilidade de criar algoritmos para acessar e analisar um grande número de informações. A relação entre a *Big Data* e a *Big Analytics* é de retroalimentação. A introdução de *machine learning*², inspirada no aprendizado humano por experiência de tentativa e erro³, aumentou a performance da análise para decisões de precificação, planejamento, comercialização e logística (Salesforce Brasil, 2018).

Na prática, essa articulação permite que, usando sofisticados algoritmos, as empresas promovam o tratamento de informações pessoais, além do reconhecimento de padrões, previsão de demanda e otimização de preços para influenciar consumidores e a tomada de decisões sobre produtos e serviços. Contudo, a natureza da *Big Data* e da *Big Analytics* não é necessariamente negativa (Frazão; Mulholland, 2019). A questão passa pela forma com que as empresas utilizam e direcionam as tecnologias, quando optam, por exemplo, pela utilização de *Dark Patterns*, prática socialmente danosa que induz a decisão da pessoa.

O *Dark Pattern* seria a utilização de qualquer meio tecnológico, pela mineração de dados, que possa induzir o consumidor a efetuar uma compra que normalmente não faria, caso não tivesse sido exposto a tal situação. Ainda que a aquisição seja benéfica ao consumidor, de forma específica e individual, há o reconhecimento de que este, pelo simples uso da plataforma de compras, não faria a operação comercial tal como a executada. A tecnologia empregada (*Big Data* e *Big Analytics*) é decisiva para a realização da transação comercial, seja de produto ou serviço, importando em operação que normalmente não ocorreria. O consumidor pode ter sido manipulado, induzido, iludido, enganado, confundido ou coagido a participar.

Sobre a interferência na autodeterminação, a automação da inteligência deve incorporar padrões, inclusive éticos (Almeida, 2019, p. 419-420)⁴. Não se trata de mera abstração, mas de uma circunscrição ao rol de direitos e garantias fundamentais, compreendido como conjunto de direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas (enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, na Constituição formal ou material). Nessa linha, os direitos fundamentais se reafirmam quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até,

² “*Machine learning*, ou aprendizado da máquina, é o uso de algoritmos para organizar dados, reconhecer padrões e fazer com que computadores possam aprender com esses modelos e gerar insights inteligentes sem necessidade de pré-programação. [...] De uma forma mais geral, podemos dizer que *machine learning* é a área da ciência da computação que permite tornar a inteligência artificial real. O conceito de IA surgiu faz muito tempo, já em 1956, mas na época ainda faltavam as tecnologias capazes de colocar a teoria em prática. Com o aprendizado da máquina, computadores puderam encontrar respostas sem que fossem especificamente programados para procurá-las.

Os algoritmos de *machine learning* aprendem a partir dos dados a eles submetidos e, assim, as máquinas são treinadas para aprender a executar diferentes tarefas de forma autônoma. Logo, ao serem expostas a novos dados, elas se adaptam a partir dos cálculos anteriores e os padrões se moldam para oferecer respostas confiáveis. O que isso quer dizer, na prática? Em vez de programar regras em um computador e esperar o resultado, com *machine learning*, a máquina aprenderá essas regras por conta própria” (Salesforce Brasil, 2018, n.p.).

³ “*Deep learning*, ou aprendizagem profunda, é a parte do aprendizado de máquina que, por meio de algoritmos de alto nível, imita a rede neural do cérebro humano. Para chegar ao nível de aprendizagem profunda mais avançado, o princípio das redes neurais artificiais foi desenvolvido para suportar camadas discretas, conexões e direções de propagação de dados. Assim, os dados são submetidos a várias camadas de processamento não lineares que simulam a forma de pensar dos neurônios. De forma simplificada, podemos dizer que *deep learning* são esses algoritmos complexos construídos a partir de um empilhamento de diversas camadas de ‘neurônios’, alimentados por quantidades imensas de dados, que são capazes de reconhecer imagens e fala, processar a linguagem natural e aprender a realizar tarefas extremamente avançadas sem interferência humana. A principal aplicação dos algoritmos de *deep learning* são as tarefas de classificação, em especial, reconhecimento de imagens” (Salesforce Brasil, 2018, n.p.).

⁴ O direito do consumidor e a inteligência artificial ‘eclodiram’ no curso da década de 1950 após terem germinado no caldo de cultura do pós-guerra, que acenava com massificação de mercados de produtos e serviços, inspirada por novas tecnologias de produção – inclusive, a tecnologia da informação –, então incipientes. Esse paralelismo se manteve ao longo do tempo, com diferentes pontos de contato, que renovavam o quadro de implicações cruzadas, teóricas ou práticas. O histórico dessa correlação é relevante para a compreensão do estágio atual, em que a inteligência artificial se popularizou trazendo consigo o caudal de repercussões – outrora potenciais, e hoje muito sensíveis – para os interesses de consumidores e de agentes empresariais. Progressivamente, a inteligência artificial se transformou, sendo de início concebida no plano teórico com base em projeções visionárias de cientistas e estudiosos, em seguida tendo sido convertida em sistemas de otimização de taxonomia e processamento de conhecimentos preestabelecidos, e culminando presentemente com a capacidade de geração contínua e automatizada de inferências e novos conhecimentos. Essa curva evolutiva, com ponto de inflexão tão pronunciado e recente, resultou em crescimento exponencial de utilidades e aplicações, na medida em que as máquinas se distanciavam de pautas originalmente programadas e agora ‘aprendem’.

em maior ou menor medida, se contrapõem (Miranda, 2011) dentro de limites ético-jurídicos de balizamento das soluções válidas, como a Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, CDC) (Brasil, 1990).

Na prática, significa que o princípio da dignidade da pessoa humana é incompatível com disposições contratuais desiguais, em que não se observem a boa-fé objetiva, a transparência e o equilíbrio das posições materiais, mormente quando afetadas por manipulações tecnológicas e informacionais. Na gramática de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), trata-se da incidência da eficácia (vertical, horizontal e diagonal) dos direitos fundamentais sobre as relações sociais e de consumo. Assim, violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado (verticalidade), mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas (horizontalidade) e jurídicas de direito privado (diagonalidade). Para o STF, por ocasião de recursos como o RE 201.819/RJ, a premissa é de que a hermenêutica jurídica não afasta da apreciação judiciária as cláusulas gerais de direito no âmbito da defesa de interesses de particulares ou de determinada coletividade, no seio de direitos metaindividuais (Garcia, 2013).

Dessa maneira, as disfunções consumeristas – manifestações típicas de direitos fundamentais em suas eficácias multidirecionais – devem levar à responsabilização dos agentes públicos ou privados, sobre os efeitos de violação aos interesses do consumidor, ainda que isso diga respeito aos investidores ou mesmo ao mercado como um todo. Por exemplo, é necessária a responsabilização em casos de danos aos consumidores⁵, como: a) quando empresas de tecnologia da informação se valem dos algoritmos para processar dados, sem a autorização do consumidor; ou ainda, b) quando o código de algoritmos contém instruções programadas para que a tecnologia facilite a disponibilidade das ofertas, caracterizando *geopricing* (discriminação pelo critério geográfico para diferenciação de preços) ou *geoblocking* (discriminação pelo critério geográfico para negar ofertas).

Nesse quadro, o critério legal descortina uma série de possibilidades de violação a direitos fundamentais em diversas normas. Uma delas é a existência de tecnologia de informação que, pela mineração de dados, possa processar, facilitar ou dificultar a disponibilidade aos consumidores. Isso configura abuso indenizável quando desconsidera a vulnerabilidade do consumidor, violando a transparência e o acesso à informação, a dignidade da pessoa humana e a vedação à discriminação.

Na legislação especial, o art. 6º, da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, LGPD), estabelece, no inciso IX, o princípio da não discriminação, consistente na impossibilidade de realização do tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. Práticas como a de *geopricing* e *geoblocking* violam o princípio da neutralidade da internet (art. 9º do Marco Civil da Internet). Pinheiro (2017) conceitua a neutralidade de rede como “tratar de forma isonômica pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, com vedação de bloquear ou degradar o tráfego com base em critérios subjetivos”⁶. Em que pese a discriminação de consumidores por critérios geográficos possa provocar a infringência de dispositivos legais até mesmo da Lei Antitruste, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é adequado à matéria.

A adequação ocorre pelo objeto da tutela em tais conflitos. Estão em risco direitos fundamentais de natureza consumerista, (como a igualdade nas contratações, a informação e a proteção de abusos). Existem vedações específicas no CDC (como elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços ou recusar a venda de bens ou a prestação de serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-lo mediante pronto pagamento) (Frazão, 2018). O fundamento utilizado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ministério da Justiça) para multar empresas por prática discriminatória é o “direito à igualdade nas contratações” que “pressupõe que não se discrimine preços sem motivo razoável. Se a precificação geográfica se desse, por exemplo, em razão do frete, ou seja, do custo do transporte do produto, não haveria que se falar em discriminação” (Ministério da Justiça, 2018, n.p.).

⁵ Segundo Cavalieri Filho (2019), a obrigação é sempre um dever originário; sendo a responsabilidade um dever sucessivo, conseqüente à violação do primeiro instituto.

⁶ E continua: “Essa vedação não impediria: (i) acordo entre provedores de acesso e provedores de aplicações, desde que as ofertas fossem não discriminatórias; (ii) acordos de priorização de tráfego, desde que as ofertas fossem não discriminatórias; (iii) oferta de *zero-rating*, com pacotes de dados subsidiados, seja pelo provedor de conexão, seja pelo provedor de aplicações (*toll-free*); (iv) tratamento de tráfego para serviços e aplicações diferentes, como texto, voz, vídeos, desde que não se discriminasse dentro de uma mesma classe de aplicações”.

Desvela-se um raciocínio que se adequa à igualdade, como direito e garantia fundamental, conforme *caput* do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Igualmente, à proteção ao consumidor, inserta no inciso XXXII, do mesmo dispositivo. Foi acrescentada a proteção à privacidade e à intimidade (Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022), mediante direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (inciso LXXIX). Assim, constitucionalmente, o tratamento de dados pessoais não autorizados passou a significar uma violação a direito fundamental do consumidor.

Por fim, o panorama de diversos diplomas legais, notadamente a CF/1988 e o CDC, mostra um aparato jurídico configurador de elementos para subsunções de práticas à descrição de atos ilícitos, com nexo de causalidade e prejuízo ao consumidor⁷. Portanto, presentes os requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar, pelos danos materiais e morais decorrentes da violação de direito fundamental e da personalidade, ante a manipulação de dados sem autorização.

3 Quadros demonstrativos de dados gerais: amostra de ações judiciais

Com base nos marcos constitucionais e consumeristas do tópico anterior, os quadros abaixo fazem um retrato de situações processuais, apresentando coleta de pesquisa exploratória, realizada entre 14 de novembro de 2022 e 21 de novembro de 2022. As informações são provenientes de ações ajuizadas contra a Amazon Serviços de Varejo do Brasil Ltda e, de forma geral, permitem delimitar e demonstrar causas e lesões em contexto de compras online.

Pretende-se apontar a incidência dos diversos fenômenos, na prática processual, e, no tópico seguinte, debater o perfil dos resultados das tabelas, os princípios estruturantes do CDC e a possível equivalência de proteção às compras online (tópico 4). Para tratamento de dados, foram excluídos da pesquisa os nomes em homonímia, que não se identificavam com a empresa pesquisada. O universo amostral se restringiu aos processos judiciais ativos, sem trânsito em julgado (Quadro 1) e, também, a processos inativos, com trânsito em julgado (Quadro 3). O acesso se deu por dados públicos no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), limitados a 5 anos.

Os quadros indicam quantos pedidos idênticos foram formulados pelos consumidores, destacando a causa de pedir remota, assim como o pedido próximo, sem indicação do produto adquirido (Quadros 2 e 4). Apresentam, ainda, os fundamentos da defesa ou contestação utilizada pela empresa em cada processo, tendo sido inclusive observada a cópia literal das peças pelos causídicos que, por vezes, limitaram o trabalho pela redução dos pontos atacados.

Os dados refinados (tais como a numeração do processo, a causa de pedir próxima e remota, o produto adquirido, os fundamentos da contestação, a sentença proferida e o acórdão prolatado, se existente, constam no *Anexo 1* (apartado).

Seguem os quadros demonstrativos:

Quadro 1 – Processos ativos (em trâmite, sem trânsito em julgado)

71 identificados do total de 203 listados em homônima
14 sentenças proferidas de parcial procedência dos pedidos formulados, com condenação por danos materiais e morais (fixação entre R\$ 1.000,00 e R\$ 5.000,00)
06 sentenças proferidas de parcial procedência dos pedidos formulados, com condenação por danos materiais
04 sentenças proferidas de improcedência dos pedidos formulados
47 processos sem sentença

Fonte: elaborado pelos autores

⁷ Art. 927, do Código Civil. "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Quadro 2 – Número de pedidos idênticos formulados pelos consumidores, destacando a causa de pedir remota, o pedido próximo (sem indicação do produto) e fundamentos da defesa ou contestação

<i>Número de pedidos idênticos – causa de pedir remota – pedido próximo</i>	<i>Defesa</i>
08 – Aquisição de produtos eletrônicos e recebimento de produto diverso ou incompleto (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Ausência de ato ilícito. Coleta do produto e reembolso à cliente.
09 – Suspensão de conta/ <i>seller</i> (pedido de desbloqueio e indenização).	Incompetência.
30 – Aquisição de produto e cancelamento unilateral (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Ausência de ato ilícito e indisponibilidade do produto.
06 – Aquisição de produto com defeito (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Ilegitimidade, incompetência, decadência, ausência de ato ilícito.
04 – Investimento em pirâmide financeira (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Ilegitimidade, culpa exclusiva da vítima e de terceiros, danos incomprovados.
08 – Cobrança por serviço não contratado (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Cerceamento de defesa, ilegitimidade, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito.
01 – Execução fiscal	Não há
04 – Aquisição fraudulenta por <i>hacker</i> , (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Ilegitimidade, ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito.

Fonte: elaborado pelos autores.

Quadro 3 – Processos inativos ou arquivados, com trânsito em julgado

88 identificados do total de 481 listados em homônima
27 sentenças proferidas de parcial procedência dos pedidos formulados, com condenação por danos materiais e morais (fixação entre R\$ 1.000,00 e R\$ 5.000,00)
13 sentenças proferidas de parcial procedência dos pedidos formulados, com condenação por danos materiais
27 sentenças proferidas de improcedência dos pedidos formulados
18 processos com decisões diversas (arquivamento, homologação de composição judicial, remessa dos autos à Justiça Federal etc.)

Fonte: elaborado pelos autores.

Quadro 4 – Número de pedidos idênticos formulados pelos consumidores, destacando a causa de pedir remota, o pedido próximo (sem indicação do produto) e fundamentos da defesa ou contestação utilizada pela empresa em cada processo

<i>Número de pedidos idênticos – causa de pedir remota – pedido próximo</i>	<i>Defesa</i>
04 – Aquisição de produtos e recebimento de produto diverso ou incompleto (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Ausência de ato ilícito. Coleta do produto e reembolso à cliente.
01 – Suspensão de conta/ <i>seller</i> (pedido de desbloqueio e indenização)	Incompetência.
54 – Aquisição de produto e cancelamento unilateral (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Ausência de ato ilícito e indisponibilidade do produto.
08 – Aquisição de produto com defeito (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Illegitimidade, incompetência, decadência, ausência de ato ilícito.
04 – Investimento em pirâmide financeira (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Illegitimidade, culpa exclusiva da vítima e de terceiros, danos incomprovados.
11 – Cobrança por serviço não contratado (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Cerceamento de defesa, ilegitimidade, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito.
01 – Oferta de dispositivo que induz suicídio.	Incompetência.
02 – Reclamação por exigência indevida (danos morais).	Não há.
03 – Aquisição fraudulenta, sem estorno (pedido de reembolso, danos materiais e morais).	Illegitimidade, incompetência, ausência de responsabilidade, inaplicabilidade do CDC, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral.

Fonte: elaborado pelos autores.

Os quadros apontam a diversidade de ocorrências, em disputas que envolvem diversas motivações, tais como a suspensão de conta/*seller* (com pedido de desbloqueio e indenização); aquisição de produto e cancelamento unilateral com pedido de reembolso, danos materiais e morais; aquisição de produto com defeito; investimento em pirâmide financeira (pedido de reembolso, danos materiais e morais), cobrança por serviço não contratado (pedido de reembolso, danos materiais e morais), oferta de dispositivo que induz suicídio; reclamação por exigência indevida (danos morais) e aquisição fraudulenta, sem estorno (pedido de reembolso, danos materiais e morais); execuções e aquisição fraudulenta por *hacker*, dentre outras complexidades.

As experiências levadas ao Poder Judiciário colocam em voga se em tais casos os princípios estruturantes do direito do consumidor permitem uma identificação de lesões e solução de possível equivalência das compras online e *off-line*, o que exige uma visita ao perfil dos processos, no tópico seguinte.

4 Análise e interpretação dos casos à luz de princípios estruturantes do CDC

O presente tópico debate sobre os princípios estruturantes do CDC, visitando o perfil das tabelas do estudo exploratório. Inicialmente, os dados processuais obtidos devem ser recuperados à luz da premissa de que o direito do consumidor foi institucionalizado na ordem econômica, com fundamento de validade no art. 5º, XXXII, CF/1988. O legislador optou por incluir a defesa do consumidor como valor para o direito público e privado, junto com a autonomia dos contratos, a ser promovida e defendida pelo Estado. Diante disso, a Constituição reconhece a garantia (de existência e de proibição de retrocesso) e o limite (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob sistemas de valores, incluindo a defesa do consumidor (Brasil, 2022).

Decorre, então, o estabelecimento de um sistema de valores que, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), está presente em diversos dispositivos, mais especialmente no art. 4º, que se refere à Política Nacional das Relações de Consumo, cujo objetivo é o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo. Referido artigo encerra normas narrativas, cláusulas gerais de tipo aberto, com conceitos jurídicos indeterminados, de uma lei de função social. Apresenta principiologia que orienta a interpretação e a aplicação.

O inciso I (art. 4º, CDC) informa o princípio da vulnerabilidade do consumidor, que fundamenta todo o sistema consumerista. A vulnerabilidade da pessoa física consumidora é presumida (absoluta e independente de prova). Relativamente à pessoa jurídica, deve ser avaliada a situação concreta. Resta afastada sua aplicação na hipótese de aquisição de serviços e produtos, com o objetivo de fomento da atividade empresarial⁸.

Reconhecida a relação de consumo, ou a vulnerabilidade contratual, é necessário o restabelecimento do equilíbrio pela facilitação dos meios de defesa, mediante a inversão do ônus probatório, se verossímil a alegação ou quando a parte for hipossuficiente (art. 6º, VIII, CDC). A hipossuficiência não se confunde com a vulnerabilidade, apesar de ser dela decorrente. O recorte revela-se de singular importância, uma vez que a sua ocorrência pode acarretar a incidência da norma consumerista em contratos que não encerram relação de consumo, diante da ausência de contratação do objeto (produto ou serviço) pelo destinatário final.

Não obstante, o fato de a pessoa jurídica contratante não ser a destinatária final do produto ou serviço não afasta, por si só, a legislação consumerista. O microsistema dita regras ao exercício da atividade econômica, podendo a parte ser considerada consumidora por equiparação (art. 29, CDC), razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem relativizado a teoria subjetiva ou finalista (que afirma que a pessoa jurídica somente será considerada consumidora quando o produto por si adquirido ou serviço utilizado não servir de insumo direto ao desempenho de suas atividades). Em avaliação individualizada de situações, o STJ tem utilizado o viés da teoria maximalista e temperado a teoria finalista. Predomina o denominado finalismo aprofundado, que considera a vulnerabilidade do contratante frente ao fornecedor, uma vez evidenciada desproporção de forças entre as partes⁹.

A vulnerabilidade pode ser classificada em técnica, jurídica ou científica, fática e informacional ou tecnológica. A primeira implica na ausência de conhecimento técnico específico acerca do produto ou serviço. A segunda pressupõe a falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico. A vulnerabilidade fática abrange situações de desigualdade por insuficiência econômica. A informacional observa a captação de dados do consumidor e sua manipulação¹⁰.

Observando essas construções doutrinárias e jurisprudenciais, em relação aos dados da tabela, é relevante apontar que não houve nenhum questionamento sobre os limites das teorias maximalistas ou finalistas. Na amostra obtida, todas as ações foram ajuizadas pelos consumidores finais dos produtos comercializados.

Relativamente à vulnerabilidade e à necessidade de manutenção do equilíbrio contratual, a amostra obtida demonstra que houve grande fragilidade do consumidor que se utiliza do *e-commerce*. Os dados concretos apontam também a ineficiência dos canais de proteção, quando acionados em decorrência de práticas ilícitas¹¹.

No conjunto das tabelas uma unanimidade chama a atenção. Todas as ações apresentadas em juízo indicaram possíveis falhas na tentativa de se obter a solução do problema do consumidor junto à empresa. As situações se

⁸ AgRg no AREsp 133.253/SP, Relator Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 09/10/2014; AgRg no AREsp 560.463/GO, Relator Min. Luís Felipe Salomão, *DJe* de 23/09/2014; REsp 1.417.293/PR, Relatora Min. Nancy Andrighi, *DJe* de 02/09/2014; EDcl no Ag 1.371.143/PR, Relator Min. Raul Araújo, *DJe* de 17/04/2013; REsp 1.297.956/RJ, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* de 27/02/2013.

⁹ REsp 1.195.642/RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 13/11/2012, *DJe* 21/11/2012.

¹⁰ REsp 1.195.642/RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 13/11/2012, *DJe* 21/11/2012.

¹¹ “[...] A falta de atendimento qualificado aos consumidores é testemunhada com muita frequência nos mercados, o que dificulta sobremaneira a resolução de conflitos, por mais simples que sejam, em inúmeras situações. A robotização e a estandardização dos atendimentos, o desestímulo à proatividade dos atendentes e a hierarquização excessiva dentro de muitas estruturas corporativas atrasam a apresentação de soluções para as demandas dos contratantes e lhes custa um precioso tempo de vida. Nas contratações realizadas por meios eletrônicos o fornecedor desmaterializa-se, dilui-se em um grande volume de informações. O que é ainda mais grave do que o relapso no atendimento pós-contratual é a recorrente ausência de canais de comunicação diretos e efetivos, de fácil localização dentro dos portais da internet, situações que inibem e, até mesmo, obstam a comunicação pelo consumidor da ocorrência de um dano” (Bergstein, 2018, p. 157-158).

dividem em: a) a empresa não apresentou resposta à insatisfação; b) a empresa apresentou respostas evasivas; c) a empresa negou uma solução e motivou a instauração de instância.

Os dados ainda evidenciam muitas reclamações sobre o elevado tempo de espera a que foram submetidos os consumidores pela empresa pesquisada em seu serviço de atendimento. Essa realidade mais uma vez converge com a ocorrência de questões doutrinárias, como a do menosprezo planejado (Bergstein, 2018)¹², o que por si só seria suficiente para fundamentar um pleito indenizatório¹³.

Registre-se que o menosprezo planejado pela empresa pesquisada informa não apenas o abuso em trajetória direta, mas também em viés, pela prática como técnica de administração de passivo, porquanto a demora de atendimento desestimula o consumidor a buscar a solução do acidente de consumo instaurado, mormente se o valor da transação não se mostra vultoso. Tal fato é inclusive passível de novos e futuros estudos, pois há uma relação melhor a ser entendida entre o baixo volume de ações ajuizadas se comparado com o alto volume de transações comerciais feitas pela empresa pesquisada.

O senso comum induz que, a princípio, a empresa possa ser agente ativo de mais acidentes de consumo do que os que foram apresentados em juízo. Apesar dessa previsão doutrinária ser bastante levantada entre autores consumeristas, observando os dados das tabelas investigadas, o resultado é de que não houve nenhuma formulação de reparação pela prática de menosprezo planejado dentre os processos pesquisados.

A abusividade mais recorrente na amostra (a demonstrar desequilíbrio na relação contratual) foi a dificuldade para reaver os valores pagos. A pretensão decorreu da ausência de entrega do produto, por cancelamento da compra de forma unilateral pela empresa (situação numerosa na coleta) ou por deficiência logística de estoque ou entrega. Também foram registrados casos de litígio por oferta de produtos, por valores atrativos, seduzindo o consumidor à contratação, e seguida de cancelamento do fornecedor. Há indicativo de que em tais processos os valores atrativos possam ter sido usados como práticas ilícitas caracterizadoras de *dark patterns*, possivelmente *geopricing* e precificação dinâmica, além de perfilhamento e compartilhamento de dados. As aquisições referem-se, em grande parte, a equipamentos eletrônicos, cuja variação de preço é constantemente alterada pelo provedor. Para tais fins, a utilização de tecnologia de informação que, pela mineração de dados, possa processá-los, facilitando ou dificultando a disponibilidade de ofertas aos consumidores, é configuradora de abuso indenizável¹⁴.

Ainda nos casos em exame, destacam-se relatos de consumidores prejudicados quanto à facilitação de disponibilidade de ofertas, visando à consecução da operação comercial. Realizada a operação e pagos os valores, a compra efetuada era unilateralmente cancelada, sem a devolução do pagamento, sendo ofertado ao consumidor um vale-presente, equivalente a valores adiantados.

Os cancelamentos não foram justificados ao consumidor. Presumem-se as hipóteses de ausência de controle de estoque, mas sobretudo de desistência pela possibilidade de negociação mais benéfica para a empresa em outra operação (tendo em vista que os produtos eram anunciados novamente com preços maiores).

¹² “O menosprezo ao consumidor é observado nos casos de fornecedores que ignoram os pedidos e as reclamações do consumidor ou não lhe prestam informações adequadas, claras e tempestivas. O menosprezo é o desrespeito, a desconsideração das legítimas expectativas geradas no consumidor. O menosprezo reside na desvalorização do tempo e dos esforços travados pelo consumidor em relação ao fornecedor dentro de uma relação jurídica de consumo, em qualquer de suas fases, seja para resolução de um vício do produto ou do serviço, seja para compreender as instruções técnicas inadequadamente apresentadas, por exemplo” (Bergstein, 2018, p. 145-146).

¹³ “Em suma, o primeiro critério para a caracterização do dever de reparar o dano pelo tempo perdido pelo consumidor – o menosprezo – é caracterizado pela falta de iniciativas do fornecedor para agilizar o atendimento ao contratante vulnerável. A reclamação ou a demanda do consumidor não são apreciadas imediatamente, são delegadas e transferidas inúmeras vezes ou ainda ignoradas por completo até que os instrumentos legais sejam movimentados. O consumidor é menosprezado quando tem que aguardar um período de tempo excessivamente longo ou incompatível com a diligência que deveria ser adotada pelo fornecedor que ocasionou o problema. O tempo do consumidor é menosprezado sempre que há negativa de agendamento para atendimento, quando ocorre um ou sucessivos atrasos na apresentação de respostas às suas demandas ou ainda quando o atendimento é condicionado ao seu comparecimento a localidade distante da sua residência ou do local onde o contrato de consumo foi celebrado” (Bergstein, 2018, p. 148).

¹⁴ Conforme decisão do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional de Relações de Consumo do Ministério da Justiça, na Nota Técnica 92/2018, de 18 de junho de 2018, a empresa Decolar.com foi multada em R\$ 7,5 milhões pela prática de diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas, quando existentes – práticas conhecidas como *geopricing* e *geoblocking* e consideradas abusivas e discriminatórias (Ministério da Justiça, 2018).

Do caso concreto para a análise jurídica, a ausência de justificativa para o cancelamento unilateral da operação comercial, seguida de nova oferta do produto por valores superiores, informa prática abusiva e violadora do princípio da vinculação à oferta¹⁵, do equilíbrio e da boa-fé contratual, além do princípio da igualdade. Indica prática discriminatória, porquanto limita ou impede que o consumidor finalize a contratação inicial, pois cancelada, para que outro consumidor com maior poder aquisitivo tenha acesso ao mesmo produto ofertado.

Registre-se que seria possível a exigência do cumprimento forçado da oferta, passível de escolha, pelo consumidor, com espeque no art. 35 e incisos da norma consumerista. Contudo, dos casos obtidos, apenas a um único foi concedido prazo para que o fornecedor cumprisse o que foi ofertado. Em todos os demais, a despeito de solicitado, foi ofertada prestação jurisdicional em oposição ao pleito, posto que declarada a rescisão do ajuste, à revelia da opção formulada pelo consumidor.

A amostra obtida revela que grande parte das violações dos direitos do consumidor nas vendas online foi gerada pela cobrança por serviços de *streaming* não contratados (sem solicitação por parte dos consumidores). Essas cobranças foram realizadas de forma contínua e sequencial, algumas por período superior a doze meses. O valor na cobrança em fatura do cartão de crédito pode passar despercebido pelo consumidor, que não consegue identificar a origem e tampouco utilizar o produto “ofertado”. Outra causa de conflitos foi a oferta do serviço por período limitado (de experiência, de forma gratuita) sem a explanação adequada de cobrança posterior ao prazo. Houve também venda casada, prática ostensivamente repudiada pelos tribunais, que atenta a boa-fé objetiva e o equilíbrio nos contratos.

Nessas situações, o consumidor é vítima de prática abusiva¹⁶, passível de ser indenizado (art. 39 e incisos, CDC), mas o que se destaca é que parte considerável das práticas abusivas, em compra online reclamada, tem sido levada a efeito pelo tratamento, de dados pessoais, não autorizados pelo consumidor e acessados ilícitamente por fornecedores.

Após a coleta de dados de forma escusa, as preferências do consumidor são identificadas (violação aos princípios da transparência, da publicidade e da informação a afetar o equilíbrio contratual), dando condições para que se force ou burle a contratação de serviços. Há um conjunto de ilícitos que informam violação aos princípios da transparência e da boa-fé contratual, considerando que este último cria deveres laterais entre as partes. Há também violação ao direito da personalidade (intimidade e privacidade), uma vez que o acesso a dados, inclusive bancários, viabiliza uma transação não solicitada e não informada claramente.

O dano moral, em tais situações, é presumido, significando a desnecessidade de sua comprovação. Diferente não poderia ser a conclusão para o tratamento de dados, o que favorece a cobrança indevida de serviço não contratado, implicando na inobservância do disposto nos incisos X e LXXIX do art. 5º, CF/1988. A Terceira Turma do

¹⁵ “A oferta ao público, entendida como a divulgação de produto ou serviço a uma coletividade de pessoas utilizando um meio de comunicação de massa, equivale à proposta, caso apresente os requisitos essenciais do contrato, possuindo, portanto, o efeito de vincular o ofertante a partir da difusão da informação ao público-alvo (arts. 427 e 429 do CC). 4. É direito do aceitante exigir o cumprimento forçado do que foi declarado se a oferta dirigida ao público for feita apropriadamente, não sendo permitido ao ofertante arrepender-se. Tal tipo de divulgação faz parte do risco da atividade, sendo ínsitos os deveres de bem informar e de não enganar, de modo que há completa vinculação com o conteúdo divulgado. 5. O efeito vinculativo da proposta ou da oferta ao público constitui instrumento de estímulo à atuação responsável e à atuação ética não apenas de empresas, mas também das entidades de previdência privada. 6. A oferta, caso perca a eficácia obrigatória, poderá se transmutar em propaganda enganosa ou abusiva, sobretudo se induzir no público-alvo uma falsa percepção da realidade, ao frustrar as legítimas expectativas criadas pela informação veiculada, em desprestígio à boa-fé objetiva e ao princípio da confiança. [...] Tanto o ofertante quanto o aceitante devem pautar suas condutas conforme os parâmetros da boa-fé, da probidade e da transparência (arts. 113 e 422 do CC). 9. A revogação da proposta ou da oferta ao público, veiculada no mesmo meio de comunicação, opera somente efeitos ex nunc, não alcançando a situação daqueles que, em tempo, já a aceitaram.” (REsp 1.447.375/SP, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016). 2. Existência de publicidade no site do hospital informando sobre o atendimento pelo plano de saúde ao qual pertencia a paciente, conforme constou no acórdão recorrido, não sendo necessário reexame de provas quanto a esse ponto. 3. Nos termos do art. 30 do CDC, “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. (AgInt no REsp 1.761.061/SP, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 11/04/2022, DJe 19/04/2022).

¹⁶ “Prática abusiva (*lato sensu*) é aquela que contraria as regras mercadológicas de boa e leal conduta com os consumidores, sendo, de rigor, sua prevenção, reparação e repressão. O Código de Defesa do Consumidor traz rol meramente exemplificativo de práticas abusivas (art. 39), cabendo ao juiz identificar, no caso concreto, hipóteses de violação dos princípios que orientam o microsistema” (REsp 1.539.165/MG, Relator Min. Humberto Martins, j. 23/08/2016, DJe 16/11/2016).

STJ (REsp 1.758.799-MG) manteve em oito mil reais a indenização a consumidor que teve dados divulgados por uma empresa de soluções na proteção do crédito e na prevenção à fraude, confirmado o dano (*in re ipsa*).

A ministra Nancy Andrighi, asseverou que as informações sobre o perfil do consumidor, mesmo as de cunho pessoal, ganharam valor econômico no mercado de consumo. E, por isso, o banco de dados constitui serviço de grande utilidade, seja para o fornecedor, seja para o consumidor, mas, ao mesmo tempo, a atividade pode ser potencialmente ofensiva aos direitos da personalidade. Com isso, gizou a necessidade de observância do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 12.414/2011, salientando o dever de informação ao consumidor¹⁷. Apesar da proeminência da proteção constitucional ao direito violado, informando as bases democráticas sobre as quais se funda o Estado, não houve nenhuma decisão, na pesquisa realizada, que tenha declarado o dever de indenizar pelos danos morais sofridos com os fundamentos supra.

5 Considerações finais

Além de uma breve exposição dos marcos constitucionais e consumeristas, a pesquisa identificou a incidência de diversos fenômenos na prática processual e debateu o perfil dos resultados das tabelas, com foco nos princípios estruturantes do CDC. Os dados foram interpretados com foco nas peculiaridades de aplicação do direito do consumidor, em contexto de compras online, bem como as repercussões jurídicas sobre o arcabouço de direitos e garantias fundamentais que embasam as relações de consumo.

Tomou-se por base uma amostra qualitativa de compras online judicializadas contra a empresa Amazon, nos últimos 5 anos, em sede do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO). Dentre os principais resultados de pesquisa, na amostra obtida entre 14 de novembro de 2022 e 21 de novembro de 2022, é possível afirmar qualitativamente:

1) Alta incidência de ações por cobrança indevida (em especial serviços de *streaming* não contratados) e por dificuldades de reaver valores pagos (por ausência de entrega e cancelamento unilateral pela empresa);

2) Embora o STJ tenha utilizado do finalismo aprofundado, os dados da tabela se restringem a ações limitadas a típicos consumidores finais de produtos;

17 RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚM. 283/STF. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. BANCO DE DADOS. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS. DEVER DE INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de compensação de dano moral ajuizada em 10 de maio de 2013, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 29 de abril de 2016 e atribuído ao gabinete em 31 de janeiro de 2017. 2. O propósito recursal é dizer sobre: (i) a ocorrência de inovação recursal nas razões da apelação interposta pelo recorrido; (ii) a caracterização do dano moral em decorrência da disponibilização/comercialização de dados pessoais do recorrido em banco de dados mantido pela recorrente. 3. A existência de fundamento não impugnado – quando suficiente para a manutenção das conclusões do acórdão recorrido – impede a apreciação do recurso especial (Súmula 283/STF). 4. A hipótese dos autos é distinta daquela tratada no julgamento do REsp 1.419.697/RS (julgado em 12/11/2014, pela sistemática dos recursos repetitivos, DJe de 17/11/2014), em que a Segunda Seção decidiu que, no sistema *credit scoring*, não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico. 5. A gestão do banco de dados impõe a estrita observância das exigências contidas nas respectivas normas de regência – CDC e Lei 12.414/2011 – dentre as quais se destaca o dever de informação, que tem como uma de suas vertentes o dever de comunicar por escrito ao consumidor a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele. 6. O consumidor tem o direito de tomar conhecimento de que informações a seu respeito estão sendo arquivadas/comercializadas por terceiro, sem a sua autorização, porque desse direito decorrem outros dois que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico: o direito de acesso aos dados armazenados e o direito à retificação das informações incorretas. 7. A inobservância dos deveres associados ao tratamento (que inclui a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros) dos dados do consumidor – dentre os quais se incluem o dever de informar – faz nascer para este a pretensão de indenização pelos danos causados e a de fazer cessar, imediatamente, a ofensa aos direitos da personalidade. 8. Em se tratando de compartilhamento das informações do consumidor pelos bancos de dados, prática essa autorizada pela Lei 12.414/2011 em seus arts. 4º, III, e 9º, deve ser observado o disposto no art. 5º, V, da Lei 12.414/2011, o qual prevê o direito do cadastrado ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais. 9. O fato, por si só, de se tratarem de dados usualmente fornecidos pelos próprios consumidores quando da realização de qualquer compra no comércio, não afasta a responsabilidade do gestor do banco de dados, na medida em que, quando o consumidor o faz não está, implícita e automaticamente, autorizando o comerciante a divulgá-los no mercado; está apenas cumprindo as condições necessárias à concretização do respectivo negócio jurídico entabulado apenas entre as duas partes, confiando ao fornecedor a proteção de suas informações pessoais. 10. Do mesmo modo, o fato de alguém publicar em rede social uma informação de caráter pessoal não implica o consentimento, aos usuários que acessam o conteúdo, de utilização de seus dados para qualquer outra finalidade, ainda mais com fins lucrativos. 11. Hipótese em que se configura o dano moral *in re ipsa*. 12. Em virtude do exame do mérito, por meio do qual foram rejeitadas as teses sustentadas pela recorrente, fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial. 13. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

3) Relativamente à vulnerabilidade e à manutenção do equilíbrio contratual, houve grande fragilidade/frustração do consumidor que se utiliza do *e-commerce*;

4) Ineficiência dos canais de proteção e reclamação extrajudiciais, quando acionados por consumidores. As principais falhas corporativas (privadas) relatadas por consumidores foram: a) a empresa não apresentou resposta à insatisfação; b) a empresa apresentou respostas evasivas; c) a empresa negou a solução ao consumidor e motivou a ação judicial;

6) Os dados evidenciam reclamações sobre o elevado tempo de espera, com indícios de menosprezo planejado (Bergstein, 2018), o que fundamenta parte significativa dos pleitos indenizatórios;

7) Há casos de oferta de produtos por valores atrativos, seduzindo o consumidor para a efetivação da contratação, seguindo-se cancelamento não justificado pelos fornecedores. Inclusive com uso de vale-presente.

O último item converge com práticas ilícitas caracterizadoras de *dark patterns*, possivelmente *geopricing* e precificação dinâmica, além de perfilhamento e compartilhamento de dados, observado que as aquisições referem-se em grande parte a equipamentos eletrônicos, cuja variação de preço é constantemente alterada pelo provedor. Presumem-se também as hipóteses de ausência de controle de estoque, bem como de desistência pela possibilidade de negociação mais benéfica em outra operação (produtos anunciados novamente com preços maiores).

Em síntese, os resultados apontaram um tabelamento de demandas baseadas em acidentes de consumo e interface com violações normativas que envolvem temas como o *Dark Patterns*, *Big Data* e *Big Analytics*. Em que pese a condenação da empresa pesquisada na maioria das ações ajuizadas, muitas das condenações pura e unicamente devolvem o consumidor ao *status quo ante*, pois se limitam a determinar a restituição dos valores pagos por produtos não recebidos.

Recomenda-se que futuras pesquisas se voltem a critérios e revisões dos fundamentos utilizados para a declaração do dever de indenizar o dano moral, diante da promulgação da Emenda Constitucional 115, porquanto a proteção dos dados pessoais do consumidor é garantia fundamental, assim como a inviolabilidade da privacidade e da intimidade.

6 Referências

ALMEIDA, G. Notas sobre utilização de inteligência artificial por agentes empresariais e suas implicações no âmbito do direito do consumidor. In: FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 419-432.

ALMENARA, I.; CIRIACO, D. O que são *dark patterns* da web e quais riscos eles representam para você. *Canaltech*, 2021. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/o-que-sao-dark-patterns-196194/>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BERGSTEIN, L. *O tempo do consumidor nas relações de consumo: pela superação do menosprezo planejado nos mercados*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 2016.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 3 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 2002.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1o%20Esta%20Lei%20estrutura,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso. Acesso em: 5 jan. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)*. Diário Oficial da União de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/604119/publicacao/16434816>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011*. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 3 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp 1.758.799/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 12/11/2019, *DJe* 19/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp 1.837.219/SP, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 25/05/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp 1.195.642/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. em 13/11/2012, *DJe* 21/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp 1.761.061/SP. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 11/04/2022, *DJe* 19/04/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 133.253/SP. Relator: Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 09/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 560.463/GO. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* de 23/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Ag n. 1.371.143/PR. Relator: Min. Raul Araújo, *DJe* de 17/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.539.165/MG. Relator: Min. Humberto Martins, j. 23/08/2016, *DJe* 16/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.417.293/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi, *DJe* de 02/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.297.956/RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* de 27/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.118/RJ*. Relatora: Min. Rosa Weber. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer, em parte, da ação direta, apenas quanto ao art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.273/2008 do Estado do Rio de Janeiro, e, no mérito, quanto à parte conhecida, julgar improcedente o pedido formulado, nos termos do voto da Relatora e por maioria de votos, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, André Mendonça e Nunes Marques, em sessão virtual do Pleno de 18 a 25 de fevereiro de 2022, na conformidade da ata do julgamento. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759654225>. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRIGNULL, Harry. *Dark patterns: user interfaces designed to trick people*. 2010. Disponível em: <https://www.darkpatterns.org/types>. Acesso em: 1 mar. 2024.

BRIGNULL, Harry. *Deceptive design – formerly darkpatterns.org*. s.d. Disponível em: <https://www.deceptive.design/>. Acesso em: 3 fev. 2024.

CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência – TJDF*, Brasília, n. 95, p. 13-28, jan./abr. 2011.

E-COMMERCE BRASIL. *Segundo pesquisa, Brasil é 1º no ranking mundial de crescimento das compras online*. 2022. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/segundo-pesquisa-brasil-e-1o-no-ranking-mundial-de-crescimento-das-compras-online>. Acesso em: 31 jan. 2024.

FARIA, L. A. G. de. *A extrafiscalidade e a concretização do princípio das desigualdades regionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FILHO CAVALIERI, S. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2019.

FRAZÃO, A. Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores. *Jota*, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018>. Acesso em: 3 jan. 2024.

FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor código comentado e jurisprudência*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

KUBOSAWA, S.; OKADA, S.; NITRA, K. Evaluation of jurisprudence arguments based on annotations of logical structures and speech acts. In: *FUTURE computing 2016: the eighth international conference on future computational technologies and applications*. 2016. p. 28-33.

MAGNANI, V. Físico e digital: o futuro do comércio é “online to offline”. *Fecomércio*, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/fisico-e-digital-o-futuro-do-comercio-e-online-to-offline>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Nota Técnica nº 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ*. 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdl_ocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda, 2011.

NAIK, M. V.; LOKHANDAY, S. Building a legal expert system for legal reasoning in specific domain-a survey. *AIRCC's International Journal of Computer Science and Information Technology*, v. 4, n. 5, p. 175-184, 2012.

PINHEIRO, G. P. *Liberdade de expressão e neutralidade de rede na internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SALESFORCE BRASIL. *Deep e machine learning: qual a diferença?* 2018. Disponível em: www.salesforce.com/br/blog/2018/4/Machine-Learning-e-Deep-Learning-aprenda-as-diferencas.html. Acesso em: 2 jan. 2023.

SCHINDLER, S. Automatic derivation of argument chains legally defending patenting inventions-II. *In: ISPIIM Innovation Symposium*. The International Society for Professional Innovation Management (ISPIM), 2014. p. 1-13.

STUCKE, M.; EZRACHI, A. *Virtual competition: the promises and the perils of the algorithm driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

UNITED NATIONS. *World population prospects 2022: summary of results*. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/wpp2022_summary_of_results.pdf. Acesso em: 15 nov. 2022.

ANEXO 01

Trata-se de anexo sobre pesquisa dos processos ajuizados no Estado de Goiás em face de Amazon Serviços de Varejo do Brasil Ltda., nos últimos 5 anos. Coleta realizada entre 14 de novembro de 2022 e 21 de novembro de 2022, no sítio eletrônico do TJGO.

PROCESSOS ATIVOS: 71 identificados do total de 203 listados em homônima

	Processo	Data	Causa de pedir	Pedido	Contestação	Sentença	Acórdão
1	5410714-69.2022.8.09.0033	13.07.2022	Aquisição de produtos eletrônicos e recebimento de livros infantis – teoria do desvio produtivo	Inversão do ônus da prova, reembolso, danos materiais e morais	Ausência de ato ilícito. Coleta do produto e reembolso à cliente	11.11.2022. Parc. Procedente. Cond. danos morais em R\$ 5.000,00, s/ honorários	Sem recurso até a data da pesquisa
2	5550063-52.2022.8.09.0077	09.09.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Desbloqueio da conta, disponibilização do saldo, danos materiais e morais	Sem citação até a data da pesquisa	Não há	Não há
3	5578305-37.2022.8.09.0007	21.09.2022	Aquisição de Notebook em promoção e cancelamento unilateral de compra	Inversão do ônus da prova, manutenção da compra, multa e danos materiais e morais	Illegitimidade, ausência de ato ilícito e reembolso ao cliente	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
4	5348157-27.2022.8.09.0007	13.06.2022	Aquisição de 2 Esquadros Speedlite e cancelamento unilateral de compra	Inversão do ônus da prova, manutenção da compra, multa e danos morais	Ausência de ato ilícito e indisponibilidade do produto	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
5	0178489-44.2016.8.09.0011	19.05.2016	Compra de produtos cosméticos não entregues	Restituição dos valores pagos	Nulidade da citação	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há

6	5479584-61.2019.8.09.0102	13.08.2019	Aquisição de aparelho celular e cancelamento compra sem estorno	Inversão do ônus da prova, restituição, danos materiais e morais	Ausência de ato ilícito e reembolso ao cliente	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
7	5565535-63.2020.8.09.0142	10.11.2020	Aquisição de 3 licenças de software da Microsoft com defeito- vício do produto (já instalado)	Inversão do ônus da prova, restituição, danos materiais e morais	Incompetência, decadência, ausência de ato ilícito	19.01.2022 Parc. Procedente. Cond. danos morais em R\$ 2.000,00, s/ honorários	Não houve comprovação de desvio produtivo, mas de falha na prestação do serviço, exigindo, portanto, a comprovação do dano moral, que não houve. Recurso conhecido e parcialmente provido para afastar o dano moral.
8	5619373-46.2020.8.09.0068	03.12.2020	Aquisição de aparelho celular, entregue sem nota fiscal, e vício do produto	Inversão do ônus da prova, restituição, danos materiais e morais	Illegitimidade, incompetência, decadência, ausência de ato ilícito	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
9	5004062-81.2021.8.09.0051	07.01.2021	Aquisição de cartões-presente nas redes de farmácia Walgreens e CVS, cancelamento da compra e boqueio da conta	Inversão do ônus da prova, restituição, danos materiais e morais	Illegitimidade, incompetência, ausência de ato ilícito	26.10.2022 Procedência. Cond. restituição dos valores corrigidos e danos morais em R\$ 5.000,00, mais honorários	Ainda não foi julgada a apelação, interposta em 17.11.2022.

10	5211607-47.2021.8.09.0011	30.04.2021	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, desbloqueio da conta, disponibilização do saldo, mitigação da teoria finalista, retorno das vendas, revisão contratual, danos materiais e morais	Incompetência, inaplicabilidade do CDC e improcedência dos pedidos	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
11	5291915-87.2021.8.09.0167	13.06.2021	Compra realizada e geladeira não entregue	Inversão do ônus da prova, restituição, danos materiais e morais	Ilegitimidade e ausência de ato ilícito	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
12	5357133-28.2021.8.09.0146	15.07.2021	Aquisição de livro e cancelamento da venda. Nova aquisição, porém mais cara	Inversão do ônus da prova, restituição, danos materiais e morais	Ilegitimidade e ausência de ato ilícito	Pedidos improcedentes e cond. honorários	Ainda não foi julgada a apelação interposta em 29.06.2022
13	5417637-86.2021.8.09.0085	12.08.2021	Aquisição de eletrônico e cancelamento da compra. Restituição por vale-presente	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse de agir e ausência de ato ilícito	18.02.2022 Parcial procedência, c/ determinação de entrega do produto, cancelamento do vale-presente, danos morais de R\$ 2.000,00 e honorários	Ainda não foi julgada a apelação interposta em 28.09.2022
14	5428462-46.2021.8.09.0164	17.08.2021	Investimento em pirâmide financeira	Inversão do ônus da prova, nulidade do contrato, restituição dos valores pagos e danos morais	Ainda não citado	Não há	Não há

15	5469393-77.2021.8.09.0007	09.09.2021	Cobrança por serviços de streaming não contratados	Inversão do ônus da prova, declaração de inexistência de negócio jurídico, repetição de indébito danos materiais e morais	Cerceamento de defesa, ilegitimidade, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	24.03.2022 Procedência dos pedidos, com declaração de inexistência de débito, restituição e danos morais em R\$ 2.000,00	Não houve comprovação de desvio produtivo, mas de falha na prestação do serviço, exigindo, portanto, a comprovação do dano moral, que não houve. Recurso conhecido e parcialmente provido para afastar o dano moral.
16	5474659-29.2021.8.09.0077	13.09.2021	Cobrança por 23 serviços/produtos não contratados	Inversão do ônus da prova, declaração de inexistência de negócio jurídico, repetição de indébito danos materiais e morais	Não inversão do ônus da prova, ilegitimidade e ausência de ato ilícito	Não há	Não há
17	5480705-35.2021.8.09.0012	15.09.2021	Aquisição de livro não entregue	Inversão do ônus da prova, restituição dos valores pagos e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e improcedência da devolução em dobro	Não há	Não há

18	5533228-86.2021.8.09.0153	11.10.2021	Cobranças a maior por plano de streaming contratado, falha do serviço e propaganda enganosa	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ainda não citado	Não há	Não há
19	5536337-61.2021.8.09.0007	13.10.2021	Aquisição de teclado musical e cancelamento da compra. Restituição por vale-compra	Inversão do ônus da prova, entrega do produto ou similar e danos morais	Illegitimidade, inépcia da inicial, não inversão do ônus da prova, impugnação da gratuidade, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	11.03.2022 Procedência dos pedidos, com determinação de entrega do produto em 15 dias, sob pena de multa e danos morais em R\$ 2.000,00	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.
20	5614884-03.2021.8.09.0012	23.11.2021	Aquisição de livro e cancelamento da compra sem reembolso; aquisição de produto eletrônico com defeito, que foi devolvido, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição dos valores pagos e danos morais	Ausência de interesse processual, ilegitimidade, impugnação a gratuidade, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	Não há	Não há

21	5643380-22.2021.8.09.0051	06.12.2021	Aquisição de Ipad 9, cancelamento da compra e oferta do mesmo produto mais caro	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, impugnação da gratuidade, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	Não há	Não há
22	5008121-98.2022.8.09.0012	10.01.2022	Aquisição de esteira e cancelamento da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição do valor e danos morais	Ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	05.10.2022 Parcial procedência, determinando a restituição integral, abatido o que já foi reembolsado e danos morais em R\$ 3.000,00	Não há
23	5008914-48.2022.8.09.0170	10.01.2022	Aquisição de perfume e produto não entregue	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	09.08.2022 Parcial procedência, determinando a entrega do perfume, sob pena de multa diária, em 15 dias	Não há

24	5011563-87.2022.8.09.0007	11.01.2022	Cobrança de serviços não contratados	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito, desvio produtivo e danos morais	Ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	18.04.2022 Procedência dos pedidos, determinando o cancelamento dos serviços, sob pena de multa, danos morais em R\$ 3.000,00 e restituição dos valores	Conhecido e parcialmente provido, reformando a sentença para afastar os danos morais
25	5023307-13.2022.8.09.0029	18.01.2022	Aquisição de fone de ouvido com defeito, vício oculto	Inversão do ônus da prova, restituição por danos materiais e morais	Não foi citado	Cancelamento da distribuição	Não há
26	5052663-84.2022.8.09.0051	01.02.2022	Cobrança de serviços de streaming não contratados	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Não inversão do ônus da prova, improcedência do pedido de restituição e ausência de ato ilícito	17.11.2022 Improcedência dos pedidos	Sem recurso até a data da pesquisa
27	5068703-49.2022.8.09.0114	09.02.2022	Aquisição de produtos eletrônicos e entrega parcial. Cancelamento do restante e oferta do mesmo produto mais caro	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito, desvio produtivo e danos morais	Ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	16.09.2022 Parcial procedência, condenação por danos morais em R\$ 1.000,00	Não há

28	5113163-19.2022.8.09.0051	02.03.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, desbloqueio da conta, disponibilização do saldo, mitigação da teoria finalista, retorno das vendas, revisão contratual, danos materiais e morais	Ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, inaplicabilidade do CDC e improcedência dos pedidos	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
29	5122588-70.2022.8.09.0051	07.03.2022	Aquisição de mochila e cancelamento da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito, desvio produtivo e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e impossibilidade ausência de responsabilidade/ato de terceiro	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
30	5140703-62.2022.8.09.0012	12.03.2022	Aquisição de produto eletrônico e arrependimento da compra, sem restituição	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito, inaplicabilidade do CDC, incompetência e improcedência dos pedidos	03.10.2022 Procedência em parte, com determinação de restituição do valor postulado	Não há
31	5160779-87.2022.8.09.0051	22.03.2022	Aquisição de caixa de som portátil e cancelamento da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	Ausência de interesse de agir, impugnação à gratuidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	07.11.2022 Improcedência dos pedidos	Não há

32	5174037-67.2022.8.09.0051	28.03.2022	Aquisição de iPhone12 e entrega incompleta do produto, sem conector de energia/venda casada	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ato de terceiro	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
33	5193039-10.2022.8.09.0023	01.04.2022	Aquisição de aparelho celular, cancelamento da compra, reversão de reembolso e devolução do produto. Cobrança de produto devolvido	Inversão do ônus da prova, declaração de inexistência de débito, repetição de indébito ou cancelamento da cobrança e danos morais (desvio produtivo)	Ilegitimidade, ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
34	5210302-87.2022.8.09.0077	11.04.2022	Aquisição de aparelho celular, sem entrega ou reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ato de terceiro	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
35	5238714-09.2022.8.09.0051	26.04.2022	Aquisição de iPhone13 e entrega incompleta do produto, sem conector de energia e fones de ouvido/venda casada	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	Não foi apresentada defesa - Revelia	01.09.2022 Parcialmente Procedente, para condenar as reclamadas a fornecerem o carregador, no prazo de 10 dias, sob pena de multa	Não há

36	5249620-26.2022.8.09.0051	30.04.2022	Aquisição de um computador pessoal, em valor promocional, com cancelamento da compra sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
37	5255169-49.2022.8.09.0051	07.10.2022	Aquisição de Mop, com faturamento e entrega a pessoa diversa	Inversão do ônus da prova e danos materiais e morais	Inépcia da inicial, não inversão do ônus da prova, Incompetência, ausência de ato ilícito	30.06.2022 30.06.2022 Parcial procedência do pedidos para deferir os danos morais em R\$ 6.060,00	Recurso conhecido e provido, para cassar a sentença, por violação ao princípio da ampla defesa
38	5265093-20.2022.8.09.0137	06.05.2022	Aquisição de telefone celular, sem entrega, apenas pedras.	Inversão do Ônus da Prova, restituição dos valores pagos e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	Parcial procedência e condenação das requeridas ao pagamento de danos morais, em R\$ 1.500,00	Não há
39	5271180-56.2022.8.09.0051	10.05.2022	Aquisição de máquina de gelo, cancelamento da compra e reembolso	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse de agir, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	14.07.2022 Condenou a ré ao pagamento de danos morais em R\$.3000,00	Recurso conhecido e desprovido, sentença mantida

40	5276042-83.2022.8.09.0079	12.05.2022	Investimento em pirâmide financeira como proposta de emprego	Inversão do ônus da prova, nulidade do contrato, restituição dos valores pagos e danos morais	Ilegitimidade, culpa exclusiva da vítima e de terceiros, danos incomprovados	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
41	5299246-15.2022.8.09.0029	22.05.2022	Aquisição de vaporizador com defeito. Devolução sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse de agir e ausência de ato ilícito	04.10.2022 Procedência dos pedidos. Condenação a restituição e danos morais em R\$ 2.000,00	Não há
42	5301153-76.2022.8.09.0012	23.05.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, desbloqueio da conta, disponibilização do saldo, retorno das vendas e segurança de seus dados	Ainda não contestada até a data da pesquisa	Sem sentença até a data da pesquisa	Não há
43	5307391-91.2022.8.09.0051	25.05.2022	Investimento em pirâmide financeira como proposta de emprego	Inversão do ônus da prova, nulidade do contrato, restituição dos valores pagos e danos morais	Ilegitimidade, culpa exclusiva da vítima e de terceiros, danos incomprovados	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
44	5313000-39.2022.8.09.0024	27.05.2022	Execução Fiscal/multa Procon	Pagamento de débito	Não há	Não há	Não há

45	5326149-21.2022.8.09.0051	06.06.2022	Aquisição de lavadora de roupas e cancelamento da compra e reembolso parcial	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	llegitimidade, impugnação à gratuidade, ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	06.11.2022 Improcedência dos pedidos	Não houve a interposição de recurso até a data da pesquisa
46	5333791-80.2022.8.09.0007	06.06.2022	Aquisição de aspirador de pó robô, sem entrega do produto	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	llegitimidade, impugnação à gratuidade, ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	Procedência em parte, condenação a restituição dos valores pagos	Não há
47	5364002-98.8.09.0169	21.06.2022	Investimento em pirâmide financeira como proposta de emprego	Inversão do ônus da prova, nulidade do contrato, restituição dos valores pagos e danos morais	Ainda não citado	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
48	5392442-70.2022.8.09.0051	04.07.2022	Aquisição fraudulenta/hacker de aparelho celular, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, nulidade do contrato, repetição de indébito e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há

49	5403812-46.2022.8.09.0051	08.07.2022	Aquisição fraudulenta/hacker de sapatos, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, nulidade do contrato, repetição de indébito e danos morais	llegitimidade, ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
50	5405968-73.2022.8.09.0029	11.07.2022	Aquisição de iPhone13 e entrega incompleta do produto, sem conector de energia / venda casada	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	llegitimidade, ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	28.10.2022 Parcialmente Procedente, para condenar as reclamadas a restituir o valor pago pelo carregador	Recurso ainda não julgado até a data da pesquisa
51	5406024-09.2022.8.09.0029	11.07.2022	Aquisição de iPhone13 e entrega incompleta do produto, sem conector de energia / venda casada	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	llegitimidade, ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	28.10.2022 Parcialmente Procedente, para condenar as reclamadas a restituir o valor pago pelo carregador	Recurso ainda não julgado até a data da pesquisa
52	5416277-50.2022.8.09.0128	14.07.2022	Aquisição de caixa misteriosa, com headset em valor inferior ao efetivamente pago	Inversão do ônus da prova, restituição do valor pago e danos morais	llegitimidade, ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há

53	5443802-44.2022.8.09.0051	25.07.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, desbloqueio da conta, disponibilização do saldo, retorno das vendas e segurança de seus dados	Não contestada	05.10.2022 Parcial procedência, com condenação ao pagamento dos danos materiais postulados e morais em R\$ 5.000,00	Não há
54	5443899-44.2022.8.09.0051	25.07.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, desbloqueio da conta, disponibilização do saldo, retorno das vendas e segurança de seus dados	Incompetência, inaplicabilidade do CDC, litude da suspensão, improcedência dos pedidos	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
55	5444003-36.2022.8.09.0051	25.07.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, desbloqueio da conta, disponibilização do saldo, retorno das vendas e segurança de seus dados	Não contestada	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
56	5447106-86	26.07.2022	Tentativa de aquisição de produto em promoção frustrada, diante de direcionamento para o produto com valor real	Inversão do ônus da prova, comprovação da reclamação feita e disponibilização do produto pelo preço anunciado	Ainda não citado	Não há	Não há
57	5450281-53.2022.8.09.0051	27.07.2022	Cobrança de serviços de streaming não contratados	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ainda não citado	Não há	Não há

58	5456738-04.2022.8.09.0051	29.07.2021	Aquisição de livro e cancelamento unilateral, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse de agir, ausência de ato ilícito	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
59	5513770.2022.8.09.0002	24.08.2022	Aquisição de leitor de código de barras e cancelamento sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e dano moral	Ainda não citado	Não há	Não há
60	5542743-29.2022.8.09.0051	05.09.2022	Aquisição fraudulenta de aparelho celular e seguro, com reembolso parcial	Inversão do ônus da prova, nulidade do contrato, repetição de indébito e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
61	5543126-72.2022.8.09.0094	06.09.2022	Aquisição de processador e entrega de produto diverso	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ainda não citado	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
62	5569480-37.2022.8.09.0094	19.09.2022	Aquisição fraudulenta de livros, impedimento de acesso aos próprios dados	Inversão do ônus da prova, cadastramento e disponibilização dos dados e danos morais	Não contestada	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
63	5574633-83.2022.8.09.0051	20.09.2022	Aquisição de livro, sem entrega. Humilhação	Inversão do ônus da prova, entrega do produto ou restituição e danos morais	llegitimidade, Ausência de interesse de agir, não inversão do ônus da prova e ausência de ato ilícito	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há

64	5573563-66.2022.8.09.0007	20.09.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, rescisão contratual, restituição de valores e danos morais	Não contestada	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
65	5575897-38.2022.8.09.0051	20.09.2022	Aquisição de micro-ondas, cancelamento da compra e disponibilização por valor mais alto	Inversão do ônus da prova, entrega do produto no valor ofertado e danos morais	Ainda não citada	Não há	Não há
66	5607784-40.2022.8.09.0051	03.10.2022	Aquisição fraudulenta de streaming, cobrança indevida	Inversão do ônus da prova, restituição dos valores e danos morais	Ainda não contestada	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
67	5607753-20.2022.8.09.0051	03.10.2022	Simulação de compra de lava-louças, cobrança como compra e cobrança indevida	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ainda não citada	Não há	Não há
68	5627344-65.2022.8.09.0051	11.10.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, restabelecimento de sua conta, restituição de valores e danos morais	Ainda não contestada	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
69	5633757-94.2022.8.09.0051	14.10.2022	Aquisição de caixa de som, cancelamento da compra e disponibilização por valor mais alto	Inversão do ônus da prova, entrega do produto no valor ofertado e danos morais	Ainda não contestada	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há

70	5638632-10.2022.8.09.0051	17.10.2022	Aquisição de aparelho celular, sem garantia, com defeito –vício oculto	Inversão do ônus da prova, restituição de valores e dano moral	Ainda não contestada	Sem sentença, até a data da pesquisa	Não há
71	5647525-17.2022.8.09.0139	20.10.2022	Aquisição de aparelho celular e entrega de pedras	Inversão do ônus da prova, restituição de valores e dano moral	Ainda não citada	Não há	Não há

Fonte: Elaborado pelos autores.

PROCESSOS INATIVOS/ARQUIVADOS: 88 identificados do total de 481 listados em homônima

	Processo	Data	Causa de pedir	Pedido	Contestação	Sentença	Acórdão
1	5453395-69.2021.8.09.0007	30.08.2021	Aquisição de Headset, sem entrega e sem restituição	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	11.01.2022 Pedido improcedente.	Não há
2	5540071-82.2021.8.09.0051	15.10.2021	Oferta de livros que incitam o suicídio (Manual de suicídio racional)	Retirada de todo e qualquer conteúdo de incitação ao suicídio, declaração de equiparação das atividades desempenhadas via Kindle às das ytgeditoras e provedores de informação, dano moral coletivo	Ainda não citado	18.11.2021 Reconhecimento da incompetência e remessa à Justiça Federal	Recurso conhecido e desprovido

3	5487151-96.2019.8.09.0150	16.08.2019	Aquisição de aparelho celular com defeito	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, incompetência, ausência de responsabilidade, impugnação do dano material, ausência de dano moral	12.12.2019 Parcial procedência, determinação de restituição dos valores e danos morais em R\$ 5.000,00, devendo o autor restituir o produto	Recurso conhecido e provido em parte, para reduzir a condenação em danos morais para R\$ 3.000,00
4	5443017-54.2021.8.09.0007	25.08.2021	Aquisição de aparelho BTV11, cancelamento da compra e reembolso com vale-presente	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	18.01.2022 Procedência dos pedidos e condenação em danos morais em R\$ 3.000,00	Recurso conhecido e parcialmente provido, para reformar a sentença e excluir a condenação ao pagamento de danos morais (mero dissabor)
5	5084889-45.2022.8.09.0051	17.02.2022	Aquisição de aparelho Alexa com defeito	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	11.05.2022 Procedência em parte, condenação à restituição de valor e danos morais em R\$ 5.000,00	Não há
6	5305866-12.2022.8.09.0007	25.05.2022	Aquisição de Esquadro, cancelamento da compra unilateral	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	24.08.2022 Improcedência dos pedidos	Não há

7	5031285-14.2018.8.09.0051	25.01.2018	Aquisição de óculos, entrega de produto diverso e reembolso parcial	Inversão do ônus da prova, restituição integral e danos morais	Illegitimidade, incompetência, ausência de responsabilidade, inaplicabilidade do CDC, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral	15.06.2018 Procedência em parte, condenação à restituição dos danos materiais indicados	Não há
8	5351525-48.2018.8.09.0051	31.07.2018	Aquisição de dois computadores, cancelamento unilateral da compra	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Não há	Não há	Não há
9	5354463-16.2018.8.09.0051	01.08.2018	Aquisição de dois computadores, cancelamento unilateral da compra	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Não há	Não há	Não há
10	5397897-55.2018.8.09.0051	28.07.2021	Aquisição de peças de vestuário não entregues, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição integral e danos morais	Illegitimidade, incompetência, ausência de responsabilidade, inaplicabilidade do CDC, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral	19.12.2018 Procedência em parte, condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 4.000,00	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.
11	5482211-83.2018.8.09.0066	09.10.2018	Insatisfação por exigência de novo e-mail para criação de conta	Cancelamento da conta aberta indevidamente ou envio de link para redefinição de conta	Não há	21.11.2018 Extinção e arquivamento	Não há

12	5544313-46.2018.8.09.0033	14.11.2018	Aquisição fraudulenta de produto e cobrança indevida, sem estorno	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, incompetência, ausência de responsabilidade, inaplicabilidade do CDC, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral	15.07.2019 Parcial procedência, condenação à repetição de indébito, nos termos postulados	Não há
13	5585862-17.2018.8.09.0007	08.12.2018	Cobrança indevida por serviço não contratado	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, incompetência, ausência de responsabilidade, inaplicabilidade do CDC, decadência, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral	15.04.2020 Extinção do feito por ilegitimidade	Recurso conhecido e desprovido
14	5050728-49.2019.8.09.0007	04.02.2019	Sem acesso – Segredo de Justiça	Sem acesso – Segredo de Justiça	Sem acesso – Segredo de Justiça	Sem acesso – Segredo de Justiça	Sem acesso – Segredo de Justiça
15	5112206-75.2019.8.09.0066	01.03.2019	Insatisfação por exigência de novo e-mail para criação de conta	Cancelamento da conta aberta indevidamente ou envio de link para redefinição de conta	Não há	21.11.2018 Extinção e arquivamento	Não há

16	5147553-38.2019.8.09.0142	21.03.2019	Aquisição de um forno elétrico, cancelamento unilateral da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	16.09.2019 Procedência em parte, condenação à restituição dos valores pagos.	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida
17	5174779-97.2019.8.09.0051	03.04.2019	Aquisição de 3 aparelhos de ar condicionado, cancelamento unilateral da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito, impugnação à restituição em dobro e ausência de responsabilidade/ ato de terceiro	30.01.2020 Parcial procedência, condenação à restituição simples dos valores	Não há
18	5175205-12.2019.8.09.0051	04.04.2019	Cobrança indevida por serviço não contratado	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, incompetência, ausência de responsabilidade, inaplicabilidade do CDC, decadência, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral	17.09.2019 Parcial procedência, condenação à repetição de indébito e danos morais em R\$ 2.000,00	Recurso conhecido e provido em parte, para afastar os danos morais

19	5177717-03.2019.8.09.0104	05.04.2019	Aquisição de livro, sem entrega	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ausência de interesse processual, decadência, ausência de ato ilícito e impugnação do dano material e moral	07.06.2019 Homologação de desistência	Não há
20	5219534-47.2019.8.09.0104	26.04.2019	Aquisição de impressora com defeito e negativa de garantia	Inversão do ônus da prova, restituição do valor ou substituição do aparelho, além de danos materiais e morais	Ilegitimidade, incompetência, ausência de responsabilidade, inaplicabilidade do CDC, decadência, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral	15.08.2019 Extinção do feito (art. 51, II, Lei 9.099/95)	Não há
21	5320946-84.2019.8.09.0083	13.06.2019	Aquisição de aspirador de pó e forma de bolo, cancelamento unilateral da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, ausência de ato ilícito e impugnação do dano material e moral	19.08.2020 Improcedência	Não há
22	5474601-13.2019.8.09.0007	09.08.2019	Aquisição de livro, sem entrega	Inversão do ônus da prova, restituição do valor e danos morais	Ausência de interesse processual, decadência, ausência de ato ilícito e impugnação do dano material e moral	06.11.2019 Improcedência	Não há

23	5512514-91.2019.8.09.0051	29.08.2019	Aquisição de Console PlayStation 4, cancelamento unilateral, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ausência de interesse processual, ilegitimidade, ausência de ato ilícito e impugnação do dano material e moral	29.01.2020 Improcedência	Não há
24	5610903-49.2019.8.09.0007	18.10.2019	Aquisição de umidificador, sem entrega	Inversão do ônus da prova, rescisão contratual, repetição de indébito e danos morais	Ausência de interesse processual, ilegitimidade, ausência de ato ilícito e impugnação do dano material e moral	19.01.2021 Improcedência	Não há
25	5612211-08.2019.8.09.0012	21.10.2019	Cobrança indevida por serviço não contratado	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Cerceamento de defesa, ilegitimidade, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral	12.03.2020 Parcial procedência, declaração de inexistência da dívida, restituição dos valores pagos e danos morais em R\$ 4.000,00	Recursos conhecidos e providos, para determinar a repetição de indébito e afastar os danos morais

26	5698809-45.2019.8.09.0050	06.12.2019	Aquisição de livros, cancelamento da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ausência de interesse processual, ilegitimidade, ausência de ato ilícito e impugnação do dano material e moral	02.02.2021 Parcial procedência e condenação à restituição do valor pago	Não há
27	5707711-04.2019.8.09.0012	06.12.2019	Aquisição de 3 aparelhos celulares, sem entrega ou reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ausência de interesse processual, ilegitimidade, ausência de ato ilícito, impossibilidade de cumprimento de obrigação de fazer e impugnação do dano material e moral	16.11.2020 Parcial procedência e condenação à restituição do valor pago	Não há
28	5043637-35.2020.8.09.0115	29.01.2020	Aquisição de aparelho celular, sem entrega ou reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ausência de interesse processual, ilegitimidade, ausência de ato ilícito e impugnação do dano material e moral	03.10.2021 Parcial procedência e condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 6.000,00	Recurso conhecido e provido, para afastar os danos morais

29	5083498-45.2020.8.09.0174	18.02.2020	Aquisição de aparelho celular e cobrança indevida (à vista, quando o contratado era à prazo)	Inversão do ônus da prova e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	11.04.2022 Procedência, condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 3.000,00	Não há
30	5084123-06.2020.8.09.0069	18.02.2020	Aquisição de geladeira, sem entrega ou reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ausência de interesse processual, ilegitimidade, ausência de ato ilícito e impugnação do dano material e moral	14.04.2021 Parcial procedência, condenação à restituição e ressarcimento do valor pago a maior no produto que substituiu o que foi inicialmente adquirido e não entregue	Não há
31	5107532-20.2020.8.09.0066	03.03.2020	Aquisição de baterias. Entrega de produto falsificado, sem nota fiscal	Inversão do ônus da prova e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	30.07.2020 Procedência, condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 1.500,00	Recurso conhecido e provido, para majorar a condenação por danos morais para R\$ 3.000,00
32	5117575-94.2020.8.09.0137	09.03.2020	Cobrança indevida por serviço não contratado	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, inaplicabilidade do CDC, decadência, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação do dano material e moral	10.09.2020 Parcial procedência, condenação de restituição dos valores pagos	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida

33	5129600-742020.8.09.0094	13.03.2020	Aquisição de notebook, sem entrega	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, ausência de responsabilidade, impossibilidade de cumprimento, ausência de ato ilícito	30.06.2020 Parcial procedência, restituição dos valores pagos e condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 3.000,00	Recurso conhecido e provido, para afastar os danos morais
34	5132305-77.2020.8.09.0051	16.03.2020	Aquisição de mochila, cancelamento unilateral da compra	Inversão do ônus da prova e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	10.09.2020 Procedência, condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 1.000,00	Não há
35	5168996-28.2020.8.09.0007	07.04.2020	Aquisição de notebook, cancelamento unilateral da compra, oferta do produto por valor mais alto	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	14.07.2020 Procedência, condenação à disponibilização do produto no valor inicialmente ofertado e ao pagamento de danos morais em R\$ 1.000,00	Recursos conhecidos e providos para julgar improcedentes os pedidos autorais
36	5211088-77.2020.8.09.0150	08.05.2020	Aquisição de aparelho celular, cancelamento unilateral da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	31.07.2020 Procedência em parte, restituição dos valores pagos e condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 5.000,00	Recurso conhecido e provido, para reduzir os danos morais para R\$ 1.000,00

37	5235542-48.2020.8.09.0142	22.05.2020	Aquisição de notebook, cancelamento unilateral da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	09.10.2020 Parcial procedência, condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 1.000,00	Não há
38	5239936-80.2020.8.09.0051	26.05.2020	Aquisição de cosméticos, sem entrega ou reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	27.04.2022 Procedência em parte, restituição dos valores pagos	Não há
39	5265028-60.2020.8.09.0051	07.06.2020	Aquisição de capa para Kindle, sem entrega ou reembolso	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, ausência de responsabilidade, impossibilidade de cumprimento, ausência de ato ilícito	02.10.2020 Procedência, com condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 2.500,00	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida
40	5275686-45.2020.8.09.0051	05.02.2020	Aquisição de tanque de tinta para impressora, sem entrega ou reembolso	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	14.01.2021 Improcedência	Não há

41	5297706-97.2020.8.09.0029	20.06.2020	Aquisição de aparelho celular com defeito. Ausência de suporte técnico eficiente	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, incompetência, decadência, ausência de responsabilidade, não inversão do ônus da prova, ausência de ato ilícito	25.01.2021 Procedência em parte, condenação à restituição dos valores pagos e danos morais em R\$ 2.000,00	Não há
42	5357005-50.2020.8.09.0014	22.07.2020	Cobrança indevida, sem contratação	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Cerceamento de defesa, ilegitimidade, ausência de ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	13.08.2021 Parcial procedência, com condenação à restituição em dobro e dano moral em R\$ 4.000,00	Recurso conhecido e parcialmente provido, para afastar os danos morais
43	5376166-52.2020.8.09.0012	31.07.2020	Aquisição de churrasqueira elétrica, não entregue	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, impugnação dos danos materiais e morais	27.11.2020 Improcedência	Não há
44	5378426-61.2020.8.09.0073	02.12.2021	Aquisição de teclado para computador, cancelamento unilateral da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, ausência de responsabilidade, impugnação dos danos materiais e morais	13.07.2021 Procedência, condenação à restituição do valor e danos morais em R\$3.000,00	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida

45	5429112-64.2020.8.09.0088	28.08.2020	Aquisição de 2 cadeiras de descanso, cancelamento unilateral da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Não contestada	18.12.2020 Procedência parcial, condenação à restituição do valor e cancelamento da cobrança	Não há
46	5455860-50.2020.8.09.0051	15.09.2020	Aquisição de 3 smarwatch, cancelamento da compra, cobrança indevida, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, impugnação dos danos materiais e morais	07.05.2021 Procedência parcial, condenação restituição em dobro e dano moral em R\$ 4.000,00	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida
47	5466014-30.2020.8.09.0051	21.09.2020	Aquisição de notebook, cancelamento da compra, alegação de preço incorreto	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Não contestada	03.02.2021 Improcedência	Não há
48	5520487-16.2020.8.09.0002	20.10.2020	Cobrança indevida, serviços não contratados	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, inaplicabilidade do CDC, ausência de ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	05.03.2021 Procedência parcial, condenação à restituição em dobro e dano moral em R\$ 4.000,00	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida

49	5551758-28.2020.8.09.0007	04.11.2020	Aquisição de console PlayStation 4, entrega sem nota fiscal, cancelamento da compra, sem reembolso do frete	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	23.03.2021 Parcial procedência, condenação em danos morais em R\$ 3.000,00	Recurso conhecido e parcialmente provido, para reduzir os danos morais impostos.
50	5552268-72.2020.8.09.0029	04.11.2020	Aquisição de aparelho celular, sem entrega	Inversão do ônus da prova, rescisão, restituição e danos morais	Ilegitimidade, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	09.02.2021 Procedência Parcial, condenação a restituição do valor e danos morais em R\$ 2.000,00	Recurso conhecido e provido, para afastar os danos morais
51	5171377-35.2020.8.09.0106	12.11.2020	Aquisição de aparelho celular e cobrança indevida	Inversão do ônus da prova, suspensão da cobrança e danos morais	Ilegitimidade, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	18.12.2020 Parcial procedência, declaração de nulidade de financiamento automático	Não há

52	5616176-33.2020.8.09.0020	02.12.2020	Aquisição de Kit motor portão elétrico, cancelamento unilateral, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	10.05.2022 Improcedência	Não há
53	5641647-55.2020.8.09.0051	14.12.2020	Aquisição de óculos, com defeito – falsificação	Inversão do ônus da prova, entrega do produto original e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	26.05.2021 Procedência dos pedidos, determinação de substituição dos óculos e danos morais em R\$ 3.000,00	Recurso conhecido e provido, para declarar a incompetência dos Juizados Especiais e extinguir o feito, nos termos do artigo 51, II, da Lei 9.099/95
54	5038481-30.2021.8.09.0051	28.01.2021	Aquisição de Console PlayStation 5 e controle, produto extraviado, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	29.11.2021 Improcedência	Não há

55	5065642-50.2021.8.09.0007	11.02.2021	Aquisição de E-Reader de E-book com defeito, sem restituição ou assistência técnica	Inversão do ônus da prova, substituição ou restituição e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	17.06.2021 Procedência, com condenação à restituição e danos morais em R\$ 3.000,00	Não há
56	5075662-65.2021.8.09.0051	17.02.2021	Aquisição de Smart Speaker e Controle Remoto Lite por voz, cancelamento unilateral, reembolso em vale-presente e oferta de produtos inferiores e de valores mais altos	Inversão do ônus da prova, substituição do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	15.03.2022 Improcedência	Não há
57	5116385-29.2021.8.09.0051	10.03.2021	Aquisição de Smart Speaker e Controle Remoto Lite por voz, cancelamento unilateral,	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	10.11.2021 Improcedência	Não há

58	5117928-05.2021.8.09.0007	11.03.2021	Aquisição de E-Reader de E-book com defeito, sem restituição ou assistência técnica	Inversão do ônus da prova, substituição ou restituição e danos morais	Litispêndência	07.04.2021 Extinção do feito, reconhecimento de litispêndência	Não há
59	5148748-69.2021.8.09.0051	29.11.2021	Aquisição de pacotes de fraldas descartáveis, sem entrega ou reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	10.11.2021 Improcedência	Não há
60	5215477-63.2021.8.09.0088	03.05.2021	Aquisição de produtos cosméticos, cancelamento unilateral por erro no valor, reembolso por vale-presente	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	24.08.2021 Improcedência	Não há

61	5222987-44.2021.8.09.0051	06.05.2021	Aquisição de um Kindle e E-Reader, sem entrega ou reembolso. Aquisição de novo produto com defeito	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	03.10.2021 Improcedência	Não há
62	5225782-23.2021.8.09.0051	07.05.2021	Aquisição de conjunto de facas, cancelamento unilateral	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	08.10.2021 Improcedência	Não há
63	5232413-80.2021.8.09.0051	12.05.2021	Aquisição de Mangás, entrega parcial, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	30.11.2021 Improcedência	Não há

64	5255414-94.2021.8.09.0051	24.05.2021	Aquisição de bicicleta elétrica, cancelamento unilateral da compra, disponibilidade do produto por valor superior,	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	27.09.2021 Procedência, condenação à entrega do produto ou similar, em 40 dias	Recurso conhecido e provido. Sentença reformada para julgar improcedentes os pedidos iniciais
65	525505-87.2021.8.09.0051	24.05.2021	Aquisição de bicicleta elétrica, cancelamento unilateral da compra, disponibilidade do produto por valor superior,	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	02.08.2021 Procedência, condenação à entrega do produto, sob pena de multa diária, e danos morais de R\$ 5.000,00	Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida

66	5356864-18.2021.8.09.0007	15.07.2021	Aquisição de "Cozinha suspensa modular autossustentável escorredor 20 peças", cancelamento por desistência da oferta	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	16.12.2021 Improcedência	Não há
67	5372602-11.2021.8.09.0051	19.07.2021	Aquisição de uma geladeira, cancelamento unilateral do pedido, por divulgação de valor incorreto	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	11.04.2022 Improcedência	Não há
68	5381959-15.2021.8.09.0051	23.07.2021	Aquisição de Notebook e mouse, com cancelamento unilateral do pedido, por divulgação de valor incorreto	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	29.03.2022 Improcedência	Não há
Revista do TRF da 1ª Região, Brasília, DF, ano 36, n. 3, e3632405, 2024.							36

69	5383981-32.2021.8.09.0088	26.07.2021	Aquisição de 2 Smartwatch, com cancelamento da compra, sem reembolso	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	27.09.2021 Procedência em parte, restituição dos valores	Não há
70	5388369-12.2021.8.09.0012	28.07.2021	Aquisição de livros, não entregues	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	16.08.2021 Improcedência	Não há
71	5458619-85.2021.8.09.0007	08.01.2021	Aquisição de geladeira, cancelamento de compra	Inversão do ônus da prova, entrega do produto e danos morais	llegitimidade, não inversão do ônus da prova, impugnação à justiça gratuita, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, preço vil, impugnação dos danos materiais e morais	18.04.2022 Improcedência	Não há

72	5521909-08.2021.8.09.0029	Segredo de Justiça	Segredo de Justiça	Segredo de Justiça	Segredo de Justiça	Segredo de Justiça	Segredo de Justiça
73	5540118-56.2021.8.09.0051	15.10.2021	Disponibilização de ferramenta tecnológica apta a criação de livros que incitam suicídio	Inversão do ônus da prova, retirada de conteúdo de incitação ao suicídio e danos morais coletivos	Não citado	03.11.2021 Extinção por litispendência	Não há
74	5567878-92.2021.8.09.0046	14.09.2021	Cobrança indevida por serviços de streaming cancelados	Inversão do ônus da prova, rescisão e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, impugnação da justiça gratuita, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	08.06.2022 Procedência, condenação por danos morais em R\$ 1.000,00	Recurso conhecido e desprovido
75	5608165-10.2021.8.09.0075	19.11.2021	Cobrança indevida por serviços de streaming cancelados	Inversão do ônus da prova, rescisão, restituição e danos morais	Não foi citado	20.04.2022 Indeferimento da inicial	Não há
76	5675629-26.2021.8.09.0051	17.12.2021	Aquisição de produtos de papelaria e suplementos alimentares e cobrança indevida	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	21.07.2022 Procedência parcial, restituição do valor indicado	Não há

77	5015491-77.2022.8.09.0029	13.01.2022	Aquisição de livros, sem entrega e reembolso	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	22.09.2022 Procedência, condenação por danos morais em R\$ 2.000,00	Não há
78	5095258-98.2022.8.0051	22.02.2022	Aquisição de 2 aparelhos celulares, cancelamento parcial da compra, cobrança indevida	Inversão do ônus da prova, restituição e danos morais	Illegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	02.06.2022 Homologação de transação	Não há
79	5192056-24.2022.8.09.0051	01.04.2022	Aquisição de 2 aparelhos de ar condicionado, cancelamento unilateral da compra e nova oferta por valor superior	Inversão do ônus da prova, entrega de produto e danos morais	Não foi citado	02.06.2022 Extinção por abandono processual	Não há

80	5194160-40.2022.8.09.0131	04.04.2022	Aquisição de livros com defeitos de impressão e estragados	Inversão do ônus da prova e substituição do produto	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	20.05.2022 Homologação de transação	Não há
81	5207342-77.2022.8.09.0007	08.04.2022	Aquisição de Ring Light, cancelamento unilateral da compra e nova oferta por valor superior	Inversão do ônus da prova, entrega de produto e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	03.08.2022 Improcedência	Não há
82	5249263-78.2022.8.09.0051	30.04.2022	Aquisição de 1 computador, cancelamento unilateral da compra e nova oferta por valor superior	Inversão do ônus da prova, entrega de produto e danos morais	Não citado	05.05.2022 Homologação de desistência	Não há

83	5265659-02.2022.8.09.0029	07.05.2022	Cobrança indevida por serviços de streaming não contratados	Inversão do ônus da prova, repetição de indébito e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de interesse processual, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	04.10.2022 Improcedência	Não há
84	5343921-32.2022.8.09.0007	10.06.2022	Aquisição de fones de ouvido, cancelamento unilateral da compra	Inversão do ônus da prova e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos morais	13.09.2022 Improcedência	Não há
85	5390767-77.2022.8.09.0114	03.07.2022	Aquisição de diversos produtos eletrônicos, compra cancelada unilateralmente e conta bloqueada	Inversão do ônus da prova e danos morais	Ilegitimidade, impugnação à gratuidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos morais	25.10.2022 Improcedência	Não há

86	5426132-61.2022.8.09.0093	20.07.2022	Aquisição de produto eletrônico, entrega de produto inferior e ausência de substituição	Inversão do ônus da prova, entrega de produto e danos morais	Ilegitimidade, não inversão do ônus da prova, ausência de responsabilidade, ausência de ato ilícito, impugnação dos danos materiais e morais	08.08.2022 Determinação de arquivamento	Não há
87	5543885-68.2022.8.09.0051	06.09.2022	Suspensão de conta/seller e bloqueio do valor de vendas unilateral	Inversão do ônus da prova, desbloqueio, restituição de valores e danos morais	Não citado	10.10.2022 Homologação de desistência	Não há
88	5548246-31.2022.8.09.0051	08.09.2022	Cobrança indevida de serviço não contratado	Inversão do ônus da prova, restituição de valores e danos morais	Não citado	28.09.2022 Extinção por abandono processual	Não há

Pragmatismo e modulação de efeitos em controle de constitucionalidade envolvendo matéria tributária

Pragmatism and modulation of effects in constitutionality control involving tax matter

Artigo recebido em 15/03/2024 e aprovado em 19/06/2024.

Marciano Buffon

Doutor em Direito do Estado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com estágio de pesquisa na Universidade de Coimbra, Portugal; professor de Direito Tributário do Programa de Pós-Graduação em Direito e da graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Jordana Franzen Reinheimer

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) da Capes; especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/RS; graduada em Direito pela Universidade Feevale.

Resumo

Propõe-se uma reflexão acerca da possível interação entre o pragmatismo jurídico e a modulação de efeitos em matéria tributária, com o objetivo de analisar a ocorrência de juízos de natureza pragmatista nessas decisões. Para a realização do estudo, inicialmente, foram definidos os principais pontos relacionados ao pragmatismo jurídico e suas matrizes consequencialista, contextualista e antifundacionalista. Em um segundo momento, buscou-se expor as linhas gerais da modulação de efeitos no Brasil, notadamente, os requisitos descritos no art. 27 da Lei 9.868/1999, como hipótese de mitigação da teoria da nulidade da norma inconstitucional adotada no sistema brasileiro. Por fim, com base nas premissas até então estabelecidas, foram analisados, criticamente, os julgamentos na ADI 6.707 e do RE 574.706, no sentido de identificar, ou não, uma abordagem pragmática de seus julgadores no momento da modulação de efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: direito tributário; modulação dos efeitos; princípio constitucional.

Abstract

A reflection is proposed on the possible interaction between legal pragmatism and the modulation of effects in tax matters, with the aim of analyzing the occurrence of judgments of a pragmatist nature in these decisions. To carry out the study, initially, the main points related to legal pragmatism and its consequentialist, contextualist and anti-foundationalist matrices were defined, in a second moment, we sought to expose the general lines of effect modulation in Brazil, notably, the requirements described in art. 27 of Law 9,868/99, as a hypothesis to mitigate the theory of nullity of the unconstitutional norm adopted in the Brazilian system. Finally, based on the premises previously established, the judgments of ADI 6707 and RE 574706 were critically analyzed, in order to identify or not a pragmatic approach of their judges, when modulating the effects of decisions made in control. of constitutionality.

Keywords: tax law; modulation of effects; constitutional principle.

1 Introdução

Neste estudo, propõe-se uma reflexão acerca do pragmatismo jurídico e a modulação de efeitos em matéria tributária. Busca-se analisar a ocorrência de juízos de natureza pragmatista nas decisões de modulação de efeitos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como base os fundamentos utilizados no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.707 e no Recurso Extraordinário 574.706.

De início, torna-se essencial debater os principais pontos atinentes ao pragmatismo, de modo a estabelecer sua diferenciação com o pragmatismo filosófico e o jurídico, nesse tópico serão analisados os conceitos de pragmatismo cotidiano de Richard Posner, bem como verificadas as principais características do pragmatismo aplicável ao Direito.

Em um segundo momento, cabe discorrer sobre o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro e os efeitos dessas decisões, nesse ponto, toma destaque a possibilidade de modulação, baseada na Lei 9.868/1999 e seus requisitos autorizadores, quais sejam, as razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Estabelecidas as premissas iniciais, será realizado o estudo de dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade envolvendo matéria tributária, o primeiro selecionado em razão de ser um dos últimos julgamentos em controle concentrado em que verificada a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ADI 6.707) e o segundo, devido à sua notória repercussão no meio jurídico (RE 574.706).

A metodologia do presente estudo possui abordagem qualitativa e descritiva, desenvolvendo a temática a partir de pesquisa bibliográfica, realizada de forma sintetizada, com base na seleção de livros, artigos e periódicos. Em relação à fundamentação teórica, os métodos de estudo a serem realizados são o hermenêutico e o dedutivo, essa perspectiva se volta principalmente para a teoria da Constituição como instituidora do Estado Democrático de Direito, e como instrumento norteador de toda a ação do poder estatal.

2 O pragmatismo jurídico e seus contornos

Antes de adentrar ao objetivo deste trabalho, o qual, conforme já adiantado, busca analisar a ocorrência de juízos de natureza pragmatista nas decisões de modulação de efeitos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo em matéria tributária, torna-se necessário estabelecer algumas premissas iniciais, as quais guiarão a análise dos casos posteriormente proposta. Para tanto, neste primeiro tópico serão debatidos os principais pontos atinentes ao pragmatismo aplicável ao Direito, de modo a definir quais as suas principais características.

O termo pragmatismo comporta inúmeras definições, a depender da corrente filosófica que o sustenta. Em sua acepção filosófica, o pragmatismo clássico foi defendido por pensadores como Charles Peirce, William James e John Dewey, em que pese tais correntes possuam algumas distinções, seus estudos estruturaram a base do pragmatismo filosófico. Nos termos de Mendonça (2014, p. 29), “pode-se dizer que, a partir do percurso teórico representado pela tríade, o pragmatismo passou de um método lógico para uma teoria ética, chegando a se tornar uma teoria social.”

No que interessa ao presente estudo, o pragmatismo aplicável ao Direito difere do pragmatismo filosófico. Por sua vez, o pragmatismo filosófico está atrelado à academia, à técnica e à abstração. O pragmatismo jurídico, em linha gerais, adota uma postura prática voltada para resolução de problemas. Fazendo referência ao estudo de Richard A. Posner, um dos grandes pensadores do pragmatismo aplicável ao Direito, Mendonça (2014, p. 40) ressalta a diferença entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo cotidiano de Posner, segundo o qual, “o pragmatista filosófico é o sujeito que explica que o senso comum é um bom método para solucionar problemas, enquanto o pragmatista cotidiano é quem vai lá e os resolve.”

Em sua obra “Direito, pragmatismo e democracia”, Richard A. Posner (2010, p. 67) afirma que o pragmatismo cotidiano possui uma concepção de realidade, “significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos.” Posner desenvolveu o conceito de pragmatismo aplicável ao Direito, independente da concepção filosófica, esse pragmatismo aplicável ao dia a dia do jurista é por ele denominado de pragmatismo cotidiano.

Mendonça (2014, p. 40) afirma que: “Posner acredita que a grande contribuição da Filosofia pragmática para a abordagem pragmática do Direito foi a de ajudar a perceber que utilizar a teoria abstrata para guiar e restringir a ação política e judicial não passa de um ‘sonho.’” Pensamento que demonstra um evidente afastamento da utopia de um sistema jurídico totalmente independente dos demais sistemas sociais.

Nessa linha de pensamento, na concepção cotidiana do pragmatismo, os juízes devem preocupar-se com o contexto geral, com a opinião pública, no momento da tomada de suas decisões. Essa afirmação pode ser extraída de diversos trechos da já mencionada obra de Posner, nos quais o autor refere que os juízes devem atentar à opinião pública e às políticas de governo na ocasião de sua decisão, nos termos do autor:

Os juízes também têm que se preocupar que, se se opuserem à opinião pública de forma muito vigorosa, os ramos políticos (mais precisamente, os mais políticos) do governo vão se rebelar e cortar as asas dos juízes. Uma prudência constante deve, portanto, reinar nas asserções mais agressivas dos juízes. (Posner, 2010, p. 64).

Ainda, Posner (2010, p. 64) afirma que o juiz pragmático não possui dogmas que vinculam sua tomada de decisões, ele pode utilizá-los ou não como instrumento de sua decisão, conforme o próprio autor esclarece:

O juiz pragmático não incorpora a análise custo-benefício ou qualquer outro aspecto da economia como dogma (economia do bem-estar, derivada por exemplo do utilitarianismo). Ele só a usa se ela o ajudar a identificar e pesar as consequências de decisões alternativas..

Sobre o pragmatismo no Direito, Streck (2020, p. 346) afirma que o juiz pragmatista procura descobrir qual seria a melhor decisão para o caso, levando em consideração as consequências de seu julgamento. No modelo pragmatista, a lei é apenas mais um recurso disponível ao julgador, apenas mais uma fonte para a tomada de decisão, “trata-se de decidir o que é melhor para a comunidade política, sem que haja uma consideração de direitos contramajoritários, ou de princípios institucionais que constrem a atividade judicial.” Nos termos do autor:

[...] o juiz pragmatista estaria preocupado em descobrir a melhor decisão, isto é, aquela cujas consequências estiverem mais ajustadas às necessidades humanas e sociais. Ele estaria interessado nas consequências que seu julgamento poderia acarretar e, para tanto, a lei lhe serviria apenas como um dos muitos recursos (extrajurídicos, inclusive) que estão a sua disposição no momento da interpretação - tornando-se apenas mais uma dentre as variadas fontes de informação que orientam sua atividade decisória (Streck, 2020, p. 344).

Por sua vez, Mendonça (2014, p. 46) afirma que o objetivo do pragmatismo jurídico “é resolver os problemas jurídicos com todas as ferramentas que estejam à mão, incluindo o uso de precedentes, da tradição, de textos normativos e de políticas públicas”. Na perspectiva do autor, muitas vezes os juízes atuam como pragmatistas, projetando as consequências de suas decisões e depois buscando argumentos que possam embasar sua decisão.

Teresa Melo (2021, p. 186) aborda o pragmatismo no sentido de que a doutrina reconhece a existência de três elementos definidores de sua matriz: o consequencialismo, o contextualismo e o antifundacionalismo. O consequencialismo seria definido como “à análise prévia dos efeitos práticos do ato, na tentativa de antecipação de suas consequências, dentro das concepções de que os atos devem ser medidos pela diferença que produzem no mundo”; Contextualismo representaria a “ideia de que as decisões devem ter por base o contexto social, histórico, político e cultural em que foram tomadas, na tentativa de se inserirem na realidade, e não de afastarem-se dela” e o antifundacionalismo, “refere-se à negação de dogmas e de verdades preestabelecidas, ou seja, das ‘fundações’ construídas e reproduzidas sem que necessariamente se verifiquem no mundo real.”

Para Martins (2020, p. 7) “o pragmatismo jurídico consiste em um método argumentativo de justificação da tomada de decisão pelo aplicador do Direito”, em complemento, a linha pragmatista fomenta a utilização de argumentos práticos e inseridos em um contexto social, nos termos do autor:

[...] o pragmatismo jurídico atribui mais importância às ideias (típicas do pragmatismo filosófico clássico) relacionadas às consequências e resultados práticos na orientação do pensamento humano. Os aplicadores do Direito não são estimulados a tomar decisões ad hoc, sem qualquer compromisso com o contexto e com as consequências dos seus atos, sejam elas imediatas ou sistêmicas. O pragmatismo jurídico encoraja que o debate jurídico ocorra próximo às discussões e aos problemas empíricos, devendo-se apenas utilizar as abstrações e conceitos que promovam argumentações com relevância prática para o contexto e que estejam empiricamente fundadas.

Especificamente em relação à modulação de efeitos (Melo, 2021) afirma que é uma técnica de decisão pragmatista, pois estariam inseridos os três elementos da matriz pragmatista: contextualismo, antifundacionalismo e consequencialismo. Em suas razões, defende que o afastamento da regra de nulidade da lei inconstitucional caracterizaria o antifundacionalismo que o estudo do contexto fático, político, dentre outras, para aplicação do instituto. Afigura-se sua face contextualista e a tentativa de analisar os produtos que a decisão poderá ocasionar na esfera consequencialista do instituto em tela.

Estabelecidas as premissas quanto às características do pragmatismo aplicável ao Direito, passa-se a analisar a modulação de efeitos no Brasil e suas peculiaridades envolvendo matéria tributária, a fim de que se possa investigar a existência ou não dos elementos da matriz pragmatista ora expostos, nos julgados que serão analisados na sequência.

3 Modulação de efeitos em matéria tributária

Em um segundo momento, cabe discorrer acerca da modulação de efeitos em matéria tributária, de modo a estabelecer as premissas necessárias para investigar se houve uma abordagem pragmática do Direito nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal selecionadas para o estudo.

No que atine às peculiaridades que envolvem a matéria tributária, o Brasil é um país que *Constitucionalizou* as normas de Direito Tributário, tendo em vista que, exaustivamente, tratou de dispor acerca das regras de competência, dos princípios aplicáveis e garantias dos contribuintes. Por essa razão, a maioria das discussões judiciais envolvendo tributação chega ao Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade (Coelho, 2016).

No que se relaciona ao controle de constitucionalidade brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece instrumentos para a realização do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, controle que pode ser realizado de forma preventiva ou repressiva à edição da lei ou ato normativo. Além do controle exercido no procedimento de criação desses instrumentos jurídicos, cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade repressivo, aquele decorrente da análise de compatibilidade da norma para com a Constituição, após sua entrada em vigor no ordenamento jurídico (Ciconetti, 2018).

Em relação aos seus efeitos jurídicos, no modelo brasileiro, quando o STF julga uma questão posta em causa, o entendimento consolidado hoje no Brasil é de que essas decisões têm o efeito de declarar a inconstitucionalidade das leis e, conseqüentemente, a sua nulidade, fato que por si só conduziria à automática atribuição da eficácia temporal *ex tunc* a esta declaração (Zavascki, 1999).

Streck (2019, p. 429) afirma que a atribuição de eficácia *ex tunc* nas ações de inconstitucionalidade é uma herança norte-americana no qual a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos de nulificar a lei desde sua origem. O autor explica que isso se deve ao fato de que, ao declarar uma inconstitucionalidade, o STF comunica algo que sempre existiu “ou seja, o efeito é declaratório, e não constitutivo. Por isso, a lei, se contrária à Constituição, é nula desde o nascedouro, sendo que qualquer efeito a ela reconhecido seria concebido como uma provisória ou parcial suspensão da Constituição.”

Assim, em regra, os efeitos gerados pela norma declarada inconstitucional sobre as relações jurídicas praticadas durante o período em que estava em vigor são desfeitos, tornam-se sem efeitos, ao passo que uma vez reconhecida sua incompatibilidade com a Carta Magna, em sua totalidade, ou parcialmente – nos casos em que há supressão de apenas alguns dispositivos da lei – a lei ou ato normativo em questão é expurgado do Ordenamento Jurídico Pátrio, de modo a ser restabelecido o *status quo* ante sua publicação, como se ela jamais tivesse existido.

Por vezes, a regra da nulidade e seus efeitos retroativos esbarram em situações que carecem de um juízo de exceção, isso porque, a imediata e automática retroação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, nesses casos, acabaria por gerar efeitos nefastos às próprias partes envolvidas, em um evidente contrassenso aos objetivos da tutela jurídico-constitucional (Ciconetti, 2018).

Acerca da possibilidade de modulação dos efeitos dessas decisões, em 10 de novembro de 1999, entrou em vigor no Brasil a Lei 9.868/1999, a qual, além de estabelecer os procedimentos do processo e do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, inaugurou, legislativamente, a possibilidade de modulação da eficácia das decisões de declarações de inconstitucionalidade.

Assim, no contexto brasileiro, o art. 27 da Lei 9.868/1999 estabelece os requisitos para a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade, quais sejam, razões de segurança jurídica e excepcional interesse social:

Art. 27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Muita discussão pode ser encontrada na doutrina brasileira sobre o conceito das duas hipóteses autorizadas da modulação de efeitos: razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, tendo em vista que representam conceitos jurídicos indeterminados (Ávila, 2009). Essa característica torna o instituto em questão objeto

de inúmeras críticas, sobretudo, em razão da subjetividade que pode ser empregada no momento da aferição da ocorrência dessas hipóteses no caso concreto, especialmente quando a discussão envolve norma tributária. Nesses casos, considerando que os interesses da Fazenda Pública restam envolvidos, muitas vezes, essas hipóteses acabam sendo caracterizadas/desvirtuadas por argumentos de ordem econômica/orçamentária.

Não se pretende aprofundar esse ponto no presente estudo, o que importa para o momento é destacar que o instituto da modulação de efeitos possui lei específica (Lei 9. 868/1999) que determina sua possibilidade nos casos em que for verificada a necessidade de preservação da segurança jurídica e de excepcional interesse social. Ainda, o instituto da modulação de efeitos apenas reforça o dogma da teoria da nulidade da norma inconstitucional no cenário brasileiro, ao passo que considera possível sua mitigação apenas em determinados casos excepcionais, nos quais se verificam as referidas hipóteses autorizadoras.

4 Modulação dos efeitos em matéria tributária: casos paradigmáticos

Estabelecidas as premissas acerca do pragmatismo e sua relação com a modulação dos efeitos em matéria tributária, resta analisar se nas decisões selecionadas é possível verificar traços do emprego de uma abordagem pragmática pelos seus julgadores. Para a realização dessa tarefa foram selecionados dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade envolvendo matéria tributária, o primeiro foi selecionado em razão de ser um dos últimos julgamentos em controle concentrado em que foi verificada a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ADI 6.707) e o segundo, foi selecionado devido à sua notória repercussão no meio jurídico, de modo que, pode ser classificado como um dos casos mais populares de modulação de efeitos em matéria tributária (RE 574.706).

Esclarecidas as razões que levaram à escolha dos casos objeto de estudo na presente pesquisa, passa-se a analisá-los de forma pormenorizada.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.701 foi ajuizada contra a Lei 4.138/1988, do Estado do Espírito Santo, que elegeu o Banco do Estado do Espírito Santo como instituição financeira responsável pela administração de depósitos judiciais estaduais, e contra a Lei 8.386/2006, do mesmo Estado, que instituiu sistema de gerenciamento de depósitos judiciais, destinando ao Poder Judiciário parcela dos resultados financeiros obtidos com a aplicação desses valores.

No julgamento da ação, o STF entendeu que a inconstitucionalidade dessas leis decorre, não só da existência de vício formal de competência, tendo em vista que cabe à União legislar sobre direito processual e disciplinar o Sistema Financeiro Nacional (arts. 22, I e VII; 192; e 24, I, da CF), mas também, por ofensa ao direito de propriedade dos jurisdicionados, considerando que os depósitos judiciais são de propriedade de particulares litigantes em processo judicial. O acórdão desse julgado foi assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E FINANCEIRO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS ESTADUAIS. SISTEMA DE GERENCIAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. CONHECIMENTO PARCIAL. PROCEDÊNCIA. MODULAÇÃO DE EFEITOS.

1. Ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 4.138/1988, do Estado do Espírito Santo, que define a instituição financeira responsável pela administração de depósitos judiciais decorrentes de processos de competência da Justiça Estadual, e contra a Lei nº 8.386/2006, do mesmo Estado, que institui sistema de gerenciamento de depósitos judiciais e destina ao Poder Judiciário parcela dos resultados financeiros obtidos com a aplicação desses valores.
2. Não conhecimento da ação relativamente à Lei nº 4.138/1988. A ausência de impugnação de todas as normas que integram o conjunto normativo apontado como inconstitucional implica a ausência de interesse de agir do autor. Precedentes.
3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) se consolidou no sentido de que leis estaduais que autorizam a transferência e o uso, pelo Estado, de recursos financeiros correspondentes a depósitos judiciais e extrajudiciais incorrem em vício de inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência da União para legislar sobre direito processual, para disciplinar o Sistema Financeiro Nacional e para editar normas gerais de direito financeiro (arts. 22, I e VII, 192 e 24, I, da CF). Precedentes.
4. Especificamente quanto à previsão de apropriação, pelo Poder Judiciário, de parcela dos rendimentos obtidos com depósitos judiciais, esta Corte também já afirmou a inconstitucionalidade de lei estadual que "fixa a destinação dos rendimentos líquidos decorrentes da aplicação dos depósitos no mercado financeiro e atribui ao Fundo de

Reaparelhamento do Poder Judiciário a coordenação e o controle das atividades inerentes à administração financeira de tal sistema” (ADI 2.909, Rel. Min. Ayres Britto), por entender que a matéria integra a competência legislativa da União.

5. A medida impugnada nesta ação direta suscita efeitos que exigem regulamentação por lei federal, dada a distribuição constitucional de competências legislativas e a necessidade de que se defina, de maneira uniforme e com consideração aos impactos sobre o sistema bancário, a forma de distribuição de eventuais diferenças (spreads) entre os rendimentos decorrentes da aplicação financeira dos valores depositados e a remuneração legalmente prevista para os depósitos judiciais.

6. A lei em exame vigorou por mais de 16 (dezesesseis) anos com presunção formal de constitucionalidade e fundamentou o repasse de valores ao Fundo Especial do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (FUNEPJ), além do seu posterior dispêndio. Em hipóteses semelhantes, o Plenário do STF tem atribuído efeitos prospectivos às decisões proferidas em ações diretas. Precedentes.

7. Ação parcialmente conhecida e, nessa parte, pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 8.386/2006, do Estado do Espírito Santo, com efeitos ex nunc a contar da data da publicação da ata de julgamento. Tese de julgamento: “É inconstitucional, por vício de competência, lei estadual que discipline a transferência, ao Poder Judiciário, dos rendimentos decorrentes da aplicação financeira de depósitos judiciais” (Brasil, 2023).

Quanto ao mérito, a decisão em nada inovou ou merece maiores dilações, o ponto que carece de estudo são os argumentos empregados para o provimento da modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*, ou seja, com efeitos para frente, sem retroação à data de publicação das leis reconhecidamente inconstitucionais.

O fundamento do ministro relator baseou-se no entendimento de que, como a lei vigorou por mais de 16 anos e nesse período fundamentou repasses de valores, a atribuição de efeitos retrospectivos à decisão “criaria situação de difícil equacionamento”. Na sequência, o relator colacionou outros julgados semelhantes, de forma a embasar sua decisão nesses precedentes, nos termos da fundamentação:

Entendo necessária, contudo, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A lei em questão vigorou por mais de 16 (dezesesseis) anos com presunção formal de constitucionalidade e fundamentou o repasse de valores ao Fundo Especial do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (FUNEPJ).

Considerando que os valores transferidos foram manejados pelo poder público ao longo de quase duas décadas, a atribuição de efeitos retrospectivos à declaração de inconstitucionalidade criaria situação de difícil equacionamento.

Em hipóteses semelhantes, o Plenário desta Corte tem conferido efeitos prospectivos às decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade. Vejam-se, a propósito, as seguintes ementas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 12.069/2004, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL, ARTIGO 5º DA LEI ESTADUAL 12.585/2006 E LEI ESTADUAL 14.738/2015, TODAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DISPONIBILIZAÇÃO AO ESTADO DE 95% DOS RECURSOS DE DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA FINALIDADES DISCRICIONÁRIAS. DESACORDO COM AS NORMAS FEDERAIS DE REGÊNCIA. INVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL E SOBRE NORMAS GERAIS DE DIREITO FINANCEIRO (ARTIGOS 22, I, E 24, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO.

[...]

5. A segurança jurídica impe a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais objurgadas, a fim de que a sanatória de um vício não propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional, máxime porque as normas possibilitaram ao Poder Executivo estadual a utilização de percentual dos recursos em finalidades não previstas na legislação federal, que poderiam ficar desamparadas pela aplicação fria da regra da nulidade retroativa.

6. Ação direta de inconstitucionalidade CONHECIDA e julgado PROCEDENTE o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 12.069/2004, em sua redação original, do artigo 5º da Lei estadual 12.585/2006, e da Lei estadual 14.738/2015, todas do Estado do Rio Grande do Sul, com eficácia ex nunc, a partir da data do presente julgamento. (ADI 5.456, Rel. Min. Luiz Fux). [...] (Brasil, 2023).

Importa destacar que não houve pedido expresso para modulação de efeitos elaborado pelas partes do processo, de modo que a modulação foi proposta pelo próprio relator. Outro ponto interessante é o fato de que, em sua fundamentação, sequer houve menção aos requisitos autorizadores desse instituto previstos na Lei 9.986/1999,

segurança jurídica e excepcional interesse social, ao passo que o argumento central se baseou na situação de “difícil equacionamento” considerada pelo relator, termo que torna difícil até mesmo interpretar se relaciona-se com questões econômicas, políticas ou orçamentárias.

Em suma, a decisão pela modulação de efeitos foi baseada no entendimento de que, por estar há mais de 16 anos produzindo consequências jurídicas, a declaração de sua inconstitucionalidade só poderá gerar resultados da data do julgamento para frente, tendo em vista que a nulidade da norma, desde sua publicação, ocasionaria uma situação de difícil “equacionamento”, em decorrência do repasse de valores orientados pela norma, até então presumidamente constitucional, pelo Ente Público no decorrer de quase duas décadas.

Considerando esses argumentos, é possível cogitar a utilização da técnica pragmatista, no sentido de que houve fundamento consequencialista, decorrente do argumento dos efeitos orçamentários que a decisão implicaria para o ente público envolvido.

Igualmente, houve a utilização de um argumento contextualista, esse observado na perspectiva de que o relator ponderou o cenário em que a norma vigorou por mais de 16 anos, e que produziu efeitos nesse período. Ainda, a modulação implementada afastou o dogma da nulidade da lei inconstitucional verificado no Brasil, sem esquecer que, as hipóteses descritas no art. 27 da Lei 9.868/1999 sequer foram suscitadas no julgado, em evidente escolha dos instrumentos que fundamentaram a decisão aparentemente já tomada pelo julgador.

Essa escolha de argumentos realizada juízo pragmatista é debatida pela doutrina de (Streck, 2020) como prejudicial ao próprio Estado Democrático de Direito, tendo em vista a discricionariedade advinda desse juízo de ponderação das consequências, realizado pelo julgador no momento da definição do que seria ou não o melhor para a sociedade, ao passo que essa resposta comporta alta subjetividade.

No julgamento do Tema 69, Recurso Extraordinário 574.706, o Supremo Tribunal Federal foi incumbido de decidir sobre a incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de transporte (ICMS) na base de cálculo das contribuições ao Programa de Interação Social (PIS) e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), situação na qual firmou o entendimento de que: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Após a oposição de embargos de declaração pela União, com pedido de modulação de efeitos dessa decisão, o Supremo Tribunal, por maioria, acolheu o pedido, limitando a produção de efeitos da inconstitucionalidade declarada para após 15/03/2017, data em que foi fixada a referida tese. Cabe destacar que o julgado possui repercussão geral, de modo que surtiu efeitos em âmbito nacional. Conforme se pode extrair da decisão abaixo colacionada:

O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS” -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (Brasil, 2021).

Quanto à limitação dos efeitos desse julgado, como visto, o ordenamento jurídico prevê esta possibilidade, o que de fato se busca chamar a atenção neste estudo são os fundamentos utilizados pelos julgadores para a prolação da referida decisão. Nesse ponto, merece destaque o voto proferido pelo Ministro Nunes Marques no qual é possível observar argumentos políticos/econômicos para embasar sua decisão. Conforme se extrai dos trechos abaixo colacionados, há referência expressa aos impactos que a decisão em tela poderia ocasionar ao orçamento da União, inclusive, com a utilização de termos contábeis/econômicos subsidiando esta fundamentação, nos termos dos excertos abaixo colacionados.

Conforme noticiado nos mais diversos veículos da imprensa, a tese atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é tida por muitos como uma das maiores controvérsias tributárias em trâmite no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Não apenas em função de seu impacto orçamentário, mas mesmo em termos dos efeitos sistêmicos a irradiarem-se por toda nossa estrutura tributária.

Ainda por ocasião do julgamento do mérito do extraordinário, em 2017, já se anunciava, a partir da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a estimativa de impacto financeiro em torno de R\$ 250,3 bilhões. O valor veio a ser reavaliado, constando na atualização do anexo de riscos fiscais referentes à Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020, publicado em 1º de outubro de 2019, o montante de R\$ 246 bilhões para os últimos cinco anos e R\$ 47 bilhões para um ano.

Essa última estimativa – R\$ 246 bilhões – veio contemplada no Balanço Geral da União para o 3º Trimestre de 2020, com respectivo provisionamento do risco fiscal (Tesouro Nacional. Balanço Geral da União – Trimestral. Demonstrações contábeis consolidadas. 3º Trimestre de 2020. Publicado em novembro de 2020. p. 88.).

De acordo com o citado Balanço, o valor provisionado, por si só, corresponderia a 42,96% de todas as provisões para perdas judiciais e administrativas referentes às teses em que envolvida a Procuradoria da Fazenda Nacional e classificadas como de risco provável.

Não estamos diante de qualquer valor indevidamente recolhido pelo contribuinte e possível de ser restituído, mas sim de um quadro excepcional que, em seu conjunto, põe em risco a própria estruturação do Estado e do respectivo equilíbrio orçamentário e financeiro deste. (Brasil, 2021).

Cumprir destacar o trecho da fundamentação em que há menção aos efeitos sistêmicos oriundos da decisão, nos termos do Ministro Nunes Marques (Brasil, 2021), “não apenas em função de seu impacto orçamentário, mas mesmo em termos dos efeitos sistêmicos a irradiarem-se por toda nossa estrutura tributária”, esse fundamento pode ser interpretado como a consideração do julgador, não só considerando o sistema econômico, mas também, perante os demais sistemas sociais, tal como o sistema do direito ou sistema político, o que a final de contas, representa uma preocupação com a própria sociedade e como a sua decisão será encarada/executada nesses sistemas.

A exemplo do que Richard Posner afirma, o juiz pragmatista preocupa-se com o Ente Público, em manter uma boa relação com o governo e seus órgãos, nesse ponto, observa-se que no trecho acima colacionado há menção à ameaça que a decisão poderia acarretar ao Estado, no sentido de que colocaria em risco a sua própria estruturação, em uma evidente preocupação com a opinião pública e até mesmo a política decorrente de sua decisão, aspectos ressaltados por Posner, como de aplicação pragmática do Direito.

5 Considerações finais

Não se pretendeu o esgotar o tema, mas sim, analisar a ocorrência de juízos de natureza pragmatista nas decisões de modulação de efeitos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo em matéria tributária, identificar ou não uma abordagem pragmática dos julgadores, sem propriamente entrar no mérito da legitimidade ou não da técnica em um Estado Democrático de Direito.

Dos julgados analisados, é possível afirmar que são decisões de modulação de efeitos com caráter pragmatista, tendo em vista a caracterização dos três elementos dessa técnica: o contextualismo, o antifundacionalismo e o consequencialismo.

O antifundacionalismo, considerando que nos fundamentos de ambos os casos é afastado o dogma da nulidade dos dispositivos inconstitucionais que impera o Brasil, como herança norte-americana, assim como não houve preocupação na demonstração da efetiva ocorrência das hipóteses autorizadoras da modulação de efeitos: razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, descrita na Lei 9.868/1999.

Em relação ao contextualismo e o consequencialismo, notório que a ocorrência de tais fatores dispensa maiores dilações, tendo em vista que nitidamente houve preocupação dos julgadores quantos aos efeitos econômicos de suas decisões (consequencialismo), bem como, o cuidado para com seus efeitos perante o poder público e seu impacto para a sociedade (contextualismo).

Em suma, restou exposta a ocorrência da técnica pragmatista nos julgamentos da modulação de efeitos ocorridos na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.701 e no Recurso Extraordinário 574.706, considerando suas principais características construídas por Richard Posner e aplicáveis à área do Direito.

Diante da referida constatação, cabe um arremate final em relação às consequências duvidosas da utilização da técnica pragmatista para a sustentabilidade constitucional, notadamente, em relação aos efeitos dessa liberdade conferida ao julgador para aferição da melhor consequência para a sociedade, subjetividade imprópria para um Estado Democrático de Direito.

6 Referências

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.869, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.701*. Recorrente: União. Recorrido: Electro Aço Altona S.A. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5230634>. Acesso em: 2 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 574.706*, Requerente: União. Requerido: Imcopa importação, exportação e indústria de óleos Ltda. Relator: Min. Dias Toffoli, 13 maio 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5230634>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada: Brasil, Itália, Alemanha, França e EUA*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COELHO, Sacha Calmon N. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972509/>. Acesso em: 11 fev. 2024.

MARTINS, Fábio Andrade. O pragmatismo jurídico como método argumentativo de justificação da tomada de decisão pelo aplicador da norma geral antielisiva. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 45, p. 136-154, 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1194>. Acesso em: 12 mar. 2024.

MELO, Teresa. Modulação temporal de efeitos: técnica pragmatista de decisão e parâmetros para sua aplicação. *Revista de Direito Brasileiro*, v. 29, n. 11, p. 184-198, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6067>. Acesso em: 2 fev. 2024.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz do pragmatismo e da razão pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Tereza Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

STRECK, Lenio L. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1999.

Tempo de serviço especial: a (in)constitucionalidade da vedação da conversão de tempo especial em comum após a EC 103/2019.

Special service time: the (un)constitutionality of prohibiting the conversion of special time into common time after EC 103/2019.

Artigo recebido em 31/10/2023 e aprovado em 16/07/2024.

Cláudio Kieffer Veiga

Mestre em direito, professor do Centro Universitário Cesuca.

Amanda Farias Inacio

Bacharela em direito pelo Centro Universitário Cesuca.

Resumo

O presente estudo tem como tema central o tempo de serviço especial no Regime Geral de Previdência Social, mais especificamente a vedação da conversão do tempo especial em comum após a EC 103/2019. O problema de pesquisa proposto é se a vedação da conversão do tempo especial em comum surgida com a promulgação da EC 103/2019 é constitucional. Como objetivo geral busca-se analisar a EC 103/2019 quanto à contagem diferenciada do tempo de serviço especial, a fim de verificar sua constitucionalidade. Quanto aos objetivos específicos: (i) contextualizar o histórico da proteção ao segurado exposto a atividades especiais, por meio da contagem de tempo diferenciada; (ii) analisar a EC 103/2019, frente aos princípios constitucionais da isonomia material, da proporcionalidade e do valor social do trabalho; e (iii) expor as alterações trazidas pela EC 103/2019 em relação à contagem diferenciada do tempo de serviço. Trata-se de pesquisa com abordagem qualitativa-dedutiva e dialógica, aplicando-se procedimento de revisão bibliográfica. Ao final, os resultados obtidos evidenciam que, a vedação da conversão do tempo especial em comum é inconstitucional, pois fere os princípios constitucionais da isonomia material, da proporcionalidade e do valor social do trabalho, bem como, perde-se o caráter protetivo e de valorização do trabalho.

Palavras-chave: Regime geral de Previdência Social (RGPS); aposentadoria especial; tempo de serviço; conversão; vedação.

Abstract

The central theme of this study is special service time in the general social security regime, more specifically the ban on the conversion of special time into common service after EC 103/2019. The proposed research problem is whether the prohibition on the conversion of special time into common time that emerged with the promulgation of EC 103/2019 is constitutional. As a general objective, we seek to analyze EC 103/2019 regarding the differentiated counting of special service time, in order to verify its constitutionality. Regarding the specific objectives: (i) contextualize the history of protection for the insured exposed to special activities, through differentiated time counting; (ii) analyze EC 103/2019, in light of the constitutional principles of material equality, proportionality and the social value of work; and (iii) expose the changes brought by EC 103/2019 in relation to the differentiated counting of service time. This is research with a qualitative-deductive and dialogical approach, applying a bibliographic review procedure. In the end, the results obtained show that prohibiting the conversion of special time into common time is unconstitutional, as it violates the constitutional principles of material equality, proportionality and the social value of work, as well as losing the protective and appreciation of work.

Keywords: General Social Security System; special retirement; length of service / service time; conversion; restriction.

1 Introdução

Ao longo dos anos, a previdência social no Brasil sofreu diversas modificações legislativas, cujo intuito principal sempre foi a busca de um equilíbrio em relação aos custos de manutenção desse sistema. Com o passar do tempo, a expectativa de vida da população brasileira aumentou, em contrapartida, as famílias passaram a ter menos filhos, assim, a população envelheceu consideravelmente. Devido à esmagadora maioria dos segurados em gozo de benefícios previdenciários estar dentre a população idosa, a previdência social passou a ter mais pessoas recebendo benefícios previdenciários em comparação aos segurados em atividade, ou seja, aqueles que ainda estão vertendo contribuições para custear este sistema da previdência. Logicamente, acarretando um desequilíbrio considerável no orçamento da previdência social.

Foi nesse sentido que, em 2019, fora promulgada a Emenda Constitucional 103, a qual afetou institutos e direitos de grande relevância no cenário nacional e que até o momento não haviam sido alterados, dentre eles, a aposentadoria especial e as conversões de tempo especial em comum para fins de cálculo para outras modalidades de aposentadoria por tempo.

O presente artigo tem como tema central da pesquisa o tempo de serviço especial no Regime Geral de Previdência Social, delimitando-se mais especificamente ao que tange à vedação da conversão do tempo especial em comum após a EC 103/2019. Este trabalho busca analisar as alterações quanto à contagem diferenciada do tempo de serviço especial, sob a ótica dos princípios constitucionais da isonomia material, da proporcionalidade e do valor social do trabalho, a fim de verificar a sua legalidade. Para tanto, busca-se especificamente contextualizar o histórico e os conceitos de proteção ao segurado exposto a atividades nocivas à saúde, por meio da contagem de tempo diferenciada, bem como, comparar os direitos desses segurados antes e depois da promulgação da EC 103/2019 e expor os efeitos trazidos pela reforma da previdência, frente aos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, com intuito de verificar se a vedação da conversão do tempo especial em comum após a promulgação da EC 103/2019 seria constitucional.

Cabe ressaltar que a presente pesquisa guarda importância, principalmente nas searas do direito constitucional e previdenciário, no que se refere à necessidade de evitar o desenvolvimento de doenças em decorrência de um trabalho prejudicial à saúde, bem como da necessidade de se indenizar esse trabalhador pelo tempo em que ficou exposto a tal risco à sua saúde.

Para o presente trabalho foi realizada pesquisa com abordagem qualitativa-dedutiva e dialógica, utilizando-se procedimento de revisão bibliográfica, através do uso de legislações, jurisprudências, doutrinas e revistas científicas.

A fim de alcançar os objetivos almejados, este artigo se estruturará em oito capítulos, sendo eles da seguinte forma: o primeiro capítulo corresponderá à introdução. No segundo capítulo, primeiramente, serão resgatadas as mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 quanto à seguridade social e sua proteção previdenciária, ainda no mesmo capítulo, em subtópicos, serão expendidas considerações quanto à previdência social e aos benefícios do Regime Geral de Previdência e suas carências. No terceiro capítulo, serão elencados pontos sobre a aposentadoria especial antes da EC 103/2019. Já no quarto capítulo, serão apresentadas as alterações trazidas pela EC 103/2019 em relação à contagem do tempo de serviço especial. Os capítulos de número cinco, seis e sete trarão considerações quanto aos princípios constitucionais da isonomia material, da proporcionalidade e do valor social do trabalho, respectivamente. Por fim, o capítulo oito trará as considerações finais.

2 As mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 quanto a Seguridade Social e sua proteção previdenciária

Primeiramente, é mister ressaltar que o Brasil, sem sombra de dúvidas, deu início a uma nova era no campo do direito, após anos de regime militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nesse sentido:

É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao país (Barroso, 2006, p. 41).

Isso posto, é necessário compreendermos como o nosso Estado age em relação à proteção social dos indivíduos:

O Estado, revestido de Estado Social, portanto, normatiza e delimita os mecanismos de aplicação efetiva da proteção. É dele a responsabilidade de ampliar o rol de sujeitos protegidos, distribuindo e selecionando benefícios e serviços à população, conforme a necessidade de cada país (Ladenthin, 2020, p. 78).

Quanto ao formato de Estado, muito embora no Brasil tenhamos a forma de Estado Democrático de Direito, a definição quanto ao Estado Social se encontra subentendida na Constituição Federal de 1988, devido às novidades trazidas no que diz respeito aos direitos fundamentais:

[...] Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal (Bonavides, 2011, p. 373).

E foi visando concretizar tal ampliação de direitos e da proteção social aos indivíduos que “A Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988 entendeu ser a hora de positivizar, em Texto Constitucional, um amplo sistema de proteção social, o qual denominou de seguridade social” (Meirinho, 2022).

Assim, a própria Constituição Federal prevê em seu art. 193:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas (Brasil, 1988, art. 193).

Nessa linha, quanto à seguridade social, foi reservado pelo constituinte um lugar apartado a ela e aos direitos por ela protegidos:

O sistema de Seguridade Social eleito foi construído sobre os pilares trazidos pelos novos valores e fundamentos elencados no preâmbulo e nos artigos 1º e 3º da Constituição, e foi inserido em um capítulo à parte, distinto dos direitos dos trabalhadores, dentro da Ordem Social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social (Serafin; Reupke; Jacobsen, 2021, p. 721-722).

E é justamente nesse sentido, de promover condições que garantam a justiça social aos indivíduos, que atua o sistema de seguridade social:

E a chave para a compreensão de todo o Sistema de Seguridade Social é a Ordem Social, que destaca o primado do trabalho como objetivo de bem-estar e de justiça social (art. 193 da CFRB/88), acima de qualquer outro fator econômico, já que é nele que o homem alcança a dignidade (Ladenthin, 2021).

Assim, restou evidente o caráter protetivo do qual a seguridade social foi revestida, em consonância com o cunho garantidor da, então nova, Constituição Federal:

A Seguridade Social, cujo modelo vincula as políticas de saúde, previdência e assistência social, representou uma das maiores conquistas no campo democrático e exigiu duros embates em torno da sua natureza integradora e das garantias públicas [...] (Cartaxo; Cabral, 2022).

Ao se falar nesse conceito tão importante, é necessário compreendermos que “a seguridade social, no presente, é entendida como um amplo sistema de proteção social, pois abrange não apenas a previdência social, mas a assistência social e também a saúde” (Garcia, 2022, p. 11).

Essa definição quem nos trouxe foi a própria Constituição Federal em seu art. 194: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (Brasil, 1988, art. 194). Dentre a referida gama de direitos abrangidos pela seguridade social, no presente artigo nos prenderemos à previdência social, a qual será detalhada a seguir.

2.1 Da previdência social

Num primeiro momento, cabe evidenciar que a Constituição de 1988 carrega, entranhado em si, o intuito do constituinte originário de proteção às desigualdades sociais, buscando promover a igualdade e a justiça entre as pessoas, desde o seu preâmbulo até sua última disposição, em observância aos direitos e garantias fundamentais, os quais são divididos em três dimensões, cabendo-nos agora esclarecermos quanto a segunda dimensão:

[...] podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (Sarlet, 2018, p. 48).

E é nesse sentido que, quanto à previdência social, a Carta Magna permitiu-lhe integrar o grupo dos direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Brasil, 1988, art. 6).

Mas o que, afinal, vem a ser esta previdência social?

A Previdência Social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica ou outros que a lei considera exigirem um amparo financeiro ao indivíduo, mediante prestações pecuniárias (os chamados benefícios previdenciários) ou serviços (Lazzari; Castro, 2023, p. 25).

Basicamente, a previdência social se presta a amparar os segurados em circunstâncias de vulnerabilidade financeira involuntária, quer estejam relacionadas a acidentes do trabalho (eventos de infortúnica) quer sejam oriundas de causas diversas, como idade avançada, dentre outras:

O objetivo do sistema previdenciário, assim, é cobrir as contingências sociais indicadas, entendidas como eventos ou situações que deixamos beneficiários (ou seja, segurados ou dependentes) sem condições de prover a subsistência, por meio da concessão, mediante contribuição, dos benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por incapacidade permanente, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, salário-família, auxílio-reclusão, pensão por morte (Garcia, 2022, p. 188).

Como podemos ver, por ser norteadada pelo princípio da justiça social, a previdência busca abarcar um grande número de circunstâncias que poderiam deixar o segurado ou seus dependentes em situação de vulnerabilidade financeira involuntária:

Nessa perspectiva, percebe-se que todos os eventos da vida humana são objetos de intervenção e proteção oriundas do direito previdenciário e sua legislação, visando sempre manter a justiça e seguridade social através da concessão de seus benefícios previdenciários (Lang; Ningeliski, 2022, p. 1344).

Atualmente, existem no país três regimes de previdência, quais sejam, o Regime Geral de Previdência Social, sendo o mais abrangente de todos, os Regimes Próprios de Previdência, ambos de filiação obrigatória, e o Regime de Previdência Complementar, de filiação facultativa:

Na verdade, são três espécies de regimes previdenciários existentes no país: os regimes próprios dos agentes públicos da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; o regime geral de previdência social, administrado pelo INSS, dos trabalhadores em geral, excluídos do regime próprio – daí seu caráter residual; e, por fim, o regime de previdência privada, nos termos do artigo 202 da Constituição Federal (Vianna, 2022, p. 408).

Assim, no que tange ao Regime Geral de Previdência, cabe ressaltar que toda sua gestão, bem como a concessão, manutenção e pagamento dos benefícios previdenciários estão centralizados em uma autarquia federal, com destinação específica para tanto, a qual se chama INSS:

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal, com sede e foro no Distrito Federal, foi instituído com base na Lei 8.029, de 12/04/1990, e tem por finalidade promover o reconhecimento de direito ao recebimento de benefícios administrados pela Previdência Social [...] (Lazzari; Castro, 2023, p. 85).

A existência do INSS evidencia ainda mais a importância dada pelo Estado à previdência e à seguridade social, como um todo, uma vez que destina integralmente um órgão autônomo vinculado à administração pública, tão somente para administrar e efetivar estes direitos conferidos ao cidadão.

2.2 Os benefícios do Regime Geral de Previdência e as suas carências:

A respeito do Regime Geral de Previdência, o mais abrangente dentre os três regimes anteriormente mencionados, tem-se que:

[...] é aquele que tem seus eventos (contingências e riscos sociais) determinados e selecionados no art. 201 da Constituição Federal, a saber: incapacidade temporária ou permanente para o trabalho, morte, idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; e encargos familiares (salário-família e auxílio-reclusão); além da proteção em face do risco de acidente do trabalho. [...] As prestações da previdência social são devidas aos beneficiários (segurados obrigatórios e facultativos) e dependentes (Horvath Júnior, 2020, p. 156).

Nesse sentido, as prestações devidas em cada um dos casos citados acima, concretizam-se por meio dos benefícios previdenciários, em relação a estes benefícios é imperioso ressaltar que alguns desses trazem a exigência de uma carência mínima a ser cumprida como requisito para sua concessão, já outros não carregam em si esta exigibilidade, conforme detalhado na sequência.

No que tange ao chamado período de carência cabe esclarecer que:

[...] é o tempo correspondente ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas as competências cujo salário de contribuição seja igual ou superior ao seu limite mínimo mensal. Não há que se confundir com o mês do efetivo pagamento, que sempre será o mês seguinte ao da competência. Está disciplinado no artigo 24 e seguintes da Lei 8.213/1991 (Vianna, 2022, p. 432).

Isso posto, e em breve síntese a respeito dos benefícios previdenciários, em relação ao benefício de auxílio por incapacidade temporária, cabe ressaltar que:

[...] é destinado a amparar o trabalhador que fica incapacitado para o trabalho por mais de 15 dias consecutivos, por doença ou acidente. Para ter direito ao benefício, a carência é de 12 meses de contribuição. Em caso de acidente (no trabalho ou fora do trabalho) ou de doença profissional, isso não é exigido (Glasenapp, 2019, p. 85).

Já no que concerne ao benefício de aposentadoria por incapacidade permanente:

[...] tal modalidade de aposentadoria uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de benefício por incapacidade temporária, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição (Lazzari; Castro, 2023, p. 384).

A respeito da carência mínima exigida verifica-se que:

O período de carência para a concessão desse benefício é de 12 contribuições mensais. A concessão independe de carência no caso de o segurado ter ficado inválido em razão de acidente de qualquer natureza ou causa (inclusive o ligado ao trabalho), ou será cometido de doença ocupacional ou alguma das doenças especificadas no art. 151 da Lei 8.213/1991 [...] (Lazzari; Castro, 2023, p. 386).

No que tange ao evento morte, o direito previdenciário da mesma forma estabelece medida de proteção:

A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, sendo aposentado ou não [...] Independe de carência a concessão de pensão por morte (art. 26, inciso I, da Lei 8.213/1991). [...] Se preenchidos os requisitos legais, os dependentes têm direito ao benefício em questão se estiver mantida a qualidade de segurado, conforme as regras do art. 15 da Lei 8.213/1991 [...] Além disso, se o segurado preencheu os requisitos, tendo direito ao recebimento de qualquer modalidade de aposentadoria (por invalidez, por tempo de contribuição, por idade e especial), os seus dependentes têm direito à pensão por morte, ainda que tenha ocorrido a perda da qualidade de segurado antes do óbito (Garcia, 2022, p. 289).

Ainda, na mesma lógica da preocupação em amparar aos dependentes, o Regime Geral prevê amparo aos dependentes do segurado que ingressar no sistema prisional, por meio do auxílio-reclusão:

Com a prisão do segurado, este normalmente fica sem receber remuneração, o que impossibilita garantir o sustento dos seus dependentes.

Sendo assim, o auxílio-reclusão, se cumprida a carência prevista no inciso IV *caput* do art. 25 da Lei 8.213/1991 (24 contribuições mensais), é devido, nas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço (art. 80 da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei 13.846/2019) (Garcia, 2022, p. 298).

Já a proteção em casos de idade avançada se dá por meio das aposentadorias, sendo um exemplo disto a aposentadoria programada:

A EC 103/2019 deu nova redação ao art. 201, § 7º, da CF substituindo as aposentadorias por tempo de contribuição e por idade pela aposentadoria programada. Para o segurado trabalhador urbano essa aposentadoria exige 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) se mulher, observado tempo mínimo de contribuição, o qual foi fixado pelas regras transitórias em 20 (vinte) anos para o homem e 15 (quinze) anos para a mulher (art. 19, *caput*, da EC 103/2019) (Lazzari; Castro, 2023, p. 299).

Ainda, no que tange a segurada gestante ou que deu à luz, atrai-se a aplicabilidade do salário-maternidade:

Segundo a legislação, conquanto a prestação salário-maternidade vise proteger a mãe alcançando o filho, o titular do direito é a segurada e, no caso de sua morte, o seu cônjuge ou companheiro.

Atualmente, o salário-maternidade é devido a todas as seguradas (obrigatórias e facultativas) da Previdência Social (Horvath Júnior, 2020, p. 450).

A carência exigida para tal benefício é diversificada, visando mais essa proteção à segurada:

O art. 25, inciso III, da Lei 8.213/1991 prescreve o período de carência de 10 (dez) contribuições mensais para as seguradas individuais, seguradas especiais e seguradas facultativas [...]

Já o art. 26, inciso VI, da Lei 8.213/1991 prevê que independe de carência para concessão do salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. [...] A legislação pátria (no art. 26 da Lei 8.213/1991) excluiu da carência exatamente das seguradas que poderiam ser discriminadas no mercado de trabalho em face da maternidade [...] (Horvath Júnior, 2020, p. 455-456).

Por fim, o Regime Geral visa, ainda, auxiliar na subsistência das famílias de baixa renda, por meio do Salário-Família:

O salário-família é um benefício pago aos segurados empregados, inclusive os domésticos, e aos trabalhadores avulsos que recebem salário mensal dentro do limite anual estabelecido, para ajudar no sustento dos filhos de até 14 anos ou inválidos de qualquer idade. Para a concessão do salário-família, não é exigida carência, ou seja, não há tempo mínimo de contribuição exigida. Quanto aos enteados e os tutelados, são equiparados aos filhos, desde que não possam manter o próprio sustento e comprovem sua dependência econômica (Glasenapp, 2019, p. 86).

Verifica-se, nesse cenário, que o Regime Geral de Previdência Social é estruturado em torno do ideal de proteção dos segurados quanto às mais diversas dificuldades que possam enfrentar para prover o próprio sustento e de seus dependentes ao longo da vida, visando a promoção da igualdade entre os cidadãos e zelando para que, através de seus benefícios, os segurados não deixem de ter acesso ao mínimo existencial.

3 A aposentadoria especial antes da EC 103/2019

A contagem para fins previdenciários do tempo de serviço com exposição aos agentes nocivos, assim como a própria aposentadoria especial, possui regramento diferenciado, a fim de traduzir a intenção do constituinte de promover a justiça social, pois:

[...] tem como fundamento a presunção de um dano futuro, devendo o risco ser percebido pelo binômio probabilidade/magnitude. Isso justifica a aplicação, ao trabalhador segurado, dos princípios da igualdade, no sentido de lhe conferir um tratamento diferenciado, e da prevenção (em sentido *lato*), no sentido de antecipar-se ao dano e internalizar o risco, com vistas à sua proteção (Schuster, 2021).

No Brasil,

[...] houve uma grande preocupação com o alto índice de trabalhadores afetados por doenças ocupacionais, acidentados, dentre outras, surgindo, dessa feita, a necessidade de providências no sentido de otimizar a saúde do trabalhador, sendo, portanto, a Aposentadoria Especial o caminho a ser escolhido (Milani, 2015, p. 4).

Não obstante, outro princípio norteador para a instituição dessa solução foi o da equidade, que “[...] por outras palavras, reforça um tratamento diferenciado para os segurados que colocam em risco sua saúde e/ou integridade física, por sofrerem “desproporcionalmente os efeitos do trabalho em condições perigosas e insalubres” (Schuster, 2021).

Assim, surgiu a primeira legislação que, ainda que de forma breve, previa um tratamento diferenciado para esses trabalhadores, a Lei Orgânica da Previdência Social, 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Brasil, 1960).

No decorrer dos anos, apesar das alterações legislativas, manteve-se presente o caráter protetivo ao trabalhador exposto a agentes nocivos, conforme prevê o art. 57, § 3º, da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991:

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado (Brasil, 1991).

A referida lei instituiu o plano de benefícios do Regime Geral da Previdência Social:

Infraconstitucionalmente, as Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, publicadas após a Constituição de 1988, regulamentam tanto a questão do custeio da seguridade social quanto a dos benefícios previdenciários e acidentários, para implementar os objetivos da proteção social trazidos pelo Estado Democrático de Direito (Ladenthin, 2021).

Dentro dessa norma, que até hoje vigora com princípios elementares quanto ao regramento dos benefícios previdenciários, elencou-se também condições para a concessão do benefício de aposentadoria especial:

Relativamente à aposentadoria especial, determinou que fosse concedida, após cumprida a carência de 180 contribuições mensais, ao segurado que tivesse trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física (Silva, 2011, p. 32).

Nesse sentido, a aposentadoria especial seria concedida em 15 anos apenas aos trabalhadores “em atividades permanentes no subsolo de minerações subterrâneas em frente de produção”, conforme previsão do Decreto 3.048/1999, anexo IV, item 4.0.2 (Brasil, 1999).

Já a aposentadoria especial de 20 anos seria concedida aos trabalhadores expostos ao asbesto, popularmente conhecido como amianto, prevista no Decreto 3.048/1999, anexo IV, item 1.0.2 (Brasil, 1999), ou ainda, aos trabalhadores do minério subterrâneo “[...] cujas atividades sejam exercidas afastadas das frentes de produção”, conforme previsto pelo Decreto 3.048/1999, anexo IV, item 4.0.1 (Brasil, 1999).

Ou seja, estas duas possibilidades diziam respeito a circunstâncias mais gravosas à saúde dos trabalhadores, para os demais agentes, os quais possuem poder de nocividade um pouco mais brando, conceder-se-ia a aposentadoria especial em 25 anos, a respeito destes agentes nocivos:

[...] deve-se entender por agentes nocivos aqueles que possam trazer ou ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador nos ambientes de trabalho, em função de natureza, concentração, intensidade e fator de exposição, considerando-se:

- físicos: os ruídos, as vibrações, o calor, as pressões anormais, as radiações ionizantes etc.;
- químicos: os manifestados por névoas, neblinas, poeiras, fumos, gases, vapores de substâncias nocivas presentes no ambiente de trabalho etc.;
- biológicos: os micro-organismos como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus etc. (Lazzari; Castro, 2023, p. 338).

Para ser considerado como tempo especial, é necessária que a exposição aos agentes nocivos seja de forma habitual e permanente, nesse sentido cabe ressaltar que:

Considera-se trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção ou da prestação do serviço. Não é necessária a exposição aos agentes nocivos durante toda a jornada de trabalho [...] (Vianna, 2022, p. 529).

Ou seja, o direito a se aposentar era conferido ao segurado exposto a agentes nocivos à saúde em tempo menor do que aquele que exercia atividades sem riscos, nesse sentido:

[...] A justificativa da aposentadoria por exposição aos agentes físicos, químicos e biológicos é de que a expectativa de vida do trabalhador é reduzida. [...] Desse modo, a aposentadoria antecipada reduz o tempo exposto ao agente nocivo à saúde do trabalhador e, conseqüentemente, o risco de contrair a doença (Saliba, 2020, p. 24).

No mesmo sentido ainda:

Com essa finalidade, foi criada a aposentadoria especial, como forma de antecipar a aposentadoria para os trabalhadores expostos a agentes nocivos, que podem ser químicos, físicos ou biológicos, e para afastá-los do trabalho insalubre, preferencialmente antes que os mesmos comprometam a sua saúde (Menezes; Camargo, 2012).

A lei 8.213/1991 não só trazia o regulamento da aposentadoria especial, como também permitia a conversão do tempo especial em comum para fins de aposentadoria por tempo de contribuição, causando diminuição no tempo de serviço efetivamente laborado, visando proteger o segurado:

Adotava-se a intuitiva premissa de que, exposto o segurado em seu trabalho à atividades nocivas à sua saúde ou à sua integridade física, fazia jus a alguma espécie de *compensação* (redução do tempo de contribuição) para fins de aposentadoria, seja esta aposentadoria comum por tempo de contribuição ou aposentadoria especial (Lazzari; Brandão, 2021, p. 113).

Isso porque, mesmo o segurado que não labore por toda a sua vida em atividades com exposição à agentes nocivos, mas tão somente por determinado período, ainda assim, poderá vir a desenvolver doenças oriundas da sua exposição a estes agentes.

Como, por exemplo, o trabalhador de uma metalúrgica, exposto de forma habitual e permanente ao ruído elevado, ou seja, acima dos limites permitidos, conforme descrito na tabela abaixo (Brasil, 1978):

Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente

Nível de ruído dB (A)	Máxima exposição diária permissível
85	8 horas
86	7 horas
87	6 horas
88	5 horas
89	4 horas e 30 minutos
90	4 horas
91	3 horas e 30 minutos
92	3 horas
93	2 horas e 40 minutos
94	2 horas e 15 minutos
95	2 horas
96	1 hora e 45 minutos
98	1 hora e 15 minutos
100	1 hora
102	45 minutos
104	35 minutos
105	30 minutos
106	25 minutos
108	20 minutos
110	15 minutos

112	10 minutos
114	8 minutos
115	7 minutos

Esse trabalhador poderá, evidentemente, vir a desenvolver problemas de perda auditiva, ainda que não labore por toda sua vida em atividade com tal exposição, logo, esse período trabalhado necessita de compensação, a fim de minimizar ou indenizar os riscos que o mesmo enfrenta:

O ruído torna-se um grande risco se o nível de pressão sonora e o tempo de exposição ultrapassarem certos limites. A Norma Regulamentadora do Ministério do Trabalho, NR 15, estabelece os limites de tolerância para a exposição ao ruído contínuo ou intermitente e para ruído de impacto, vigentes no país (Cunha; Côrtes; Ferreira, 2019).

Para tentar evitar que esse trabalhador viesse a adoecer, utilizavam-se fatores de conversão, os quais acarretavam em acréscimo ao tempo laborado, de acordo com o risco que a atividade desenvolvida trazia para a saúde do trabalhador, o que fazia com que o tempo efetivamente laborado viesse a diminuir, conforme se verifica da tabela abaixo (GARCIA, 2022, p. 256):

Tempo a converter	Multiplicadores	
	Mulher (para 30)	Homem (para 35)
de 15 anos	2,00	2,33
de 20 anos	1,50	1,75
de 25 anos	1,20	1,40

Tão grande é a força protetiva em relação a esses segurados que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema de repercussão geral 709, firmou a tese que “é constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna [...]” (Supremo Tribunal Federal, 2021), com a finalidade de se evitar que o segurado, mesmo que por vontade própria, aumente ou prolongue os riscos a sua saúde, inerentes a sua atividade laborativa. Nesse sentido:

A aposentadoria especial, [...] ao traçar o limitador de tempo de exposição a agentes nocivos, não o faz livremente, mas levando em conta as condições epidemiológicas de exposição aos agentes agressivos à saúde, buscando a garantia da saúde e da vida do trabalhador – caráter *eminentemente protetivo*, como bem afirmou o STF na análise do Tema 709: *afastamento da atividade nociva antes de seu adoecimento* (Serafin; Reupke; Jacobsen, 2021, p. 744).

Porém, com a Reforma da Previdência, os trabalhadores em condições especiais, passaram a ser demasiadamente prejudicados, pela forma como se estabeleceu o cálculo do tempo de serviço nessas condições, conforme detalharemos na sequência.

4 As alterações trazidas pela EC 103/2019 em relação a contagem do tempo de serviço especial

Em 2019, foi promulgada uma emenda à Constituição, a fim de alterar o regramento dos benefícios de previdência e assistência social:

Surgia, então, em seus albores, um novo governo a afirmar que o ajuste proposto visava maior equidade, convergência entre os diferentes regimes previdenciários, maior separação entre previdência e assistência e a sustentabilidade previdenciária, contribuindo para a redução do elevado comprometimento dos recursos públicos com despesas obrigatórias, prejudiciais aos pretensos investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura (Martinez, 2020).

Além disso, sobreveio o discurso de que “[...] as reformas visam reduzir as desigualdades de tratamento entre segurados dos diversos regimes e também dentro de cada regime” (Afonso; Carvalho, 2021).

Ocorre que a Emenda Constitucional 103 (Brasil, 2019) alterou de forma relevante as regras quanto aos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, principalmente no que tange às aposentadorias, trazendo inclusive regras de transição para aqueles segurados que já se encontravam filiados a Previdência Social na data de sua promulgação.

O motivo da reforma, segundo o governo, foi a necessidade de equalizar a diferença do que é gasto com o que é arrecadado, chamado de déficit previdenciário, gerado pelo crescimento das despesas *versus* arrecadação insuficiente. E para embasar essa insuficiência de recursos, trouxeram como fundamento estudos e estatísticas os quais posteriormente demonstraram que estavam manipulados, sem qualquer respaldo técnico científico (Cunha, 2021, p. 56).

Com a emenda, para fazer jus à aposentadoria especial, permaneceu o critério de que as “[...] atividades sejam exercidas sob condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação” (Martinez, 2020, p. 61), porém, foram alterados muitos outros critérios e condições.

Dentre as alterações trazidas por essa emenda constitucional, no que tange à aposentadoria especial, destaca-se a inviabilização do enquadramento pela periculosidade e a vedação da conversão do tempo especial em comum, restando resguardado o direito à conversão apenas até a entrada em vigor da norma:

O art. 25, § 2º, da EC 103/2019 assegura o direito adquirido à conversão até a data da entrada em vigor da própria Emenda. Desenha-se aqui uma distinção entre o direito ao benefício e o direito à conversão do tempo de serviço especial em comum, sendo o direito adquirido aplicável a ambas (Schuster, 2021).

Assim, restou definido no referido diploma legal:

Art. 25, § 2º: Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data (Brasil, 2019, art. 25).

Nesse ponto, a reforma alterou o entendimento que vinha sendo aplicado, como explicado abaixo:

A adoção dessa norma pela Reforma vai contra o posicionamento até então adotado pelos tribunais, consolidado nas súmulas 50 e 55 da Turma Nacional de Uniformização – TNU, que permitiam a conversão do tempo especial em comum (Silvério; Corbi; Cardoso, 2020, p. 100).

Todavia, é evidente que o trabalhador que, embora não tenha laborado por toda a vida em atividade exposta a agentes nocivos à saúde, ainda assim, sofreu com os danos decorrentes de sua atividade insalubre em relação a este interregno de tempo, e é no sentido de reparar esses danos que era permitida a conversão do tempo especial em comum, diminuindo assim, o tempo de serviço efetivamente laborado pelo segurado até atingir os requisitos necessários para uma aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo:

[...] o trabalhador que não completasse o tempo total só na atividade especial, converter esse tempo para atividade comum com um multiplicador vantajoso, aumentando assim o tempo de Contribuição para requerer uma aposentadoria por tempo comum, compensando o trabalhador que não ficou na insalubridade até completar o tempo desta modalidade, mas que prestou sua contribuição social se expondo ao risco por um determinado período (Cunha, 2021, p. 58).

A modificação da norma estabelece um critério discriminatório entre os segurados que laborarem por toda a vida ou somente em parte dela em atividades com exposição à agentes nocivos à saúde:

Isso fere o critério de isonomia existente entre os segurados do RGPS, tendo em vista que aqueles que laboraram em atividades especiais somente terão esse tempo assim considerados se preencherem os critérios para fins de aposentadoria especial (Silvério; Corbi; Cardoso, 2020, p. 100).

Porém, “[...] essa vedação viola o princípio da igualdade porque, seja proporcional, seja integral o desgaste da saúde já ocorreu e o trabalhador deve ser proporcionalmente indenizado [...]” (Balera, 2020, p. 743).

A vedação da conversão do tempo especial em comum, igual aos trabalhadores, retirando o tratamento diferenciado anteriormente existente e amparado na Constituição Federal, porquanto

Impedir a conversão do tempo de trabalho exercido sob condições especiais em tempo comum tem como consequência equiparar as atividades exercidas sob condições especiais às atividades sem exposição a qualquer agente nocivo, o que configura uma afronta ao direito constitucional a critérios diferenciados para os trabalhadores que assumem um risco à saúde em sua jornada de trabalho (Emmendorfer, 2021, p. 27).

Ou seja, esse trabalhador que segue exposto a atividade prejudicial à sua saúde, deixa de ter, em contrapartida, a redução no seu tempo de contribuição, com intuito de compensar os danos sofridos:

Assim, a preocupação econômica agiu de forma desigual, fazendo sucumbir aquilo que foi fruto de uma conquista de direitos firmados em uma base de princípios constitucionais, que teve que passar por anos de lutas para se incorporar à ciência jurídica. Não se considerou, por fim, as garantias do trabalhador que tem amparo tanto numa perspectiva trabalhista, quanto previdenciária, sustentada na medicina e segurança do trabalho (Lang; Ningeliski, 2022, p. 1354).

E é nesse íterim que fora ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.309 (Brasil, 2020), a qual requer seja declarado inconstitucional o art. 25, § 2º da Emenda Constitucional 103/2019, o qual veda a conversão do tempo especial em comum após a entrada em vigor da referida emenda, dentre outros dispositivos do texto normativo:

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6309) contra dispositivos da Reforma da Previdência (Brasil, 2019)

[...]

Além de pedir a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados (artigo 19, inciso I; artigo 25, parágrafo 2º; e artigo 26, parágrafo 2º, inciso IV) da Emenda Constitucional 103/2019, a entidade de classe pede a realização de audiência pública para ouvir depoimento de engenheiros de segurança e médicos do trabalho com experiência em ambiente com agentes nocivos (Supremo Tribunal Federal, 2020b).

A ação é de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual inicialmente votou pela improcedência da mesma, o Ministro Edson Fachin votou pela procedência do pedido e o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista pelo então Ministro Ricardo Lewandowski. Em continuidade ao julgamento, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, acompanhando o voto do relator para julgar improcedente o pedido, o processo foi destacado pelo Ministro Dias Toffoli. A então Ministra Rosa Weber antecipou seu voto acompanhando o Ministro Edson Fachin pela procedência do pedido.

Em abril de 2024 o pedido de destaque foi cancelado e o feito incluído em pauta novamente, sendo retomado o julgamento no dia 3 de maio, todavia, mais uma vez restou suspenso em virtude de pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes. Assim, até a data de conclusão deste artigo, o julgamento resta pendente de conclusão, ressaltando-se que não votará o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que já proferira voto anteriormente (Supremo Tribunal Federal, 2020a).

5 Princípio da isonomia material

O ideal de promoção da igualdade por parte do Estado surgiu com maior intensidade em meio a Revolução Francesa:

Os jacobinos defenderam a instrução pública, gratuita e universal e a modernização dos hospitais, que passaram a ter leituras individuais. Neste sentido, a Revolução solidificou a noção de que o combate contra a miséria seria responsabilidade dos poderes públicos, e não da caridade, e pode ser vista como uma “revolução social”, com muitos elementos que subsistem ainda hoje como referências de uma ideia de igualdade [...] (Carvalho, 2022, p. 20).

E isso se deu em decorrência de uma modificação na própria forma estatal, com a chegada do Estado moderno:

A importância da igualdade no mundo moderno se comprova – se for preciso fazê-lo – pelo papel que tem desempenhado nas revoluções dos últimos duzentos e cinquenta anos. Foi o principal motivo das revoluções “liberais”, como a francesa de 1789; das revoluções “socialistas”, como a russa de 1917; teve grande influência nas transformações – profundas, portanto “revolucionárias” – por que passou o Estado moderno, de liberal para social (Ferreira Filho, 2015, p. 97).

Essa mudança de posicionamento estatal consolidou-se com mais força com o advento da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, deixando de ser apenas um ideal e tornando-se uma norma positivada:

Conforme o artigo primeiro, “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Ou seja, ao nascer, todos os homens têm direito à liberdade e igualdade. Embora sejamos iguais em direitos, isso não significa que não haja “distinções sociais”. Contudo, prossegue o artigo primeiro, as distinções sociais “só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Em outras palavras, as distinções não podem ser oriundas de privilégios de nascimento [...] (Carvalho, 2022, p. 82).

Como se denota da própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o Estado passaria então a tratar a todos os cidadãos de forma igualitária, contudo,

[...] as revoluções liberais tinham em mira a igualdade jurídica, não a igualdade das condições de fato. Elas, sem dúvida, concretizaram esse objetivo, que tradicionalmente se designa como a igualdade perante a lei ou, de modo erudito, como isonomia (Ferreira Filho, 2015, p. 98).

Isso posto, com o passar do tempo, começou-se a perceber a influência destas diversas condições de fato na aplicação de normas igualitárias a todos:

Porque se as pessoas não forem iguais não terão partes iguais, e é daqui que resultam muitos conflitos e queixas, como quando pessoas iguais têm e partilham partes desiguais ou pessoas desiguais têm e partilham partes iguais (Caeiro, 2017, p. 99).

Seria mesmo suficiente tratar a todos os cidadãos de forma igualitária, independentemente das diferenças que possuíam entre si?

Claro que este princípio formal poderia abrigar conteúdos diversos. Para muitos pensadores e políticos, por exemplo, igualdade significa uma mesma norma para indivíduos na mesma situação, a isonomia, admitindo normas diferentes para contextos diferentes [...] (Adeodato, 2019, p. 211).

Uma vez que:

Não é possível desconsiderar, nesse contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando –como já visto – o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia (Sarlet, 2018, p. 110).

Ressurge então a necessidade de aplicação de uma justiça distributiva, tal qual Aristóteles já havia defendido:

A regra da justiça distributiva fica sendo que a igualdade deve ser proporcional, de forma que a proporção entre as parcelas de bens a serem distribuídas deve corresponder à proporção entre os indivíduos, concluindo-se que, se os indivíduos não forem iguais, não receberão porções iguais dos bens [...] (Coitinho, 2020).

E é nesse viés que o conceito de isonomia formal vai se modificando, a fim de amparar os cidadãos em situações desiguais:

É possível encontrar, dessa maneira, a defesa clara da isonomia (isonomia) como critério universal da justiça nas relações dos cidadãos em sua esfera pública; isto é, identifica-se a igualdade de todos perante a lei, estabelecendo-se o critério do “igual para iguais”, no qual se encontra uma defesa incondicional das liberdades subjetivas pela garantia legal da igualdade de todos (Coitinho, 2020).

Nesse sentido, o Estado social não poderia simplesmente desamparar os cidadãos que não se encontram em mesmo nível de igualdade, por isto que:

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer *equivalência de direitos*. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia (Bonavides, 2011, p. 378).

Surge então a aplicação da isonomia de forma material e não somente de modo formal:

Conhecida como igualdade real, foi proposta por Montesquieu, o qual informava ser a verdadeira igualdade aquela que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, repetida por Rui Barbosa em sua famosa Oração aos moços. Trata da igualdade baseada em fatores determinados, a exemplo das diferenças materiais, como entre os sexos (Saleme, 2022, p. 153).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 traz no *caput* de seu art. 5º que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (Brasil, 1988, art. 5).

Isso posto, verifica-se que a interpretação da norma acima, em consonância com os ideais do Estado social, seria a seguinte:

[...] a constituição deve tratar da isonomia no seu sentido material, e não formal, ou seja, no sentido de que o Estado não pode promover e nem a lei permitir discriminações entre as pessoas que integram a Nação [...] (Carvalhosa, 2021).

Ou seja, deve ser promovida a igualdade real entre os cidadãos, ainda que para isso o Estado precise agir positivamente, por meio de ações afirmativas:

Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático (Rocha, 1996, p. 286).

Assim, ao se falar do princípio constitucional da isonomia, tem-se que:

[...] tanto satisfaz o princípio conferir tratamento idêntico aos que, dentro de certo contexto, possuem características idênticas ou bastante próximas, quanto estabelecer um tratamento diferenciado para aqueles que, nesse contexto, apresentam características que legitimem tal diferenciação. [...] Dessa forma, critérios diferenciadores que, num primeiro momento, seriam tidos por inconstitucionais frente ao princípio da igualdade, num segundo momento são considerados com ele compatíveis, a partir da constatação de que foram estabelecidos com base em critérios razoáveis e que sua fixação se deu em virtude das finalidades legítimas buscadas pela norma (Motta, 2021, p. 235).

No âmbito do direito previdenciário, o qual é objeto de estudo no presente artigo, é realizada a interpretação do princípio da isonomia sob o viés material, como pode ser verificado ao analisar que “pela distributividade autoriza-se a escolha de prestações que, sendo direito comum a todas as pessoas, contemplam de modo mais abrangente os que demonstrem possuir maiores necessidades” (Horvath Júnior, 2020, p. 76). Ou seja, não só a previdência social, mas todo o sistema da seguridade, em verdade se trata de uma ação positiva do Estado buscando equalizar os indivíduos em relação às suas desigualdades.

Nesse sentido, antes da promulgação da EC 103/2019 havia a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, pois, uma vez que os segurados que laboram em atividades com exposição a agentes nocivos se encontram em situação de desigualdade em relação aos demais, já que sua atividade laboral pode causar danos à saúde, resta evidente que esses necessitam de maior proteção estatal, exigindo assim, em face do princípio da isonomia material, um tratamento diferenciado, a fim de garantir a efetiva igualdade fática entre todos.

6 Princípio da proporcionalidade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, intensificou-se o controle da atividade estatal, de modo a não ocorrerem prejuízos aos direitos fundamentais dos indivíduos, no momento da aplicação das normas legais, ou seja, adotou-se o conceito de interpretação das leis sob a égide do princípio da proporcionalidade, nesse sentido:

O conceito jurídico de proporcionalidade, como critério de aferição da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos, traduz uma estrutura de pensamento consistente em avaliar a correlação entre os fins visados e meios empregados nos atos do Poder Público (Pereira, 2018, p. 360).

Feita essa observação, faz-se necessário conceitua o que vem a ser o tão citado princípio da proporcionalidade:

Trata-se de um *superconceito*, que visa a verificar a constitucionalidade das normas que *limitam* dispositivos constitucionais, com especial relevância para os direitos fundamentais. Ou seja, é uma *técnica* para solução de conflitos constitucionais (Baronovsky, 2022, p. 42).

O princípio da proporcionalidade não enseja a não criação ou a revogação de uma norma, unicamente por essa ser restritiva em determinada situação, mas sim, busca encontrar um equilíbrio adequado entre a restrição estabelecida e o fim desejado:

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (= princípio da justa medida) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos (Canotilho, 1993, p. 617).

Ou seja, este princípio é utilizado como régua na aplicabilidade das normas ao caso concreto, analisando-se assim, a situação fática, a fim de evitar excessos e prejuízos:

O princípio da proporcionalidade possui grande relevância para solucionar *colisões entre direitos fundamentais*. Por meio dele ocorre a dita *ponderação* (ou *sopesamento*). A proporcionalidade envolve-se em valores como equidade, justiça, bom senso, moderação, proibição de excessos. Constitui verdadeiro *princípio geral do direito*, pois auxiliará na interpretação de todo o Ordenamento Jurídico, independentemente da sua positivação em lei (Baronovsky, 2022, p. 42).

Se pensarmos no ordenamento jurídico de modo geral, temos que a todo momento na criação, aplicação e controle das normas jurídicas, em verdade o que se busca é atingir um ou vários objetivos e para que isso se concretize, necessariamente deve ser traçado um caminho para que tal objetivo seja perfectibilizado:

O elemento correspondente à conformidade ou adequação dos meios representa a necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos, de forma que os meios escolhidos sejam aptos a atingir o fim determinado. Não se trata, pois, da verificação da realização efetiva do objetivo, mas da simples possibilidade de tê-lo realizado (realizabilidade) como emprego do meio selecionado (Tavares, 2023, p. 264).

Nesta senda, o que nos diz o princípio da proporcionalidade é que o referido percurso não pode vir a ser excessivamente oneroso em comparação ao resultado a ser obtido, mas sim, devem guardar entre si as devidas proporções:

Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: determinam que a interpretação constitucional deve ser equilibrada, racional, e a restrição a direitos fundamentais deve atender aos parâmetros de *adequação* entre meios e fins [...] (Messa, 2018, p. 123).

Ou seja, novamente nos encontramos frente ao intuito do constituinte de promover a justiça social entre os cidadãos e evitar o abuso de poder por parte do Estado:

Assim, apreende-se que o critério da proporcionalidade está relacionado ao aspecto material do conceito de isonomia, como critério de justa medida de distribuição dos direitos e deveres sociais. [...] Não se pode olvidar, ademais, que tanto o princípio da isonomia quanto o da proporcionalidade têm a principal função de atualizar e efetivar a proteção dos direitos fundamentais (Tavares, 2023, p. 263).

Porém, por se tratar de um princípio de conceito amplo, o mesmo se torna de difícil uniformização quanto à sua aplicabilidade:

Quanto à jurisprudência brasileira, esta vem aplicando o referido critério amplamente e com diversas fundamentações, sem que haja unidade no tratamento da matéria. Ademais, nota-se certa cautela em seu uso fora do Direito Administrativo e o do controle legislativo (Tavares, 2023, p. 267).

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, por vezes, vir a julgar a constitucionalidade ou não de determinada norma, utilizando como base o princípio da proporcionalidade, como realizado no julgamento do Tema de Repercussão Geral 709, cujo trecho da ementa segue abaixo:

Ementa Direito Previdenciário e Constitucional. Constitucionalidade do art. 57, § 8º, da Lei 8.213/1991. Percepção do benefício de aposentadoria especial independentemente do afastamento do beneficiário das atividades laborais nocivas a sua saúde. Impossibilidade. Recurso extraordinário parcialmente provido. 1. O art. 57, § 8º, da Lei 8.213/1991 é constitucional, inexistindo qualquer tipo de conflito entre ele e os arts. 5º, inciso XIII; 7º, inciso XXXIII; e 201, § 1º, da Lei Fundamental. *A norma se presta, de forma razoável e proporcional, para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos à saúde, à vida, ao ambiente de trabalho equilibrado e à redução dos riscos inerentes ao trabalho.* [...] (Brasil, 2021).

Como se pode observar no caso acima colacionado, na seara previdenciária é utilizado o princípio da proporcionalidade como critério de julgamento em vários aspectos, como por exemplo para impedir que os segurados permaneçam expostos a situações de risco à saúde por tempo acima do necessário para concessão do benefício de aposentadoria especial.

Não obstante, antes de promulgada a EC 103/2019, existia uma real preocupação em garantir a devida compensação aos danos sofridos durante um interregno laborado em atividades com exposição a agentes nocivos à saúde, por meio de um critério diferenciado para a contagem do tempo. Uma vez que, não é proporcional contabilizar de igual forma os períodos trabalhados em atividades comuns e os períodos com exposição a agentes nocivos, pois assim se está deixando de levar em consideração os danos que a saúde do trabalhador exposto a esses agentes estará sofrendo neste lapso temporal.

7 Do valor social do trabalho

A partir da Constituição de 1988, também foi possível verificar que o trabalho e a pessoa dos trabalhadores passaram a receber uma atenção muito maior do que vinha sendo concedida, demonstrando enfim, uma preocupação e valorização muito maiores do que em épocas do regime militar:

O texto constitucional brasileiro, no seu artigo 1º, IV, apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social do trabalho e, no artigo 170, *caput*, afirma que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, trazendo ainda no artigo 193 que a ordem social tem como base o primado do trabalho (Araújo, 2017, p. 116).

Assim, intensificou-se a busca pela garantia de todos os direitos oriundos do trabalho e não apenas aqueles mais óbvios, como por exemplo o direito ao recebimento de horas extras ou a gozar de intervalo de descanso, dentre outros, nesse sentido:

O Estado Democrático de Direito confere proteção aos direitos decorrentes da relação de trabalho, tais como os direitos de personalidade, direitos sociais e econômicos, relacionados à renda, previdência, educação, remuneração, descanso, lazer etc. proibindo-se quaisquer tipos de ações ou omissões que impliquem no rebaixamento ou na redução moral ou jurídica dos direitos do trabalhador (Araújo, 2017, p. 118).

Esse ideal foi positivado expressamente no texto constitucional, como podemos observar no art. 7º (Brasil, Constituição Federal, 1988), que traz um extenso rol de direitos que objetivam a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, e ainda, um tratamento isonômico.

Assim, “fica claro, pois, que o valor social do trabalho passa a constituir o valor guia dos direitos sociais, econômicos e culturais, a partir da compreensão da igualdade como norte primordial dos direitos laborais, cujo fundamento é a atuação estatal” (Araújo, 2019, p. 6).

Nesse sentido é que o valor social do trabalho não surgiu somente como um conceito aberto, contido no texto constitucional:

Assim, por exemplo, a liberdade de trabalho se consolida e se positiva [...] e as ideias de trato “desigual aos desiguais”, em âmbito laboral, concretizam-se em diretrizes internacionais (convenções da OIT, por exemplo) e nacionais (a própria Consolidação das Leis do Trabalho é exemplo de ordenamento protetivo ao mais frágil, objetivando igualar juridicamente os que são social e economicamente desiguais), com forte influxo dos fundamentos da Justiça Social (Fincato, 2015, p. 107-108).

Mas sim, verificou-se que o intento de promover a justiça social era tão forte que acabou por modificar a forma como o próprio Estado enxergava as relações entre particulares:

A efetivação do princípio do valor social do trabalho perpassa, necessariamente, por uma mudança de mentalidade quanto à necessidade de fomento e de implementação de políticas públicas que assegurem o direito ao trabalho, primordialmente, insculpido no art. 6º da Constituição Federal (Lacerda, 2021, p. 58).

Assim, como em outros pontos já elencados, o constituinte originário pretendeu garantir a justiça social, ainda que para atingir esse objetivo se fizesse necessária a atuação do Estado nas relações privadas:

Os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa reforçam a importância das relações de trabalho. Abrange desde os empregados até os empregadores. Traz vedação ao trabalho escravo e aos abusos trabalhistas. Este fundamento permite a intervenção do Estado na economia, a fim de garantir os valores sociais do trabalho (Baronovsky, 2022, p. 18).

Ou seja, o Estado passou a zelar efetivamente pela existência de um trabalho mais justo e digno aos indivíduos, essa mudança “apresenta, de modo claro, um intento ético, especialmente na ordem econômica, de “assegurar a todos existência digna”, cujo objetivo, assinalado na ordem social, é “o bem-estar e a justiça sociais”” (Araújo, 2017, p. 116).

Considerando esses pontos, ao se falar em direito ao trabalho, faz-se imperioso ressaltar que este recebeu pelo constituinte o caráter de direito social, assim como ocorreu com a previdência social, ou seja, ambos estão no mesmo patamar, conforme positivado no texto do art. 6º da Constituição Federal:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Brasil, 1988, art. 6).

Logo, as relações entre o Estado e os segurados da previdência social devem, da mesma forma, guardar observância ao princípio do valor social do trabalho e, em razão disso, promover um tratamento isonômico entre os segurados, a fim de valorizar o primado do trabalho e lhes auxiliar a ter condições de vida mais dignas e adequadas.

Nesse sentido, ao se falar em atividades profissionais que contenham exposição a agentes nocivos, tem-se a necessidade de haver a devida compensação pelos danos causados à saúde desses trabalhadores. A referida compensação anteriormente se dava por meio da possibilidade de conversão do tempo especial em comum, a qual foi vedada pela EC 103/2019, afastando-se assim da intenção do constituinte originário de promover a justiça social e a valorização do trabalho, já que deixa de considerar o prejuízo causado a saúde desses segurados.

8 Considerações finais

Em análise aos pontos estudados no presente trabalho, foi possível concluir que a vedação da conversão do tempo especial em comum, trazida pela EC 103/2019 fere os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988 em muitos pontos, sendo, portanto, inconstitucional. Nesse sentido, e conforme sintetizado ao longo deste artigo, nem todos os segurados trabalham em atividade especial por todo o período necessário para terem direito à aposentadoria especial, sendo assim, esses segurados somente irão implementar requisitos para outras modalidades de aposentadoria, em que um dos requisitos considerados é o tempo de contribuição. Em um cenário como esse, antes da reforma da previdência, o trabalhador exposto a agentes nocivos à saúde possuía a garantia de contabilizar o tempo de forma diferenciada, ou seja, com acréscimo de tempo, conforme as situações previstas na legislação. Ao se falar em atividades especiais de grau leve, por exemplo, o acréscimo de tempo era de 40% para os homens e 20% para as mulheres, fazendo assim, com que os segurados chegassem aos 35 e 30 anos de contribuição, respectivamente necessários para implementar a aposentadoria por tempo de contribuição, de forma muito mais breve, reduzindo o tempo efetivamente exposto a uma atividade prejudicial à saúde, com a finalidade de diminuir os riscos do desenvolvimento de doenças em razão da atividade laboral, bem como de indenizar os danos já sofridos.

Todavia, após o advento da EC 103/2019, a conversão de tempo especial em comum, com a aplicação dos multiplicadores até então utilizados, foi vedada, ou seja, a partir de 14/11/2019 o tempo de serviço, laborado em atividades prejudiciais à saúde ou não, será contabilizado da mesma maneira para fins previdenciários, sem acréscimo algum. Logo, ao se retirar a contagem diferenciada do tempo laborado em atividades especiais, deixa-se de ofertar o tratamento isonômico e proporcional, prezado pela Constituição, a esses trabalhadores que serão obrigados a se exporem ao risco à saúde por muito mais tempo, a fim de finalmente virem a implementar os requisitos para alguma modalidade de aposentadoria.

Ora, se esses trabalhadores se encontram em situação de desigualdade em relação aos demais, uma vez que estão expostos a uma atividade profissional que poderá lhes trazer prejuízos à saúde, mesmo que nela permaneçam por apenas alguns anos e não a vida toda, é evidente que pelo que preconiza o princípio da isonomia material, obrigatoriamente deve ser ofertado a estes indivíduos um tratamento diferenciado, capaz de reduzir a disparidade

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999*. Aprova o regulamento da previdência social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 6 maio 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. *Lei nº 3.807 de 26 de agosto de 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho. *Norma Regulamentadora nº 15 de 8 de junho de 1978*. Aprova as Normas Regulamentadoras – NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. Brasília, DF: Ministério do Trabalho, 1978, anexo 1. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-15-nr-15>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.309*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5848987>. Acesso em: 6 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *CNTI questiona trecho da Reforma da Previdência que exige idade mínima para aposentadoria especial*. Brasília, nov. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=436033&ori=1>. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 791.961*. É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Cacilda Dias Theodoro. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4518055&numeroProcesso=791961&classeProcesso=RE&numeroTema=709>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. Disponível em: https://www.academia.edu/8032356/Jose_Joaquim_Gomes_Canotilho_Direito_Constitucional. Acesso em: 27 abr. 2023.

CARTAXO, Ana Maria Baima; CABRAL, Maria do Socorro Reis. *Seguridade social, previdência e serviço social: desafios do tempo presente*. São Paulo: Cortez, 2022. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Seguridade_Social_Previd%C3%AAncia_e_Servi%C3%A7o/8qF9EAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=seguridade+social&printsec=frontcover. Acesso em: 30 jan. 2023.

CARVALHO, Daniel Gomes de. *Revolução Francesa*. São Paulo: Contexto, 2022. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/201388/pdf/0?code=1QD4dyqEamtecYuDfFVZaGFJ7qnkhfltpD9pYaXGmT8451Wvqub7Ss1puYmK1SWgQeQkSlcXXsxGx4QwW/Lw1Q==>. Acesso em: 4 abr. 2023.

CARVALHOSA, Modesto. *Uma nova constituição para o Brasil: de um país de privilégios para uma nação de oportunidades*. São Paulo: LVM, 2021. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Uma_nova_constitui%C3%A7%C3%A3o_para_o_Brasil/5ncjEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=0. Acesso em: 19 nov. 2022.

COITINHO, Denis. *Os sentidos da justiça em Aristóteles*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2020. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/186840/epub/0>. Acesso em: 28 mar. 2023.

CUNHA, Antônio Pinto da; CÔRTEZ, Diego Alves; FERREIRA, Gilberto dos Reis. Perda auditiva induzida pelo ruído ocupacional. *Revista Multidisciplinar da Faculdade do Noroeste de Minas*, Minas Gerais, v. 16, n. 1, p. 507-521, 2019. ISSN: 1809-1628. Disponível em: http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/685. Acesso em: 19 nov. 2022.

CUNHA, Leiliane. As (IN) constitucionalidades das regras para concessão da aposentadoria especial trazidas pela EC 103/2019. *Revista Brasileira de Direito Social*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 50-70, 2021. ISSN: 2595-7414. Disponível em: <https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/143>. Acesso em: 22 out. 2022.

EMMENDORFER, Lucas Henrique. *A inconstitucionalidade da vedação de conversão de tempo especial em tempo comum*. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2021. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/72438>. Acesso em: 29 out. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502220775/epubcfi/6/2/1%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa.html/4/2/2%4051:2>. Acesso em: 6 abr. 2023.

FINCATO, Denise. O valor social do trabalho e o princípio da fraternidade: reflexões sobre o teletrabalho. *Conpedi Law Review*. Florianópolis, v. 1, n. 6, p. 105-128, 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2015.v1i6.3456. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3456/0>. Acesso em: 14 maio 2023.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito previdenciário: seguridade social*. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555599633/epubcfi/6/4/1%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml/4/14/2/3:32\[1.6%2C7%20\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555599633/epubcfi/6/4/1%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml/4/14/2/3:32[1.6%2C7%20]). Acesso em: 9 jan. 2023.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. *Direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Pearson, 2019.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

LACERDA, Rosângela Rodrigues; VALE, Sílvia Teixeira do. *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTR, 2021. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Curso_de_Direito_Constitucional_do_Traba/ze5MEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1. Acesso em: 13 maio 2023.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Aposentadoria especial após a EC 103/2019*. 2020. Tese (Doutorado em Direito Previdenciário) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=10426874. Acesso em: 28 set. 2022.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Aposentadoria especial no Brasil*. Curitiba: Alteridade, 2021. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Aposentadoria_Especial_no_Brasil/-ckwEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=aposentadoria+especial&printsec=frontcover. Acesso em: 8 out. 2022.

LANG, Luana Konopka; NINGELISKI, Adriane de Oliveira. Aposentadoria especial à luz da EC 103/2019: uma reflexão acerca da inconstitucionalidade do requisito etário para a concessão do benefício. *Academia de Direito*, Mafra, v. 4, p. 1334-1357, 2022. DOI: <https://doi.org/10.24302/acaddir.v4.3843>. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3843>. Acesso em: 3 nov. 2022.

LAZZARI, João Batista; BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno. Reforma da previdência (EC nº 103/2019): inconstitucionalidade da vedação à conversão do tempo de atividade especial em comum. *JURIS-Revista da Faculdade de Direito*, Rio Grande, v. 30, n. 2, p. 111-133, 2021. DOI: <https://doi.org/10.14295/juris.v30i2.12231>. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/12231>. Acesso em: 15 out. 2022.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Direito previdenciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646302/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

MARTINEZ, Luciano. *Reforma da previdência: Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019: entenda o que mudou*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Reforma_da_Previd%C3%Aancia_Entenda_o_que_mu/65rBDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=0. Acesso em: 5 nov. 2022.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Reforma da previdência social: comentários a excertos da EC n. 103/2019*. São Paulo: LTR, 2020.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. *Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano*. Curitiba: Alteridade, 2022. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Trabalho_Decente_e_Seguridade_Social/ptUnEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=seguridade+social&printsec=frontcover. Acesso em: 30 jan. 2023.

MENEZES, Edu Carlos Loureiro; CAMARGO, Everson. A possibilidade de conversão de tempo especial em tempo comum para fins de aposentadoria. *Revista da Faculdade Dom Alberto*, Santa Cruz do Sul, v. 10, n. 2, p. 1-16, 2012. ISSN: 2179-1503. Disponível em: <https://domalberto.edu.br/wp-content/uploads/sites/4/2017/11/A-POSSIBILIDADE-DE-CONVERS%C3%83O-DE-TEMPO-ESPECIAL-EM.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

MESSA, Ana Flávia. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2018. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/182492/pdf/0?code=npjTsq04dhGovpVR2Vst5yfNVifB0eGQqv2NAE/lmibbzFJmFVyomSpKCAGkyDKjdlIUk8OrrcoMNXSJWD2GEg==>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MILANI, Daniel. Aposentadoria especial: possibilidade de conversão para comum. *FACIDER Revista Científica*, Mato Grosso, n. 7, p. 1-21, 2015. ISSN: 2316-5081. Disponível em: <http://revista.sei-cesucol.edu.br/index.php/facider/article/view/107/147>. Acesso em: 14 set. 2022.

MOTTA, Sylvio. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões*. 29. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530993993/epubcfi/6/2/1%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0!/4/2/2%4051:86>. Acesso em: 7 abr. 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553600281/pageid/359>. Acesso em: 27 abr. 2023.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SALEME, Edson Ricardo. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Manole, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555766370/epubcfi/6/8/1%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright!/4/2/18/1:16/663%2C70>. Acesso em: 7 abr. 2023.

SALIBA, Tuffi Messias. *Aposentadoria especial: aspectos técnicos para caracterização*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHUSTER, Diego Henrique. *Aposentadoria especial e a nova previdência: os caminhos do direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2021. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Aposentadoria_Especial_na_Nova_Previd%C3%AAn/coEzEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=aposentadoria+especial&printsec=frontcover. Acesso em: 14 set. 2022.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 713-750, 2021. DOI: 10.14210/rdp.v16n2. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/17812>. Acesso em: 3 nov. 2022.

SILVA, Sandra Firmina Sant'Ana da. *Aposentadoria especial: histórico, titulares, requisitos, meios de comprovação e possibilidade de conversão*. 2011. Monografia (Pós-Graduação em Direito Previdenciário) - Centro Universitário Barriga Verde – UNIBAVE, Santa Catarina, 2011. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Sandra-Firmina-Santana.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

SILVÉRIO, Amanda Cristina; CORBI, Daniela Nogueira; CARDOSO, Jair Aparecido. Reflexões sobre a aposentadoria especial por exposição a agentes nocivos no contexto da reforma da previdência brasileira (EC nº 103/19): violação ao princípio da proibição do retrocesso social? In: CONGRESSO INTERNACIONAL DA REDE IBEROAMERICANA DE PESQUISA EM SEGURIDADE SOCIAL, 2., 2020, Temuco. *Anais [...]*. Ribeirão Preto: Revistas UNAERP, 2020. p. 87-108. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rede/article/view/2247>. Acesso em: 22 out. 2022.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553625792/epubcfi/6/68\[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody035\]!/4/58/6/2\[c27fn1427\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553625792/epubcfi/6/68[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody035]!/4/58/6/2[c27fn1427]). Acesso em: 20 abr. 2023.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597024029/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4/32/8/1:20\[401%2C-2\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597024029/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/32/8/1:20[401%2C-2]). Acesso em: 3 maio 2023.

Atividade financeira do Brasil *sub judice*: os instrumentos financeiros do país sob a ótica do ODS 10

Brazil's financial activity sub judice: the country's financial instruments from the perspective of SDG 10

Artigo recebido em 06/02/2024 e aprovado em 19/07/2024.

Alexandre Coutinho da Silveira

Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Pará.

Ana Flávia Figueiredo Barbosa

Graduanda do Curso de direito pela Universidade Federal do Pará.

Resumo

O presente artigo busca analisar o papel de atuação e instrumentalização dos mecanismos do direito financeiro e tributário, a partir da atividade do Estado, diante do objetivo fundamental de redução das desigualdades. A partir do estudo dos conceitos e instrumentos da atividade financeira do Estado e seu potencial redutor das discrepâncias socioeconômicas do país, o trabalho desenvolve uma análise crítica jurídica sob a perspectiva de redução das desigualdades por meio do exame das ações de controle de constitucionalidade etiquetadas pelo Supremo Tribunal Federal com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificamente, ODS 10 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, intitulado “redução das desigualdades”. Conclui-se que os atuais entendimentos acerca do papel da atividade financeira do Estado sob a perspectiva de embate às desigualdades estão associados às mudanças de distribuição de receita e federalismo fiscal, além de atrelados ao debate de novos gastos sociais com relação às políticas públicas positivas.

Palavras-chave: direito financeiro; direito tributário; desigualdade estrutural; Agenda 2030; ODS 10.

Abstract

The present article seeks to analyze the role of performance and instrumentalization of the mechanisms of financial and tax law, from the activity of the State, in view of the fundamental objective of reducing inequalities. Based on the study of the concepts and instruments of the State's financial activity and its potential to reduce the country's socioeconomic discrepancies, the work develops a critical legal analysis from the perspective of reducing inequalities through the examination of the constitutionality control actions labeled by the Supreme Federal Court with the Sustainable Development Goals, specifically SDG 10 of the 2030 Agenda of the United Nations, entitled “reduction of inequalities”. It is concluded that the current understandings about the role of the State's financial activity from the perspective of combating inequalities are associated with changes in revenue distribution and fiscal federalism, in addition to being linked to the debate of new social spending in relation to positive public policies.

Keywords: financial law; tax law; structural inequality; Agenda 2030; SDG 10.

¹ Artigo referente ao projeto de pesquisa intitulado “Atividade financeira e redução das desigualdades”, sob a orientação do prof. Dr. Alexandre Coutinho da Silveira. Este trabalho foi apresentado no VI SIEPE do Instituto de Ciências Jurídicas e na IX SEMACAD da faculdade de direito da Universidade Federal do Pará.

1 Introdução

No Brasil, é evidente que há uma relação positiva entre a possibilidade de redução das desigualdades e a utilização dos instrumentos existentes na atividade financeira e tributária do país. Trata-se de mecanismos como receita, despesa, crédito, orçamento, fiscalização e tributação progressiva, que, quando em consonância positiva com relações políticas, ditam o andamento socioeconômico do país. Em que pese o reconhecimento dessa instrumentalização constitucional para uma busca por igualdade, sobretudo econômica e material, a problemática das fortes desigualdades persiste e está imbricada na sociedade brasileira de distintas formas. Cabe o questionamento: afinal, qual seria o papel de atuação da atividade financeira do Estado neste quadro? Este trabalho visa discorrer acerca das principais características da atividade financeira do Estado brasileiro e seu papel associado à atuação do sistema financeiro para o cumprimento do objetivo fundamental de redução das desigualdades. O referido quadro de desigualdades é apresentado a partir da análise da atuação do Poder Judiciário por meio dos processos etiquetados pelo Supremo Tribunal Federal diante do comprometimento do país com a Agenda 2030 da ONU e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especificamente ODS 10.

Para análise do proposto, optou-se pelo método dedutivo, com análise e interpretação de dados, por meio de pesquisa quantitativa. Foi realizado um levantamento processual e jurisprudencial no *site* do Supremo Tribunal Federal, com recorte proposto com base nas etiquetas desenvolvidas pelo próprio tribunal acerca do projeto da Agenda 2030 da ONU (Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>), ao qual o Brasil aderiu, envolvendo 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Foram mapeados os processos de controle de constitucionalidade e de repercussão geral, classificados e etiquetados com o objetivo de redução de desigualdades.

Por fim, entre os processos etiquetados com o selo de redução de desigualdades, foi realizado um levantamento discriminando aqueles relacionados às finanças públicas. Dessa forma, houve uma busca orientada com o objetivo de estreitar o objeto de análise principal da pesquisa com a realidade e o planejamento pragmático da atividade financeira do país em relação às desigualdades, por meio da classificação em seis categorias: receita, despesa, federalismo fiscal, crédito, orçamento e fiscalização. Além disso, trata-se de uma busca orientada a partir de uma pesquisa qualitativa de natureza teórico-bibliográfica através de artigos de doutrina.

2 O potencial da atividade financeira do Estado e seus instrumentos para redução das desigualdades

É evidente que a atividade financeira do Estado é responsável por reger o funcionamento da máquina pública do país, eis que cabe à estrutura estatal e governamental efetuar a arrecadação e realizar a despesa pública (Scaff, 2017, p. 101). Em que pese historicamente ao longo das Constituições brasileiras a busca por um sistema de planejamento e gestão fiscal de eficiência e melhoria de alocação da dívida pública, atualmente, percebem-se falhas quanto a um aperfeiçoamento no sentido de reduzir as desigualdades. Faz-se fundamental destacar as tendências de permanência do *status quo* da organização dos instrumentos financeiros calibrados para manutenção das discrepâncias sociais e econômicas entre as classes brasileiras.

Decerto, busca-se demonstrar a relação de associação e importância do crescimento socioeconômico ao objetivo constitucional de redução das desigualdades e seu papel desconcentrador por meio das finanças públicas e sua instrumentalização dos mecanismos financeiros e tributários do Estado, especificamente acerca da receita pública, despesa, dívida, crédito público, federalismo fiscal, tributação progressiva e fiscalização de funcionamento de tais mecanismos.

No que concerne à disposição normativa, a busca pela igualdade não está apenas fixada como princípio, mas está presente em diversos itens da Constituição Federal de 1988. Proposta enquanto objetivo fundamental, em seu art. 3º, incisos I e III, tem-se a busca pelo justo e igualitário e pela redução das desigualdades sociais e regionais. Ademais, em seu art. 170, inciso VII, busca assegurar existência digna em consonância com a justiça social, fiscal e tributária, expressa em sua ordem econômica (Brasil, 1988).

Por outro lado, tais compromissos representam um pressuposto para o desenvolvimento socioeconômico do país, bem como são fundamentais para a legitimidade do Estado enquanto representação política. Conforme disposto por Silveira (2020, p. 62), a presença massiva de desigualdades traz aos indivíduos a necessidade de um

investimento de seus esforços e recursos na busca por um tratamento igualitário e pela requisição de proteção social pelo Estado, o que causa alocação, por vezes, ineficiente de recursos, bem como distorções sistêmicas como corrupção e nepotismo. Tais efeitos estruturais, ao gerarem instabilidades econômicas, financeiras, políticas e sociais, tornam o embate às disparidades socioeconômicas objetivo que deve ser perseguido por todos os elementos do Estado, inclusive pela atividade financeira e tributária.

Conforme Júnior, Oliveira e Magalhães (2015, p. 226):

Mais do que isso, é preciso perceber que os sistemas de propriedade de economias avançadas fazem parte de um intrincado arranjo político-jurídico, que combina uma infinidade de regras (incluindo regras tributárias, trabalhistas, ambientais, de política fiscal e monetária, de planejamento urbano, de política externa, de saúde, transporte e segurança, etc.), as quais influem diretamente nos recursos que cada um possui. A “contribuição” de cada indivíduo deixa, portanto, de ser algo natural, devendo ser vista pelo que realmente é: um “artefato institucional”. Daí, perde sentido alegar que o que cada pessoa extrai do mercado é puro reflexo de sua respectiva contribuição.

Desse modo, tem-se que o papel da atividade financeira do Estado é reflexo determinante do posicionamento do Estado enquanto figura política e econômica ordenadora do país. De acordo com Fernando Scaff (2017, p. 321-330), há um ciclo vicioso, em que a desigualdade econômica gera um maior déficit de representação política e essa relação se retroalimenta, em que a desigualdade é causa e consequência da falha do sistema político e contribui para a instabilidade econômica.

Nas palavras de Bercovici e Massonetto (2006, p. 58):

A evolução do direito financeiro refletiu o protagonismo do Estado na organização do capitalismo no segundo pós-guerra, denotando a integração progressiva entre a economia e as finanças públicas e legitimando a participação ativa do Estado no domínio econômico.

Ponto de convergência entre direito financeiro e direito econômico é a organização do espaço político-econômico da acumulação, modulada de acordo com o regime econômico e com o papel atribuído ao Estado na estruturação do domínio econômico.

Não obstante, a partir da Constituição de 1988, o Brasil enfrenta crises entre as instituições financeiras e econômicas, uma vez que as encontramos de maneira distinta e indissociáveis, por vezes, em estado de separação definitiva entre constituição orçamentária e constituição tributária, bem como, por vezes, integrando-as como elemento uno ao dispor de princípios e objetivos comuns.

Outro ponto, o ideário liberal que trata da existência de uma neutralidade necessária para a Constituição financeira, vista como mero instrumento procedimental e isolada dos aspectos econômicos e sociais, contribui para uma dissociação do papel do Estado necessário para redução das desigualdades e para formulação de normas incipientemente programáticas. Dessa forma, apartar aspectos da atividade financeira, como planejamento, orçamento e gestão fiscal do país, conduz à dissonância entre as ordens de funcionamento do país no que tange às políticas públicas e aos aspectos tributários referentes à arrecadação e redistribuição, o que dificulta o cumprimento pleno do potencial da atividade financeira no sentido desconcentrador e redutor de desigualdades.

Assim, constata-se que há divergências quanto à instrumentalização e à eficiência da atividade financeira enquanto provedora de soluções para o impasse das desigualdades socioeconômicas para além da visão centralista que trata o orçamento enquanto mera previsão de receitas e fixação de despesas e gastos públicos, mas também como meio para o embate a redução das desigualdades e favorecimento a redistribuição.

Outrossim, segundo Holmes (2019), no contexto jurídico e social, os direitos devem ser garantidos em detrimento de um ônus estatal por meio, necessariamente, de ações positivas. Assim, tem-se que a dicotomia de direitos negativos e positivos é falha, à medida que ambos devem ser resguardados constitucionalmente e requerem o posicionamento ativo do Estado, uma vez que os direitos se encontram em um constante processo de criação e revisão das normas jurídicas por meio dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Resta claro, portanto, que a atuação do poder público, quando negligente com relação a um governo organizado, eficaz e dotado de apoio público, que seja capaz de tributar e gastar, perderá eficiência na proteção e garantia dos direitos. Desta feita, o empenho financeiro do Estado é cogente para garantia dos direitos, tendo em vista que se trata de uma imposição estatal e custeada pela atividade pública.

2.1 Utopia x realidade: os problemas pragmáticos financeiros e tributários e a dissonância dos instrumentos ao objetivo de reduzir desigualdades

Cumprido discorrer acerca dos meios necessários à efetivação da atividade financeira para a ratificação de seu potencial para o país e, por conseguinte, do impasse de redução de desigualdades, tendo como consenso ativo não somente os gastos por meio das despesas públicas, mas também o uso de elementos como receita pública, crédito público e federalismo fiscal responsáveis, em parte, pelas desigualdades regionais. Sob essa perspectiva, tem-se, segundo Scaff (2023, p. 2):

[...] O tratamento financeiramente simétrico é prejudicial para o desenvolvimento nacional, pois alguns entes federados necessitam de mais recursos do que outros. Logo, a simetria, tal como aplicada, implica em tratar os desiguais de forma igual, o que é contra o princípio da isonomia, que determina tratamento desigual buscando igualar situações desiguais, visando reduzi-las.

Apesar disso, faz-se necessário discutir a permanência da ideia equivocada de que a redução das desigualdades ocorre tão somente por meio do dispêndio estatal na promoção de políticas públicas, a qual, quando afastada, relevaria a necessária participação de outros elementos do sistema financeiro (Silveira, 2020, p. 66).

Historicamente, a construção estatal brasileira perpassou por questões e métodos liberais de funcionamento, bem como pela busca do Estado de Bem-estar Social. Tais momentos históricos e sociais são referenciados, atualmente, pela desigualdade alocada em segundo plano, assim como constante deslegitimação da função redistributiva do Estado (Guimarães, 2016, p. 10).

Decerto, evidencia-se que, no campo das receitas públicas, a atividade tributária do país é indispensável à arrecadação de valores. No entanto, destaca-se como problemática a estrutura imbricada do sistema em regressividade diante de uma tributação indireta – seja pelos serviços, seja pelo consumo – e da disposição de benefícios tributários e fiscais, que os quais podem ser implementados também no âmbito da despesa pública, por meio de subvenções, subsídios e devoluções de tributos legitimamente pagos (Breyner; Derzi, 2016, p. 156), que mantém sua atuação atrelada a um papel mínimo para operar como políticas desconcentradoras.

Conforme disposto por Silveira (2020), a receita pública deve buscar realizar prosperidade social, devendo os tributos atuarem como um elemento orgânico do conjunto da economia. Assim, a arrecadação de valores é reflexo do papel ativo do sistema tributário, sendo fundamental destacar para qual sociedade tais regras irão funcionar, se buscará meios de redistribuição e nivelamento ou tão somente a manutenção de uma conjuntura liberal e individualista em posição omissa e resguardada pelo consumo primário dos consumidores.

Em que pese a importância do funcionamento da despesa pública enquanto mecanismo de investimento, não basta somente o gasto, faz-se necessária a análise de eficiência e a busca de resultados e impactos em índices socioeconômicos. Diante disso, cabe ressaltar a disposição de toda a atividade financeira pela busca de objetivos em comum com o quadro social e econômico do país.

O potencial do tributo, identificado por Avi-Yonah (2006, p. 3), deve cumprir com os objetivos de regulação, arrecadação e redistribuição – pressupostos estes que estão integrados constitucionalmente. Constata-se como meio necessário para o exercício das próprias funções estatais como arrecadação e obtenção de recursos para o desempenho e funcionamento do país, bem como proteção e garantia de direitos. Dessa forma, a própria arrecadação é uma forma de política pública, haja vista que seu desempenho é uma escolha política e integra o quadro de opções que o Estado possui, na amplitude de sua atividade financeira, para atingir os objetivos que se dispõe a cumprir.

Neste cenário, percebe-se a importância da configuração tributária do país, haja vista que sua constituição reflete seus posicionamentos políticos, garantia de direitos e dita os aspectos de financiamento do setor público.

Atualmente, o Brasil, contraditoriamente, apresenta uma alta carga tributária que possui como característica primária a regressividade. Isso se deve a alta tributação indireta ocorrida pelos tributos direcionados ao consumo de bens e prestação de serviço, como ICMS, IPI e PIS/Cofins, em detrimento de um baixo peso sobre a tributação direta. Assim, tem-se que a configuração tributária distancia-se dos objetivos de justiça fiscal e distributiva, tendo em vista a baixa utilização de tributos que, em sua essencialidade, consideram a colocação dos indivíduos em diferentes estratos econômicos e seus rendimentos de maneira proporcional.

A tributação indireta deve, sobretudo, considerar o princípio da seletividade, cujo objetivo é adequar a alíquota à essencialidade do bem, agravando a exação sob os produtos de consumo restrito ou desnecessário (Hissa Maia, 2023). Diferentemente da tributação direta, sua alocação não ocorre a partir da renda global do indivíduo, porém busca uma correspondência das despesas transacionadas e seus valores de acordo com o produto ou serviço adquirido. No entanto, a seletividade encontra fragilidades práticas, posto que há critérios subjetivos de tributação, tendo em vista que, por vezes, o consumo não necessariamente acompanha a renda fixa e total dos indivíduos, tornando os tributos indiretos onerosos e desiguais.

Os prejuízos abarcados pela tributação sobre o consumo e serviços estão na descon sideração da renda e quase irrelevância da inclusão do princípio contributivo de capacidade econômica, conforme o art. 145, § 1º (Brasil, 1988) na determinação de fatos geradores e suas obrigações jurídicas geradas. Ademais, com os benefícios fiscais e imunidades, gera-se uma redução da arrecadação sobre manifestações de riqueza em detrimento da disposição desses incentivos. Dessa forma, a conjuntura atual de funcionamento dos meios financeiros e tributários do país encontra-se em dissonância com uma fundamentação constitucional pautada em progressividade e busca pela igualdade.

Com relação à tributação direta, torna-se inegável seu potencial de embate em relação às desigualdades na medida em que se propõe, teoricamente, à proporcionalidade, diante das rendas dos indivíduos. Entretanto, historicamente, a renda brasileira sempre esteve concentrada em um topo de uma camada mais rica do país, acompanhada, assim, de uma estabilidade no quadro de desigualdades, conforme demonstrado por Guimarães Ferreira de Souza (2016, p. 135). Ainda, tem-se a configuração de inúmeros benefícios fiscais, os quais têm como objetivo a simplificação do regime tributário e seus destinatários, como alternativa ao pagamento de devidos impostos, em sua maioria impostos diretos – quais sejam Imposto de Renda da Pessoa Física e Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Além disso, tais benefícios se transvestem como busca por uma maior facilidade e comodidade no cumprimento das obrigações tributárias (Breyner, 2016, p. 164), contribuindo para que não haja a completude do ciclo referente a obrigação tributária de forma plena e igualitária, pois distancia-se de objetivos fundamentais, como capacidade econômica e progressividade.

Hodiernamente, a questão central do quadro da tributação da renda brasileira reside nas camadas mais ricas da população brasileira tributadas por meio do IRPF com alíquotas médias e de eficiência inferior ao necessário (Gobetti, 2017).

Nas palavras de Silveira (2020, p. 136):

A alíquota média efetiva vai crescendo ao lado dos rendimentos totais do declarante até a quinta faixa, a partir da qual passa a diminuir fortemente. A maior alíquota efetiva é de 11,8% enquanto que a alíquota média efetiva (declarantes mais ricos) é tão somente 6,7%. Mostra ainda que a quantidade de rendimentos isentos cresce paulatinamente, mas que tal crescimento é mais que proporcional na troca de faixas. Rendimentos tributáveis crescem 20% e rendimentos isentos crescem 200% na faixa seis pra sete; já na faixa sete para oito, crescem 100% os tributáveis e os isentos crescem 520%.

Isto posto, tem-se que a tributação direta tem sido negligente com seu potencial de promover progressividade ao dispor desses tributos de maneira apenas (e falsa) proporcional pouco eficiente e subjacente à manutenção da estratificação, uma vez que sua progressividade é diretamente dependente da estruturação de suas alíquotas.

Noutro ponto, cumpre destacar o descompasso acerca da tributação da renda de capital, cujo fato gerador é a renda decorrente da remuneração do próprio capital, sendo sua incidência imperativa, pois são rendimentos diretamente associados à preexistência de riqueza (Silveira, 2020, p. 128). Dessa forma, há de discutir acerca da dicotomia e tributação da renda, não somente advinda do trabalho, mas também decorrente do capital à medida que existe um potencial de progressividade.

A presente controvérsia acerca da tributação encontra-se na justificativa de que existe uma tributação proporcional ou, por vezes, uma isenção fiscal. Segundo Silveira (2020), a ausência de uma tributação progressiva nos rendimentos financeiros é frequente no sistema tributário brasileiro, em que há tendência a alíquotas fixas, regressivas ou zero. Isso ocorre devido à justificativa de necessidade de incentivos e investimentos para o mercado

financeiro e atração de investidores, inclusive com a pauta de evitar perdas, possivelmente deduzidas da base de cálculo do cômputo geral do imposto (Silveira, 2020, p. 128).

Portanto, a baixa tributação sobre os rendimentos de capitais garante que faixas mais altas do topo de renda permaneçam cada vez mais concentradas, à medida que encontra respaldo em mecanismos de isenções e deduções e garantia de uma tributação diferenciada, de acordo com a tabela da Receita Federal Brasileira, permitindo a majoração do caráter desigual e concentrador financeiro do país.

Dessarte, faz-se imperioso destacar o potencial da tributação extrafiscal como mecanismo para geração de isonomia e incentivo a determinadas posturas, seja estatal, seja social por meio dos tributos. Tendo, além da função de fiscalidade, a tributação como objetivo também a regulação da atividade econômica do país, fundamentando a presença de critérios de proporcionalidade no controle das desigualdades (Folloni, 2014, p. 201-220). Tem-se, assim, a tributação extrafiscal como alternativa à indução de comportamentos, seja nos agentes econômicos, seja nos cidadãos, a fim de cumprir o estabelecido por um determinado objetivo.

Conforme Folloni (2014), a função do tributo extrafiscal está além da tradição dogmática jurídico-tributária tradicionalista de justiça fiscal e igualdade na proporção da obrigação tributária do indivíduo, tem como base a determinação de uma futura função, seja pelas intenções estatais em concebê-lo, seja pela busca de efeitos refletidos no contribuinte e, por conseguinte, na economia.

Ademais, ainda segundo o autor, a atuação dos tributos extrafiscais ocorre com finalidade diversa à arrecadação, tendo como objetivo principal a indução dos contribuintes a um comportamento positivo ou negativo. A influência na tomada de decisões direciona objetivos socioeconômicos ao estimulá-los ou desestimulá-los, trazendo um impacto aos custos².

Então, resta evidente que há potencial em tributos que não necessariamente possuem o objetivo meramente arrecadatório, haja vista que a função extrafiscal é fundamental para a produção de efeitos indutores responsáveis pela regulação da economia, sendo um dos instrumentos pela busca por isonomia.

Não obstante, é ressaltada a possibilidade de outros âmbitos da atividade financeira do Estado, destacando-se, além dos já citados impactos oriundos da formatação do sistema de receitas públicas por meio da tributação, a estrutura do federalismo fiscal da normatização concernente ao endividamento estatal.

Vislumbra-se os outros elementos do direito financeiro brasileiro, destacando-se: receita pública, despesa pública, crédito público, orçamento público, controle público e federalismo fiscal (Scaff, 2017, p. 32). Perfaz-se que a estruturação financeira do país dita seu funcionamento, o que demonstra que há um potencial analítico subexplorado nos contextos políticos, sociais, econômicos e jurídicos (Silveira, 2020, p. 75) advindos de um uso em desacordo com os objetivos constitucionais e republicanos.

Deve-se destacar também a necessidade e correlação de gastos públicos relacionados às mudanças climáticas, a fim de representar uma mensuração de apoio à gestão dos compromissos internos aos acordos internacionais. Consoante a Tozato *et al.* (2019), gastos públicos relacionados à mudança do clima, a exemplo, representam as opções de financiamento do governo na forma de custeio, investimentos, transferências, renúncias fiscais e inversões financeiras com ações ou serviços públicos direcionados à mitigação e/ou à adaptação da sociedade aos efeitos da mudança do clima. Resta evidente o esforço brasileiro com relação aos dispêndios focados em grandes áreas temáticas correspondentes a direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, tal qual o meio ambiente equilibrado. Outrossim, é fundamental ressaltar temas sob a perspectiva do federalismo brasileiro, haja vista a importância de tais mecanismos quando associado a ótica da repartição de receita e de distribuição entre os entes. Nesse sentido, destaca-se o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) em que sua transferência, vinda da União,

² De forma mais completa, Folloni (2014) defende que a indução do comportamento é feita pela via econômica, na pressuposição da ausência de norma que o proíba ou obrigue. Juridicamente, o comportamento é lícito: tanto pode ser quanto pode não ser adotado e nenhuma sanção a ele se propõe. Mas, economicamente, torna-se mais ou menos atrativa sua adoção, e o elemento tributário é determinante nessa mutação. Sendo assim, o comportamento acaba sendo induzido com tal intensidade que se torna proibitivo ou de realização inevitável, a regra tributária afeta, sem dúvida, a liberdade de opção individual, sob o modal permitido ou facultado, pode ocultar-se uma normatividade jurídica que, na prática, não deixe opção ao cidadão.

corresponde a 22,5% da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados (art. 159, I, b da Constituição Federal de 1988). Segundo o Ministério da Fazenda e a Secretaria do Tesouro Nacional – STN (2023), os critérios de distribuição associados aos dados populacionais representam uma problemática à medida que municípios menores conseguem manusear seus números referentes à população e abarcar maiores ganhos. Tal indicativo representa a necessidade de revisão acerca dos aspectos do federalismo fiscal, uma vez que há um distanciamento de controle entre estes e os responsáveis pela repartição.

No que tange ao aspecto das renúncias de receitas, existe uma maior opacidade de seus possíveis efeitos concentradores, tendo em vista o seu impacto para camadas mais ricas (Silveira, 2020, p. 75).

Ainda, segundo Silveira (2020), com relação à dívida pública, o déficit democrático é ainda maior, pois seu caráter redistributivo de regramento do crédito público encontra-se praticamente ignorado. Há preponderância da despesa pública nas discussões sobre a redução das desigualdades, em detrimento de outros aspectos da atividade financeira do Estado.

Quanto aos desequilíbrios do gasto primário, em nenhum momento se refere à estruturação da receita, dos gastos tributários ou da dívida pública (Silveira, 2020, p. 76). Dessa forma, ficou constatado que, sem a presença do Estado, não há de se falar em regulamentação da receita e despesa, e que, em tal *status* de ausência, os cidadãos seriam incapazes de desfrutar plenamente de seus direitos, o que afirma a necessidade de um Estado estruturado por uma Constituição capaz de mobilizar e canalizar com eficácia e eficiência os recursos e aplicá-los como garantia aos direitos (Holmes, 2019).

A vista disso, torna-se evidente a fundamentalidade do debate acerca dos diversos instrumentos da atividade financeira do Estado que estão calibrados no sentido de maior concentração, uma vez que alterar essa estruturação no sentido desconcentrador não é tão somente promover redistribuição, quanto, ao menos, compensar a regressividade, anulando os efeitos concentradores. É também a objeção de que os instrumentos financeiros, tributários em particular, não prestam a fins redistributivos, restando evidente que esta é não apenas equívoca como também inadequada, pois representa a manutenção do *status quo* concentrador, em detrimento do objetivo de reduzir as desigualdades. Ou seja, há um potencial afirmado, mas negligenciado pela estrutura e burocratização tendente à concentração do direito financeiro e tributário brasileiro.

3 Análise de atuação do Poder Judiciário: o posicionamento do Brasil quanto aos seus mecanismos de redução das desigualdades

O Brasil, em 2020, aderiu à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas que tem como objetivo o cumprimento de 17 metas estabelecidas como fundamentais para o desenvolvimento socioeconômico de um país³. A adesão da Agenda na classificação dos processos do Supremo Tribunal Federal teve como finalidade analisar a disposição de tais objetivos na seara ordinária do Judiciário brasileiro (Fux, 2022). Foi apresentado pelo STF que a classificação dos processos entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) foi realizada por meio do uso de inteligência artificial, a ferramenta RAFA 2030.

Dessa maneira, sob a perspectiva da etiqueta ODS 10, intitulada “redução das desigualdades”, o presente artigo se ateve a uma análise orientada de busca, por meio de uma classificação da relação entre desigualdades e as finanças públicas do país utilizando instrumentos financeiros.

Foi constatada, a partir da análise determinada, a relação de associação entre a importância do crescimento socioeconômico à redução das desigualdades e ao debate acerca da instrumentalização do direito financeiro para tal sob a perspectiva da judicialização das matérias.

Foram encontrados setenta e um processos relacionados às finanças públicas etiquetados com o indicador da redução das desigualdades. Dentre eles, foi realizada uma nova classificação interna em seis temas da área financeira, quais sejam: receita, despesa, federalismo, orçamento, crédito e fiscalização. Cabe destacar que houve processos

³ Supremo Tribunal Federal e da Agenda 2030 da ONU. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 27 dez. 2022.

que possuíam relação com mais de uma etiqueta, tendo em vista a integração dos mecanismos financeiros e sua configuração em orçamento e enquanto política do país. Entre eles, destacam-se processos relacionados à receita e federalismo fiscal, bem como despesa e orçamento, uma vez que há relação próxima entre tais temáticas.

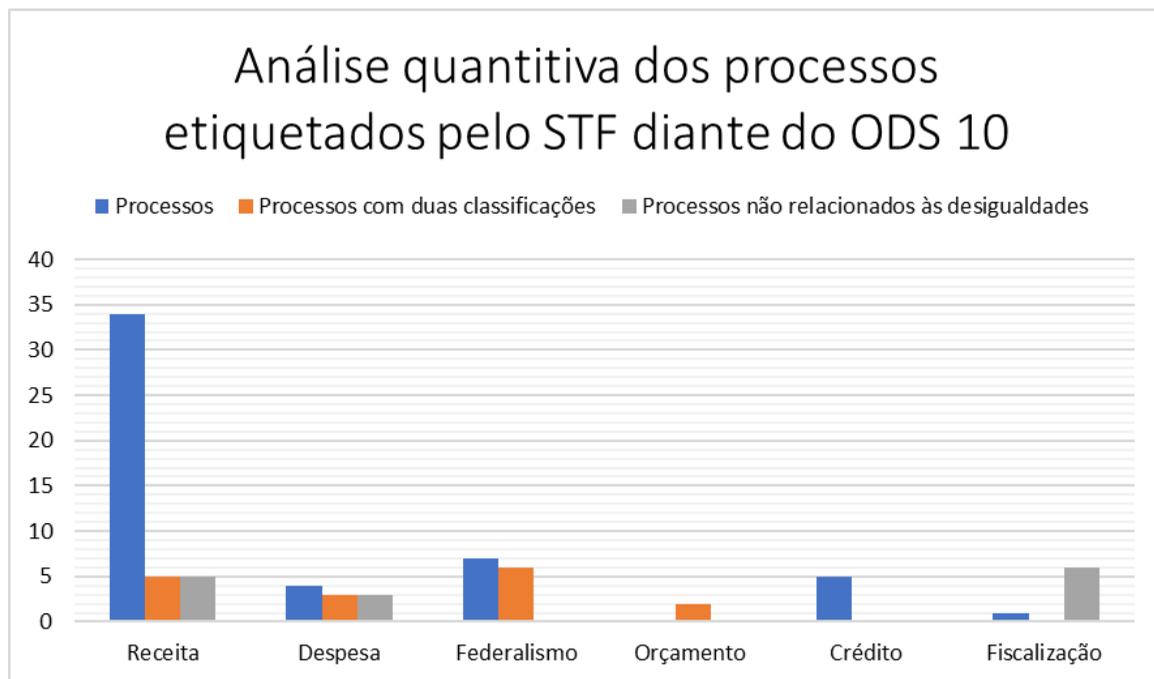


Figura 1 – Análise Quantitativa do ODS 10

Entre eles, observam-se quatorze processos que não possuem clara relação com a etiqueta disposta de redução das desigualdades e que não foram esclarecidos pelo próprio STF quais foram os fundamentos utilizados para classificação em tal etiqueta. Destaca-se o Tema 881 que trata dos “limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado.” Tendo em vista que o processo trata de controle processual acerca dos tributos, cabe o questionamento de qual seriam os critérios usados para sua classificação enquanto matéria importante para redução das desigualdades.

Tem-se que nos processos indicados, a maioria indica novos posicionamentos com relação à redução das desigualdades entre os entes federativos e a distribuição da atividade financeira e tributária sob a perspectiva do federalismo fiscal, transferência de receita e debates acerca da competência de determinados impostos. Ressalta-se o quantitativo de trinta e nove processos associados a questões envolvendo receita, em que cinco envolvem interseções com o federalismo.

Ademais, oito processos estão associados a gastos – dispêndios públicos. Em sua maioria, trata-se de processos correlacionados às políticas públicas, como suspensão do corte orçamentário do Programa Bolsa Família (ACO 3.359⁴). Tratam também do investimento em novas políticas públicas por meio do orçamento como a criação do

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Bolsa Família: após audiência, União deve se manifestar sobre ressalvas a cortes na Região Nordeste, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=474887&ori=1>. Acesso: 2 ago. 2023.

Programa Bolsa Aluguel do âmbito estadual (ADI 4.727⁵), bem como do Programa de Arrendamento Residencial, com a finalidade de garantir a efetividade do direito de moradia e a redução da desigualdade social (RE 928.902⁶).

Com relação aos critérios de crédito e fiscalização, foram analisados processos relacionados ao parcelamento da liquidação de precatórios pela Fazenda Pública (ADI 2.356⁷); sobre as operações de crédito interno e externo dos estados (ADI 3.545⁸); sobre a compensação de títulos de empresa pública com débitos de ICMS (ADI 5.882⁹); apropriação de créditos de PIS e Cofins na aquisição de desperdícios, resíduos e aparas (RE 607.109¹⁰) – o qual possui relação com meio ambiente, e sobre a possibilidade de exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins dos valores correspondentes a créditos prescritos de ICMS e decorrentes de incentivos fiscais concedidos pelos Estado e pelo Distrito Federal (RE 835.818¹¹).

4 Considerações finais

De maneira geral, a maioria dos processos indicam a função do gasto público como forma de criação e manutenção de políticas redistributivas. Conclui-se também que a busca pela redução das desigualdades parte, em suma, da relação entre os entes federativos e de uma possível redefinição acerca da distribuição entre os Estados e Municípios, seja através de instrumentos tributários ou financeiros. Além disso, foram relatados casos acerca de políticas redistributivas e novos ajustes, tratando-se do aspecto de despesa e orçamento. Outro ponto indicado é que o procedimento com relação à colocação das etiquetas pela inteligência artificial RAFA 2030 não demonstra de maneira clara quais os motivos que levaram a presença da etiqueta “redução das desigualdades” àquele processo, assim como o próprio Tribunal não esclarece a associação realizada entre a temática da ação e o debate acerca das desigualdades e qual seriam os impactos, sejam positivos ou negativos, tendo em vista que o objetivo fundamental do país é a redução do efeito concentrador e uma tributação equitativa.

Dessa maneira, tem-se que o atual posicionamento do STF diante das finanças públicas do país é regressivo e antiquado, uma vez que insiste de forma excessiva na manutenção do papel ultrapassado no entendimento de que a redução das desigualdades parte, em sua maioria, de dispêndios públicos, permitindo que os outros instrumentos financeiros do país permaneçam em “desuso” e/ou “mau uso”, além de adotar uma classificação, por vezes,

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.727. Inconstitucional. Ação Direta. Lei 1.600/2011 do Estado do Amapá. Programa Bolsa Aluguel. Vício de iniciativa. Inocorrência. Inexistência de vinculação do benefício ao salário mínimo nacional. Fixação de prazo para regulamentação da lei pelo Poder Executivo. Inviabilidade. Parcial procedência dos pedidos. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur478157/false>. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 928.902. Recurso Extraordinário. Constitucional e tributário. Programa de Arrendamento Residencial – par. Política habitacional da união. Finalidade de garantir a efetividade do direito de moradia e a redução da desigualdade social. Legítimo exercício de competências governamentais. Inexistência de natureza comercial ou de prejuízo à livre concorrência. Incidência da imunidade tributária recíproca. Recurso extraordinário provido. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410523/false>. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.356 MC. Cautelar. Inconstitucional. Ação Direta. Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, que acrescentou o art. 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Parcelamento da liquidação de precatórios pela Fazenda Pública. Relator: Min. Néri da Silveira. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192426/false>. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.545. Inconstitucional. Ação Direta. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2312427>. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.882. Inconstitucional. Ação Direta. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo medida cautelar. Causa madura. Mérito. Processo legislativo estadual. Direito tributário. Medida provisória. Programa Catarinense de Recuperação Fiscal (prefisc). Lei estadual 17.302/2017 (art. 6º e art. 13). Tramitação legislativa. Emenda parlamentar aditiva. Pertinência temática. Benefício fiscal ICMS. Autorização Confaz. Competência legislativa. Direito comercial. Necessidade. Estimativa de impacto orçamentário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465270/false>. Acesso em: 2 ago. 2023.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 607.109. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450796/false>. Acesso em: 2 ago. 2023.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 835.818 RG. Recurso Extraordinário. Cofins – PIS – base de cálculo – crédito presumido de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – arts. 150, § 6º, e 195, inciso I, alínea “b”, da Carta da República – Recurso Extraordinário – repercussão geral configurada. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da constitucionalidade da inclusão de créditos presumidos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS nas bases de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7763/false>. Acesso em: 2 ago. 2023.

descompassada ao visualizar processos em dissonância do esperado com relação às reduções de desigualdade, o que torna distorcido o atendimento aos tão sonhados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Avançar em estudos exploratórios acerca das formas de adesão do país aos ODS é fundamental para que o Brasil avance no cumprimento de tais objetivos, a fim de alcançar o desenvolvimento necessário, mas, acima de tudo, seja transparente e coerente nos mecanismos adotados e toda a agenda.

Sugere-se, ao final, que a atividade financeira do Estado esteja empenhada em estabelecer um retorno finalístico dessa análise jurisprudencial, a fim de melhor alocar seus critérios de funcionamento com relação aos elementos financeiros, assim como considerar, para efeitos de aplicação e eficiência, os princípios necessários para o desenvolvimento e progressividade, tendo como objetivo alcançar o equilíbrio socioeconômico, tais como capacidade contributiva, progressividade e seletividade dos tributos. Dessa forma, aplicar o potencial teórico subjacente à atividade financeira estatal como modo de embate a multidimensionalidade das desigualdades brasileiras, bem como progredir de seu *status quo* concentrador para componente ativo no cumprimento do objetivo fundamental de redução das desigualdades.

5 Referências

AVI-YONAH, Reuven S. Three goals of taxation. *Tax Law Review*, Michigan, v. 60, n. 1, p. 1-28, 2006.

BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. *A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas XLIX, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *O que você precisa saber sobre as transferências fiscais da União: Fundo de Participação dos Municípios (FPM)*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2023.

BREYNER MENEZES, Frederico. Benefícios fiscais e regressividade tributária. In: ABREU MACHADO DERZI, Misabel; ALMEIDA MELO, João Paulo Fanucchi. *Justiça fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 27 dez. 2022.

FOLLONI, André. Isonomia na tributação extrafiscal. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v. 10 n. 1, p. 201-220, jan./jun. 2014.

FUX, L. et al. Classificação de processos judiciais segundo Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda ONU 2030. *Revista da CGU*, Brasília, v. 14, n. 26, jul./dez. 2022.

GOBETTI, Sérgio Wulff. *Tributação da renda do capital: proposta de Reforma*, 2 out. 2017. Disponível em: <http://www.josero-bertoafonso.com.br/tributacao-da-renda-do-capital-gobetti/>. Acesso em: 5 ago. 2023.

HISSA MAIA, D. *Introito ao capítulo sobre noções principiológicas da cidadania fiscal, seletividade, capacidade econômica e justiça fiscal*, 2023.

HOLMES, Sunstein. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

JÚNIOR, O. A. B.; MAGALHÃES, T. D.; OLIVEIRA, L. M. M. de. Liberalismo, desigualdade e direito tributário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 110, p. 217-272, 2015.

SCAFF, F. Sobre simetria e equalização no federalismo fiscal brasileiro. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-01/contas-vista-simetria-equalizacao-federalismo-fiscal-brasileiro>. Acesso em: 1 ago. 2023.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual: direito financeiro, república e direitos fundamentais*. 2017. Tese (Concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Redução das desigualdades. In: SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *O direito financeiro e a redução das desigualdades*. São Paulo: Dplacido, 2020. p. 51-79.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Tributação da renda. In: SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *O direito financeiro e a redução das desigualdades*. São Paulo: Dplacido, 2020. p. 128-160.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

TOZATO, Heloísa de Camargo *et al.* Abordagens metodológicas para a identificação dos gastos com mudança do clima: desafios para o Brasil. *Boletim regional, urbano e ambiental*, São Paulo, v. 21, p. 149-163, jul./dez. 2019.

Inovação no Poder Judiciário: a modernização das Seções Judiciárias vinculadas ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região por meio de *startups* jurídicas e laboratórios de inovação

Innovation in the Judiciary: the modernization of the Judicial Sections affiliated with the Federal Regional Court of the 1st Region through legal startups and innovation labs

Artigo recebido em 28/11/2023 e aprovado em 15/07/2024.

Ada Maria Mesquita de Macedo

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

Resumo

As modificações surgidas com o advento da Era da Informação somadas à crescente globalização alteraram de modo substancial a vida em sociedade. Em decorrência de tal situação, faz-se necessário o acompanhamento de tais alterações pelos entes públicos, exigindo destes uma abordagem aberta e disruptiva, com a utilização de novos mecanismos para a promoção de sua modernização. Nesse sentido, o Poder Judiciário, apresenta-se como um ator cujo processo de modernização é indispensável. Assim, considerando o contexto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e suas seccionais vinculadas, a presente pesquisa busca analisar o panorama do processo de modernização por meio dos mecanismos de inovação, *startups* e laboratórios de inovação, verificando suas respectivas características e maiores incidências.

Palavras-chave: Tribunal Regional Federal da 1ª Região; laboratório de inovação; *startup*; inovação.

Abstract

The changes that emerged with the advent of the Information Age, combined with increasing globalization, substantially altered life in society. As a result of this situation, it is necessary for public entities to monitor such changes, requiring them to adopt an open and disruptive approach, with the use of new mechanisms to promote their modernization. In this regard, the Judiciary is included as a public agency whose modernization process is essential. Thus, considering the sphere of the Federal Regional Court of the 1st Region and its linked Sections, this research seeks to analyze the panorama of the modernization process through innovation mechanisms, Startups and Innovation Laboratories, verifying their respective characteristics and greatest incidences.

Keywords: Federal Regional Court of the 1st Region; innovation laboratory; *startup*; innovation.

1 Introdução

As alterações apresentadas pela Revolução Digital, aliadas à crescente globalização, alteraram a forma e a velocidade pelas quais as sociedades ao redor do mundo enfrentam seus desafios diários, não sendo diferente a realidade do Brasil. Os contextos econômico, social e jurídico brasileiros, diretamente influenciados pelas mudanças tecnológicas, sofreram diversas reformulações, intervindo diretamente em suas instituições, sejam elas privadas ou públicas.

Isso porque, os avanços tecnológicos, ao passo que alteraram o modo de comunicação e resolução de problemas, trouxeram a necessidade de adequação estrutural às novas demandas. Tal perspectiva, no contexto do setor público, é ainda mais específica, em razão das diversas limitações exigidas ao referido setor, o qual deverá seguir o denominado regime jurídico-administrativo, sendo-lhe impostas restrições especiais à sua atuação, bem

assim o exercício de poderes que não existem no âmbito do setor privado e demandam estratégias inovadoras de seus gestores capazes de promover a modernização do funcionalismo público dentro de suas limitações.

Nesse contexto de intensas transformações tecnológicas, cabe ao direito garantir a ordem jurídica das relações sociais daí decorrentes. Surge, então, a necessidade de maior compromisso por parte do Estado brasileiro de incentivo ao desenvolvimento tecnológico. Por tal razão, a Emenda Constitucional 85/2015 incluiu o termo inovação no Texto Constitucional, em seu art. 218¹, de modo a ampliar a concepção de desenvolvimento científico no país, com a promoção de novos meios tecnológicos.

Seguindo a tendência de fomento à tecnologia e inovação, a Emenda Constitucional 85/2015 inseriu, também, o parágrafo único ao art. 2192 da Constituição Federal (CF/1988), deixando claro o intento de promover a inovação tecnológica não apenas no âmbito do setor privado, como também no público. Desse modo, insta salientar que não se trata de qualquer inovação, mas sim, aquela prevista em lei.

Traçadas as diretrizes constitucionais acerca do tema, o arcabouço normativo infraconstitucional atualmente vigente busca especificar a estrutura por meio da qual se dará a inovação no Brasil. Para tanto, compreender os ditames legais existentes e as diferenças estabelecidas entre a inovação no setor privado e no público é essencial para o desenvolvimento de iniciativas próprias capazes de atender as diferentes realidades entre tais setores.

Como já mencionado, o setor público, regido pelas regras do direito público, possui um regime jurídico diferente do setor privado. Contudo, conforme exposto, tal diferença não obsta ao desenvolvimento de soluções inovadoras, geradas sob diretrizes, estruturas e ferramentas próprias para o sucesso da implementação de projetos inovadores, capazes de atender os anseios da sociedade, visando ao bem comum.

Dessa forma, considerando a existência de diferenças na inovação realizada no setor público em relação ao privado, há que se ponderar sobre as necessidades específicas daquele setor. No âmbito do setor público, deve-se atentar para as diferentes esferas de governo e três Poderes, os quais entre si já apresentam diversas distinções, resultando em diferentes prioridades, em decorrência de suas variadas demandas.

Assim, no Poder Judiciário percebe-se que as insatisfações levantadas, em suma, estão relacionadas à morosidade da prestação jurisdicional, à elevada quantidade de processos e ao baixo quantitativo de recursos humanos, os quais geram o descontentamento da sociedade frente ao atendimento de seus anseios. Diante de tal conjuntura, a inovação poderá servir como uma ferramenta capaz de dirimir os obstáculos impostos, além de promover a adaptação das estruturas existentes perante as novas tecnologias e dinâmicas sociais.

É nesse sentido que este artigo possui como objetivo geral analisar as possibilidades de modernização do Poder Judiciário, em sua esfera federal. Especificamente, será aprofundado o exame das possibilidades de inovação das Seções Judiciárias do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), vez que este apresenta dificuldades relacionadas a recursos humanos e orçamentários que exigem de seus gestores uma capacidade de adaptação diferenciada em face de sua dimensão continental, quando comparado com os demais Tribunais Regionais Federais.

2 Mecanismos de promoção da inovação no Poder Judiciário

Muito se discute sobre a inovação no âmbito do setor privado, não sendo poucas as metodologias multidisciplinares aplicadas para promoção de novas ideias capazes de superar os desafios diários que se apresentam. Entretanto, a capacidade de inovação no setor público apresenta limitações características de um modelo organizacional, no qual sua estrutura hierárquica tende a não incentivar o compartilhamento de conhecimento e a colaboração entre as diferentes repartições de determinado órgão do Poder Judiciário.

¹ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

² Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Além disso, um grande fator limitante do processo de inovação é a escassez de servidores públicos com habilidades e competências adequadas para o planejamento e execução de projetos inovadores. Porém, para compreender melhor as barreiras impostas à inovação no Poder Judiciário, é necessário assimilar o seu conceito legal (Repetto; Silveira; Souza; Bastos, 2022).

Sabe-se que a Constituição Federal buscou estabelecer as bases jurídicas pelas quais o Estado deverá fomentar o processo de formação e fortalecimento da inovação, inclusive nos entes públicos. Assim, cumpre analisar o arcabouço normativo decorrente das diretrizes constitucionais que estruturam a inovação no Brasil e identificar quais são os mecanismos existentes que impulsionam o desenvolvimento de um ambiente cooperativo de inovação especificamente no âmbito das seccionais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, bem como o seu atual estágio evolutivo.

Em dezembro de 2004, foi editada a Lei 10.973, conhecida como a Lei de Inovação Tecnológica, a qual tratou de dispor sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica. Porém, após o advento da Lei 13.243, de 2016, a qual alterou a redação da Lei de Inovação Tecnológica, tem-se o seguinte conceito de inovação:

[...] introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (Brasil, 2016).

A atualização do conceito normativo de inovação demonstra a atenção do legislador em reconhecer que não apenas a introdução de algo novo configurará inovação, como também o aperfeiçoamento de ideias já existentes. Contudo, Hironobu Sano (2020) ressalta que a definição de um conceito de inovação no âmbito do setor público ainda é algo pouco explorado quando comparado aos estudos realizados no setor privado, tendo a doutrina apresentado interpretações vagas e imprecisas.

Diante de várias compreensões acerca do vocábulo inserido na CF/1988 pela Emenda Constitucional 85/2015, o referido autor as sintetiza em dois aspectos centrais:

- (1) ser uma novidade na unidade que a adota, ou seja, trata-se da incorporação de algo novo que pode ter sido utilizado em outra localidade; e
- (2) ter utilidade prática em um determinado contexto, ou seja, não basta uma mera ideia, mas a mesma deve ser posta em ação e trazer resultados para a organização (2020).

Dessa forma, agregando as novidades trazidas pela nova redação do conceito legal de inovação e os aspectos centrais acima expostos, pode-se depreender que inovação consiste em todo incremento na estrutura organizacional de determinada instituição capaz de aprimorar seus procedimentos, resultando em maior eficiência na prestação de seus serviços.

Cumprе ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao instituir a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução 395, de 7 de junho de 2021, em seu art. 2º, esclarece o que entende por inovação no Judiciário, *in verbis*:

[...] considera-se inovação a implementação de ideias que criam uma forma de atuação e geram valor para o Poder Judiciário, seja por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho, ou uma maneira diferente e eficaz de solucionar problemas complexos encontrados no desenvolvimento das atividades que lhe são afetas (Brasil, 2021a).

Assim, diante dos intensos fluxos de tecnologia e alteração das dinâmicas sociais, é imprescindível a urgente adequação do funcionalismo público ao processo de modernização sob o viés da inovação. Entretanto, é fundamental compreender os principais mecanismos de promoção da inovação possíveis de serem utilizados no âmbito do Poder Judiciário, para melhor adequá-los às demandas desse Poder, em especial, no âmbito do Tribunal Regional da 1ª Região.

2.1 Startups

Como mecanismo condutor do processo de inovação, as *startups* se propõem a fornecer uma resposta rápida em face das demandas concretas apresentadas pela sociedade. No contexto do direito pátrio, a Lei Complementar

182, de 1º de junho de 2021, instituiu o Marco Legal das *Startups* e do Empreendedorismo Inovador, o qual, em seu art. 4º, *caput*, dispõe que “são enquadradas como *startups* as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados”.

Logo, com a edição do Marco Legal das *Startups*, observa-se que o legislador buscou delimitar o enquadramento das empresas a serem caracterizadas como *startups*, visando à criação de um regime especial para o fomento desse tipo organização empresarial ou societária. Assim, para a configuração de uma *startup*, de acordo com os ditames legais, é necessário seguir os seguintes parâmetros:

Art. 4º do Marco Legal das *Startups*:

[...]

§ 1º Para fins de aplicação desta Lei Complementar, são elegíveis para o enquadramento na modalidade de tratamento especial destinada ao fomento de *startup* o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades empresárias, as sociedades cooperativas e as sociedades simples:

I - com receita bruta de até R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) no ano-calendário anterior ou de R\$ 1.333.334,00 (um milhão, trezentos e trinta e três mil trezentos e trinta e quatro reais) multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, independentemente da forma societária adotada;

II - com até 10 (dez) anos de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; e

III - que atendam a um dos seguintes requisitos, no mínimo:

- a) declaração em seu ato constitutivo ou alterador e utilização de modelos de negócios inovadores para a geração de produtos ou serviços, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 2º da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004; ou
- b) enquadramento no regime especial Inova Simples, nos termos do art. 65-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Brasil, 2021b, art. 4º).

Doutrinariamente, a concepção que se tem sobre as *startups* é que se trata de empresas com modelo de negócio escalável e repetível, em decorrência do uso da tecnologia. A diferença em relação às empresas tradicionais está na possibilidade de criação de uma solução em um determinado caso e aplicá-la em outros.

No âmbito do Poder Judiciário, cujo nicho apresenta uma série de entraves comumente relacionadas à morosidade e aos desafios advindos da atualização de seus sistemas, como exemplo, modernização da infraestrutura; informatização da justiça; segurança na tramitação dos processos; diminuição dos custos de tempo e orçamento, dentre outros, abre-se espaço para as chamadas *startups* jurídicas, as quais objetivam sanar problemas típicos dessa esfera de Poder.

As *startups* jurídicas podem ser classificadas em dois grupos, quais sejam, a *Lawtech* e a *Legaltech*. A distinção entre tais categorias objetiva diferenciar o público-alvo, na qual a primeira está voltada ao público final dos serviços jurídicos e a segunda, aos profissionais de direito. As *Lawtechs*, visando ao aprimoramento da prestação jurisdicional, focam sua atuação nos jurisdicionados buscando desburocratizar os serviços jurídicos com o desenvolvimento de outras opções frente ao mercado tradicional (Repetto; Silveira; Souza; Bastos, 2022). Já as *Legaltechs* buscam encontrar soluções para o trabalho dos profissionais que atuam no meio jurídico.

No Brasil, desde 2017, existe a Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs* (AB2L), cujo objetivo é fomentar o desenvolvimento de empresas capazes de gerar produtos ou serviços inovadores através do uso da tecnologia nas áreas jurídicas. (AB2L, 2017). Em que pese muito se falar na utilização das *startups* jurídicas no âmbito privado, a AB2L indica que as *startups* jurídicas associadas também buscam atuar junto à administração pública, de modo a desenvolver soluções para tal setor.

Além disso, o legislador, atento às novas demandas e à necessidade de reestruturação e modernização do setor público por meio da inovação, estabeleceu, no Marco Legal das *Startups* e do Empreendedorismo Inovador, a possibilidade de contratação de *startups* pelo Estado. A partir do capítulo VI da referida norma, está descrito o modo pelo qual o setor público poderá realizar a contratação de *startups*, devendo observar os seguintes critérios:

Art. 12. As licitações e os contratos a que se refere este Capítulo têm por finalidade:

I - resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia; e

II - promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado.

§ 1º Os órgãos e as entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios subordinam-se ao regime disposto neste Capítulo.

[...]

Art. 13. A administração pública poderá contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação na modalidade especial regida por esta Lei Complementar.

§ 1º A delimitação do escopo da licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensada a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, e caberá aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema. [...] (grifou-se) (Brasil, 2021b, arts. 12 e 13).

Nesse sentido, os dispositivos seguintes estabelecem um regime de licitação diferenciado, possibilitando a contratação de soluções inovadoras pelo poder público, incluindo o Poder Judiciário. Dessa forma, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e suas seccionais vinculadas poderão fazer o uso de tal regime diferenciado de licitação para aprimorar seus procedimentos administrativos ou judiciais.

Insta destacar que dentre as categorias de *startups* apresentadas pela Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs* que melhor atenderiam às necessidades do Poder Judiciário estão as empresas de *analytics* e *jurimetria*, as quais são capazes de elaborar plataformas de análise e compilação de dados estatísticos para trazer aos magistrados as tendências de julgamento em determinada matéria, a fim de evitar a proliferação de decisões conflitantes.

Outra categoria de *startup* que poderia auxiliar o Judiciário é a automação e gestão de documentos, as quais, observando as limitações impostas pela Lei Geral de Proteção de Dados, poderiam fornecer *softwares* de automação de rotinas e gestão do ciclo de vida de contratos, nos setores administrativos dos tribunais. Além disso, a categoria de Inteligência Artificial (IA) poderia fornecer muitas possibilidades inovadoras, tais como extensões no sistema “Processo Judicial eletrônico” (PJe) que facilitam o dia a dia da assessoria e secretaria judicial, bem como transcrições de audiências poupando tempo investido em atividades simples, gerando aumento de produtividade.

Em decorrência da dimensão territorial do TRF1, o qual atualmente possui 13 Seções Judiciárias vinculadas³, correspondendo a 48,14% de toda a extensão brasileira, as dificuldades a serem enfrentadas são diversas. A título de exemplificação, a escassez de recursos humanos e orçamentários, aliada à pouca quantidade de servidores com o viés inovador, já apresenta um arranjo organizacional bem diferente do encontrado no setor privado.

Assim, a possibilidade de contratação de *startup* como instrumento condutor de inovação nas Seções Judiciárias do TRF1 que não dispõem de iniciativas próprias para resolução de questões específicas surge como uma opção a tal fim. Isto porque, todo processo de inovação necessita de organização e pessoas capacitadas para apontar e implementar novas ideias dentro de um contexto singular, culminando na geração de valor público para a sociedade.

2.2 Laboratórios de inovação

Inicialmente, os laboratórios de inovação, no setor público, buscam desburocratizar os procedimentos estatais de contratação de serviços específicos para resolução de determinadas demandas da organização pública. Ocorre que os laboratórios de inovação estão diretamente vinculados ao ente público e sua equipe é composta pelos servidores dessa instituição, promovendo um ambiente dinâmico de baixo custo, mas com grande potencial resolutivo.

³ As Seções Judiciárias vinculadas ao TRF1 correspondem aos Estados do Acre; Amazonas; Amapá; Bahia; Distrito Federal; Goiás; Maranhão; Mato Grosso; Pará; Piauí; Rondônia; Roraima e Tocantins.

Diante da possibilidade de criação de um espaço próprio para o desenvolvimento de produtos ou serviços elaborados pela instituição pública, abre-se lugar para a implementação de ideias inovadoras, com a execução de protótipos e testes de projetos para resolução de obstáculos. De acordo com Hironobu Sano (2020),

[...] os laboratórios de inovação são estruturas que fazem parte da administração pública, em geral possuem uma equipe e estrutura próprias e estão voltados para fomentar a criatividade e a experimentação com o intuito de desenvolver inovações para melhorar os serviços públicos e lidar com problemas complexos (Sano, 2020).

Entretanto, para o desenvolvimento de um laboratório de inovação realmente capaz de encarar os desafios de sua instituição pública, é essencial que seja composto por servidores com a capacidade de compreensão da realidade em que estão inseridos e identificação dos problemas, possibilitando o desenvolvimento de projetos e protótipos para a solução dos entraves apresentados.

Dessa forma, o processo de inovação por meio dos laboratórios de inovação, ao passo em que possui menos restrições para implementação de projetos e maiores possibilidades de experimentação de ideias, também exige da organização pública pessoas dedicadas ao aperfeiçoamento das propostas gestadas no laboratório.

A partir do êxito do protótipo testado, o laboratório de inovação terá um projeto hábil para implementação nos demais setores da instituição pública da qual faz parte, promovendo, então, a ampliação da escala, disseminando a inovação e agregando valor público à organização. Contudo, em que pese existir a vantagem da desburocratização e maior liberdade de prototipação de ideias, sem o suporte financeiro e político necessários, muitos laboratórios tendem ao fim de suas atividades.

A doutrina indica diferentes tipologias de laboratórios de inovação, os quais variam de acordo com a área de atuação e a metodologia de ação utilizada. Porém, para os fins a que se dedica o presente artigo, basta a compreensão de que os laboratórios de inovação no setor público traduzem uma nova maneira de trabalhar a inovação de modo colaborativo e flexível, que visam ao desenvolvimento de ideias inovadoras capazes de solucionarem problemas específicos da organização pública, gerando valor para a instituição.

Na esfera do Poder Judiciário, o Conselho Nacional da Justiça, por meio da Resolução 395, de 7 de junho de 2021, instituiu a “Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário”, já citada, da qual se pode depreender que o mecanismo de promoção da implementação da inovação a ser adotado pelos órgãos do Poder Judiciário deverá ser, de preferência, através da criação de laboratórios de inovação.

De acordo com o art. 4º da resolução mencionada,

Os órgãos do Poder Judiciário deverão implementar a política de gestão da inovação com base nos princípios dispostos no art. 3º desta Resolução, instituindo laboratórios de inovação, ou espaços similares, físicos ou virtuais.

Parágrafo único. As estruturas de inovação de que trata o *caput* deste artigo deverão ser instituídas pelos órgãos do Poder Judiciário no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta Resolução.” (grifou-se) (Brasil, 2021a, art. 4º).

Portanto, é possível inferir que o CNJ buscou unificar, no Poder Judiciário, a utilização dos laboratórios de inovação como meio de preferência para modernização, pela inovação, dos órgãos desta esfera de Poder, sem, entretanto, excluir a possibilidade de contratação de *startups* jurídicas.

Ocorre que, conforme já tratado acima, os atos legislativos relacionados à utilização de *startups* no âmbito do setor público permitem a possibilidade de utilização dessas empresas, observando-se, para tanto, o processo licitatório específico atualmente vigente. Além disso, o CNJ não apresenta qualquer ato normativo afastando a possibilidade de tal contratação pelos órgãos judiciários, pelo contrário.

Pelas noções apresentadas sobre *startups* jurídicas como mecanismos condutores de inovação no Poder Judiciário, é possível constatar que as diretrizes apresentadas se ajustam aos princípios da gestão da inovação no Poder Judiciário delimitados pelo CNJ. Especificamente, o art. 3º, I, da Resolução 395/2021, do CNJ, elucida que a cultura da inovação a ser implementada consistirá:

[...] na promoção da *cultura da inovação* a partir da adoção de valores voltados ao *estímulo da inovação incremental ou disruptiva*, com prospecção e desenvolvimento de procedimentos que qualifiquem o acesso à justiça e promovam a excelência do serviço judicial, processual ou administrativo, com vistas a propiciar melhor atendimento ao usuário do Poder Judiciário. (Brasil, 2021a, art. 3º, I).

Dessa forma, não obstante a preferência dada à instituição de laboratórios de inovação pelo CNJ, nada impede a contratação de *startups* jurídicas. Assim, delineados os contornos dos principais mecanismos de promoção da inovação permitidos ao Poder Judiciário, cumpre analisar a realidade do Tribunal Regional da 1ª Região.

3 Panorama da inovação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Inicialmente, após a Resolução 395/2021 do CNJ, o Conselho da Justiça Federal (CJF) instituiu o Laboratório de Inovação do CJF, por meio da Portaria 432/2021, encampando, na Justiça Federal, a política de gestão da inovação pelo meio de preferência estabelecido pelo CNJ. Em seguida, os Tribunais Regionais Federais (TRFs) passaram a aderir e instituir seus próprios laboratórios de inovação, paulatinamente.

Quanto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), em 31 de março de 2022, foi instituído o seu Laboratório de Inovação – LabJF1, por meio da Portaria Presi 130. Desde a data de sua criação, o LabJF1 vem trabalhando em projetos com foco na otimização dos fluxos de trabalho, buscando automatizar tarefas repetitivas.

Quadro 1 – Projetos gestados no LabJF1		
Projeto	Status	Descrição
“Zé da Baixa”	Finalizado	O projeto desenvolvido consiste em uma automação robótica que objetiva selecionar os processos transitados em julgado do 2º grau, remetendo-os para o 1º grau, caso não haja nenhuma pendência.
Análise Legal Inteligente (ALEI)	Em desenvolvimento	Com o uso da inteligência artificial, o projeto objetiva agrupar processos semelhantes, agilizando agrupamento de processos semelhantes.
Sistema de Busca Inteligente (SIB)	Em desenvolvimento	Sistema de busca textual capaz de identificar, nos processos do PJe, determinado termo recorrente ou assunto específico, objetivando auxiliar na triagem dos processos.

Fonte: elaboração própria.

É possível constatar que, dentre os dados disponíveis ao público, não foi efetuado qualquer processo licitatório para contratação de *startups* jurídicas. Nesse sentido, além de seguir a preferência indicada pelo CNJ, o TRF1 optou pela criação própria de soluções inovadoras para aprimoramento de suas atividades, sejam elas no âmbito administrativo ou judicial. Tal escolha não induz à conclusão de que os protótipos gestados pelo LabJF1 serão elaborados de modo isolado.

Apesar de as ideias partirem do LabJF1, a possibilidade de parcerias não é proibida por nenhum ato normativo, pelo contrário, o diálogo e a atuação em parceira sempre foram fomentados pelo CNJ e CJF. Nesse sentido, o projeto ALEI foi desenvolvido em colaboração com a Universidade de Brasília (UnB), agregando mais valor ao projeto e a ambas as instituições.

Conclui-se que o TRF1 vem caminhando rumo à inovação com a utilização do mecanismo do laboratório de inovação, o qual vem se mostrando próspero na introdução de tecnologias na gestão administrativa de processos judiciais. Embora os projetos desenvolvidos atualmente pelo LabJF1 tenham como público-alvo apenas

o âmbito interno do TRF1, é inegável que a expansão dos protótipos elevará a produtividade dos servidores e, consequentemente, o maior beneficiado será o público externo.

Seguindo a preferência escolhida pelo CNJ, os demais TRFs também já implantaram seus respectivos laboratórios de inovação, bem como suas seccionais vinculadas, em sua maioria (pelo menos 50% de cada TRF), já instituíram seus laboratórios. Todavia, a realidade das seccionais vinculadas ao TRF1 diverge do observado nas Seções Judiciárias vinculadas aos demais TRFs.

Quadro 2 – Relação entre TRFs e respectivas seccionais vinculadas com laboratórios de inovação instituídos	
Tribunais Regionais Federais	Seções Judiciárias
TRF 1	- Seção Judiciária da Bahia – LABahia
	- Seção Judiciária de Mato Grosso – LIODS/SJMT
	- Seção Judiciária do Maranhão – LabNova
	- Seção Judiciária do Pará - InnoVajus
	- Seção Judiciária do Piauí - Labπ
TRF 2	- Seção Judiciária do Rio de Janeiro – LabInov
	- Seção Judiciária do Espírito Santo – inovarES
TRF 3	- Seção Judiciária de São Paulo – iJuspLab
TRF 4	- Seção Judiciária do Paraná – LINC
	- Seção Judiciária de Santa Catarina – Labjus
	- Seção Judiciária do Rio Grande do Sul iNOVATCHÊ
TRF 5	- Seção Judiciária do Ceará – Inovajus
	- Seção Judiciária do Rio Grande do Norte – i9.JFRN
	- Seção Judiciária de Pernambuco – Frevo
	- Seção Judiciária de Alagoas – iLab
	- Seção Judiciária de Sergipe – Inove-SE
TRF 6	Obs.: Instalado recentemente, o TRF6 migrou o laboratório de inovação da Seção Judiciária de Minas Gerais para o tribunal. Devido às peculiaridades decorrentes do processo de instalação, os dados deste Tribunal não serão considerados.

Fonte: elaboração própria.

Pode-se depreender do quadro 2 que pelo menos 50% das Seções Judiciárias dos demais TRFs implementaram laboratórios de inovação como mecanismo propulsor da inovação, ao passo que no TRF1 aproximadamente 38% das seccionais possuem laboratório de inovação instalado. Entretanto, a dimensão territorial desse Tribunal Federal é a primeira justificativa para a discrepância em relação aos outros TRFs.

Em decorrência da extensão territorial continental do TRF1, os recursos financeiros e humanos escassos podem ser considerados como fatores para a realidade que se apresenta. Conforme dados extraídos do Relatório Justiça em Números (Brasil, 2023), no ano de 2022, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 116 bilhões, das quais a

Justiça Federal corresponde a aproximadamente 11%⁴. Do quadro abaixo, é possível analisar as despesas de cada TRF, em 2022, com recursos humanos.

Quadro 3 – Despesas com recursos humanos por ramo e tribunal em 2022	
Tribunal Regional Federal	Despesas
TRF1	R\$ 2.766 Bilhões
TRF3	R\$ 2.696 Bilhões
TRF4	R\$ 2.388 Bilhões
TRF2	R\$ 2.016 Bilhões
TRF5	R\$ 1.527 Bilhões
TRF6	R\$ 284 Bilhões

Fonte: DataJud – Base Nacional de Dados do Poder Judiciário

Já em relação à quantidade de servidores, no ano de 2022, o Poder Judiciário possuía um total de 272.060 de servidores, dos quais, 10.4% (28.282) estavam lotados na Justiça Federal.

Quadro 4 – Servidores efetivos por tribunal em 2022	
Tribunal Regional Federal	Quantidade de servidores efetivos
TRF3	5.791
TRF1	5.505
TRF4	5.178
TRF2	4.163
TRF5	3.569
TRF6	1.796

Fonte: DataJud – Base Nacional de Dados do Poder Judiciário

Dos quadros 3 e 4, pode-se constatar que, embora o TRF1 seja o Tribunal Regional Federal com o maior quantitativo de despesas com recursos humanos, percebe-se que não apresenta tal posição em relação ao quantitativo de servidores efetivos. O TRF3, com a maior quantidade de servidores efetivos, consegue ficar abaixo do TRF1, quanto às suas despesas com recursos humanos.

Além disso, considerando o número de servidores e as despesas alocadas com recursos humanos, deve-se inserir na presente análise a efetividade do tribunal, sendo esta apurada com base no percentual de casos pendentes de solução em relação ao total de casos que tramitaram durante um ano. O resultado é fornecido pelo DataJud através da denominada Taxa de Congestionamento Bruta.

Quadro 5 – Taxa de Congestionamento Bruta por TRF (em 2023)	
Tribunal Regional Federal	Tx. de Congestionamento Bruta
TRF3	88,07%
TRF6	84,43%
TRF1	76,50%

⁴ A despesa total da Justiça Federal, em 2022, foi de R\$ 12.509.571.432 (10,8%).

TRF4	71,55%
TRF2	69,91%
TRF5	69,50%

Fonte: DataJud – Base Nacional de Dados do Poder Judiciário

Verifica-se que, embora seja o TRF com maior número de servidores efetivos, o TRF3 ainda consegue manter a maior taxa de congestionamento bruta. Já o TRF1, apesar de figurar em terceiro lugar em relação à mencionada taxa, consegue ser o TRF com maior despesa com recursos humanos. Ocorre que, de acordo com os dados disponibilizados pelo DataJud (Brasil, 2022), o TRF1 é o Tribunal Regional Federal com o maior número de servidores cedidos ou requisitados⁵ de outros órgãos públicos, fato que justifica o quantitativo de despesas com recursos humanos exposto acima.

Em face dessa conjuntura, percebe-se que o TRF1 optou por uma alternativa mais dispendiosa, qual seja, a requisição de servidores. Contudo, apenas o fator humano não é capaz de atender satisfatoriamente as necessidades para uma efetiva prestação jurisdicional. Dessa forma, os laboratórios de inovação se mostram como uma possibilidade mais econômica quando comparados às *startups*, sendo essa a principal razão de não se ter observado a contratação de tais empresas pelo TRF1.

Todavia, para a implementação de um laboratório de inovação, é imprescindível a união de esforços humanos, possibilitando a formação de uma equipe capaz de manter esse novo ente em atividade. É justamente nesse quesito que a maior parte das seccionais do TRF1 encontra dificuldades para a instituição de seus laboratórios de inovação.

A ausência de laboratórios de inovação ou de contratação de *startups* entre a maioria das Seções Judiciárias vinculadas ao TRF1 não leva ao entendimento de que não existem movimentos voltados para a promoção da inovação nesse Tribunal. Observa-se que, visando vencer o obstáculo de escassez de recursos humanos, promoveu-se uma aglutinação de atribuições em setores administrativos que tangenciam a temática da inovação.

Logo, determinada seccional pode até não possuir algum mecanismo específico de incentivo à inovação, dentre laboratórios de inovação e *startups*, mas possui algum setor dentro de sua administração que busca desenvolver ações ou projetos capazes de modernizar a estrutura e/ou as atividades administrativas/judiciais da instituição. Nesse sentido, o quadro a seguir busca indicar o setor administrativo selecionado pelas Seções Judiciárias do TRF1 para a elaboração de iniciativas de cunho inovador, para melhor compreensão do cenário exposto.

Quadro 6 – Relação entre seccionais do TRF1 e setor administrativo responsável pelo desenvolvimento de iniciativas modernizadoras	
Seções Judiciárias	Setor administrativo
Seção Judiciária de Goiás	Seção de Modernização Administrativa – SEMAD, subordinada à Secretaria Administrativa - SECAD.
Seção Judiciária de Rondônia	Seção de Apoio à Gestão Estratégica, Governança e Inovação – SEAGE, subordinada à SECAD.
Seção Judiciária de Roraima	Seção de Modernização Administrativa – SEMAD, subordinada à SECAD.

⁵ De acordo com o DataJud (2022), o TRF1 possui 817 servidores cedidos/requisitados.

Seção Judiciária do Tocantins	Central de Modernização Administrativa, subordinada ao Núcleo Judiciário – NUCJU.
Seção Judiciária do Acre	Seção de Modernização Administrativa – SEMAD, subordinada à Diretoria do Foro – DIREF.
Seção Judiciária do Amapá	Setor de Governança Institucional – SetGov.
Seção Judiciária do Amazonas	Seção de Modernização Administrativa – SEMAD, subordinado à SECAD.
Seção Judiciária do Distrito Federal	Seção de Modernização Administrativa – SEMAD, subordinado à SECAD.
Seção Judiciária do Pará	Laboratório de Inovação – InnovJus
Seção Judiciária da Bahia	Laboratório de Inovação – LABahia
Seção Judiciária de Mato Grosso	Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Estratégico e Sustentável – LIODES/SJMT
Seção Judiciária do Maranhão	Laboratório de Inovação – LabNova
Seção Judiciária do Piauí	Laboratório de Inovação – Labπ

Fonte: elaboração própria.

Do quadro acima, pode-se constatar que, embora grande parcela das seccionais do TRF1 não tenha em seu organograma um mecanismo próprio de fomento à inovação, os setores administrativos elencados em cada Seção Judiciária tentam suprir tal ausência. Entretanto, o modelo organizacional verticalizado não possibilita espaço para que os servidores explorem novas ideias e possíveis soluções, em decorrência da falta de incentivo ou interesse de seus superiores hierárquicos.

Além disso, os setores administrativos citados conjugam suas atribuições relacionadas à modernização administrativa com outras estruturas organizacionais, não estando exclusivamente trabalhando apenas com tal matéria. Soma-se a isso a pouca quantidade de servidores designados para esses setores, os quais, em sua maioria, também conjugam as competências de diferentes setores.

Outro fator que obstaculiza o desenvolvimento de projetos efetivamente inovadores é a carência de servidores com habilidades para gestão dos processos de inovação, que, muitas das vezes, cuja solução não é priorizada. São justamente tais barreiras que os mecanismos de modernização estrutural apresentados (laboratórios de inovação e *startups*) visam superar.

Convém destacar que o ideal é que cada seccional possua seu respectivo laboratório de inovação, vez que, lidando diretamente com suas dificuldades, fica mais fácil identificar quais são os principais entraves do dia a dia e o modo mais rápido de sua resolução com alternativas inovadoras dentro dos limites de determinada Seção Judiciária.

Nesse sentido, um único laboratório de inovação por TRF poderia culminar na inobservância de situações preocupantes para uma Seção Judiciária, as quais podem não ser motivo de inquietação para outra. Isto porque, as soluções gestadas nos laboratórios de inovação buscam encontrar saídas para vários tipos de problemas, sejam eles replicáveis à toda circunscrição da seccional ou de todas as Seções Judiciais vinculadas ao TRF em análise.

A título de comparação, é possível notar a presença de laboratórios de inovação em todos os Tribunais Regionais Federais do país, os quais elaboram projetos de modo independente em relação aos laboratórios de inovação de suas respectivas seccionais, conforme pode-se depreender do quadro 2 e o quadro a seguir.

Quadro 7 – Laboratórios de Inovação existentes no âmbito dos Tribunais Regionais Federais	
Tribunal Regional Federal	Laboratório de inovação
1ª Região	Laboratório de Inovação - LabJF1
2ª Região	Coordenadoria de Inovação e Desenvolvimento Institucional - CINOVA
3ª Região	Laboratório de Inovação – iLabTRF3
4ª Região	Laboratório de Inovação - inspiraLab
5ª Região	Laboratório de Inovação - Inovexado
6ª Região	Laboratório de Inovação - iluMinas

Fonte: elaboração própria.

Dessa forma, a perspectiva dos projetos elaborados no âmbito dos laboratórios das seccionais atenta com maior precisão às necessidades sentidas na base, ao passo que, no plano dos TRFs, projetos específicos à realidade da Corte Especial, das Seções e Turmas especializadas são gestadas, não impedindo o intercâmbio dos projetos, nem tampouco a elaboração de projetos conjunto ou mesmo a elaboração de projetos pelo TRF a serem implantados em todas suas seccionais.

Observa-se, assim, que diante de tantas dificuldades, o cenário do TRF1 vem apresentando respostas positivas, embora em velocidade mais devagar, quando comparado ao processo de inovação dos demais TRFs. Em que pese a existência dos entraves mencionados, gradualmente as seccionais vêm aderindo às determinações do CNJ e CJF.

4 Considerações finais

A presente pesquisa objetivou analisar o panorama do processo de modernização das Seções Judiciárias vinculadas ao Tribunal Regional da 1ª Região, buscando verificar a existência dos mecanismos de inovação mais observados nas instituições, nas esferas pública ou privada, quais sejam, as *startups* e os laboratórios de inovação.

Com base nos fundamentos expostos, procurou-se analisar os conceitos de cada um desses mecanismos e suas especificidades no âmbito do setor público. Considerando as características próprias dos entes públicos, aprofundou-se o estudo na perspectiva do Poder Judiciário, em especial, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e suas Seções Judiciárias vinculadas.

Cumprir destacar que o foco aqui pretendido é apurar o comportamento adotado pelas seccionais do TRF1 em relação aos ditames estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e Conselho da Justiça Federal para a modernização de suas estruturas administrativas e judiciais por meio da inovação.

Diante dos dados fornecidos pelo DataJud, o TRF1 é o Tribunal Regional Federal que mais aloca recursos financeiros em seu quadro funcional, incluindo aqui os servidores efetivos e os cedidos/requisitados. Logo, tendo optado por uma alternativa mais dispendiosa para solucionar a comum escassez de recursos humanos no setor público, o TRF1 alcançou, em 2023, a terceira maior taxa de congestionamento bruta, dentre os TRFs, o que demonstra a possibilidade de êxito no posicionamento adotado em relação ao TRF3 e TRF6, respectivamente 1ª e 2ª maior taxa de congestionamento bruta.

Entretanto, embora não apresente o pior índice, a diferença entre o TRF1 e demais TRFs não é grande. A comparação de tais dados revela que a opção financeiramente mais custosa eleita pelo TRF1 não resulta em um Tribunal mais atento às necessidades de modernização estrutural. Pelo contrário, a ideia até pode dar um folego ao TRF1, que de modo mais rápido passar a ter um quantitativo maior de servidores, contudo, apenas o fator humano não será suficiente para enfrentar as crescentes demandas das décadas vindouras.

O desenvolvimento de novas tecnologias e o aprimoramento das atividades desempenhadas, seja no âmbito administrativo ou judicial do TRF1, por meio da inovação, mostra-se como o caminho mais acertado para a melhora

do quadro apresentado. Nesse sentido, foi possível notar uma discrepância entre as Seções Judiciárias do TRF1 comparadas às dos demais TRFs.

Ocorre que a realidade das seccionais do TRF1 ainda está aquém do desejado e o que se percebe é a ausência da instalação de laboratórios de inovação e da contratação de *startups* para a promoção do processo de modernização das atividades em aproximadamente 70% das Seções Judiciárias do TRF1.

Porém, tal ausência não conduz ao entendimento de que não existem ações voltadas para o desenvolvimento de projetos capazes de fomentar a inovação. Os dados mostram que diante dos diversos obstáculos apresentados as seccionais buscam superá-los somando as atribuições de determinados servidores a um setor específico que procura tratar de questões relacionadas à modernização das atividades.

Pode-se observar que o setor denominado de “Setor/Central de Modernização Administrativa” é aquele que mais se aproxima dos conceitos expostos sobre inovação. Contudo, não apresentam resultados tão efetivos quanto os frutos dos Laboratórios de Inovação das Seções Judiciárias da Bahia, de Mato Grosso, do Maranhão, do Pará e do Piauí, os quais já mostram protótipos em franco desenvolvimento.

Destaca-se, também, que os dados coletados mostram uma progressiva ampliação do número de laboratórios de inovação implementados no âmbito das seccionais do TRF1. Isso decorre diretamente da preferência estabelecida pelo CNJ na “Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário”, sendo notória a uniformidade presente no processo de modernização das Seções Judiciárias do TRF1 por meio dos laboratórios de inovação, o que é positivo.

Ressalte-se que tal preferência não obsta a contratação das *startups* jurídicas pelas seccionais do TRF1, uma vez que, conforme demonstrado, o arcabouço normativo exposto firmou um procedimento específico e facilitador de contratação desse tipo de empresa. Entretanto, os laboratórios de inovação já servem como incubadora de ideias para o enfrentamento dos problemas específicos através da inovação, apenas não possuindo o caráter empresarial trazidos pela legislação vigente.

Além disso, deve-se ponderar o nível de inserção da *startup* jurídica contratada no âmbito da instituição que a contratou, tendo em conta a necessidade de se preservar os dados pessoais e processuais administrativos e jurídicos resguardados. Frise-se, ainda, que o custo de contratação de uma *startup* para a elaboração de um único projeto com alto risco, aliado à incerteza de reaplicação do projeto faz tal tipo de contratação ser mais rara.

Todavia, embora não tenha sido encontrado *startups* contratadas no âmbito do TRF1, nem tampouco nos demais TRFs, no Judiciário Estadual foi possível localizar o Edital 28/2023, publicado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), de licitação para contratação de *startups*. Interessante notar que o TJMG lançou como desafio para as *startups* licitantes a elaboração de projetos capazes de oferecer ao público externo informações sobre os serviços da justiça (pautas de audiências, locais de comparecimento, atendimento e andamento processuais) de modo simplificado e atualizado, oferecendo como valor máximo da proposta comercial o montante de R\$ 150.000,000 (cento e cinquenta mil reais).

O escopo da referida contratação em nada se diferencia do que já vem sendo gestado pelos laboratórios de inovação das Seções Judiciárias vinculadas ao TRF1. Ademais, o elevado custo de contratação em comparação aos projetos desenvolvidos pelas seccionais do TRF1 torna-se mais um motivo para não se observar a presença de *startups* não apenas no TRF1, como nos demais ramos do Poder Judiciário. Isto porque, nos laboratórios de inovação os custos são inferiores, aproveitando-se dos próprios servidores para composição da equipe inovadora e investimentos de pequena a média monta.

Por essas razões é possível identificar os motivos pelos quais o CNJ, buscando incentivar a inovação no Poder Judiciário, elencou como modelo de preferência para tal fim os laboratórios de inovação, vez que são capazes de alcançar o desenvolvimento de ações inovadoras, a um baixo custo e com segurança. Especificamente, no âmbito do TRF1, suas seccionais vinculadas, vem gestando e executando projetos inovadores e colaborativos gradualmente, a fim de melhorar suas taxas de congestionamento bruta, considerando sua realidade em relação aos recursos humanos e financeiros disponíveis.

5 Referências

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS (AB2L). *Radar de Lawtechs e Legaltechs*. 2023. Disponível em: <https://ab2l.org.br/ecossistema/radar-de-lawtechs-e-legaltechs/>. Acesso em: 30 out. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional da Justiça (CNJ). *Resolução nº 395, de 07 de junho de 2021*. Institui a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional da Justiça, 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>. Acesso em: 16 ago. 2024.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *DataJud: Base Nacional de Dados do Poder Judiciário. Despesas, receitas e pessoal*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://l1nq.com/tSsxj>. Acesso em: 30 out. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023.
- BRASIL. Lei 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano CLIII, n. 7, p. 1-5, 12 jan. 2016. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=12/01/2016&jornal=1&pagina=1&totalArquivos=56>. Acesso em: 16 ago. 2024.
- BRASIL. Lei complementar nº 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano CLIX, n. 103, p. 1-4, 2 jun. 2021b. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/06/2021&jornal=515&pagina=1&totalArquivos=131>. Acesso em: 16 ago. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). *TJMG seleciona startups para desenvolver soluções para o setor de atendimento*. Belo Horizonte, jun. 2024. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/projetos-inovadores-bienio-2020-2022/tjmg-seleciona-startups-para-desenvolver-solucoes-para-o-setor-de-atendimento.htm>. Acesso em: 6 maio 2024.
- FERREIRA, Marcílio; GOMES, Letícia; MORAES, Edmom; AUGUSTO, Vyctor. *Constituição Federal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2019.
- GOMES, L. B.; FERREIRA, K. S.; ANDRADE, F. S. Modernização do direito: a criação de startups jurídicas. *Revista Direito em Debate*, Ijuí/RS, v. 31, n. 57, p. 1-14, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2022.57.12073>. Acesso em: 26 out. 2023.
- MACHADO, Andreia de Bem; DANDOLINI, Gertrudes Aparecida; SOUZA, João Artur de; NEVES, Maria Lúcia Corrêa (org.). *Inovação no setor público: desafios e possibilidades*. São Paulo: Pimenta Cultural, 2022.
- MAIA, T. F.; SILVA JÚNIOR, P. A. M.; NÓBREGA, J. C. da S.; BEZERRA NETO, F. das C. Constituição de pessoas jurídicas no Brasil e sua utilização nos modelos de negócios das startups. *Research, Society and Development*, Itajubá, v. 10, n. 6, p. 1-9, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i6.13770. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13770>. Acesso em: 27 out. 2023.
- MARINHO, Guilherme Martins. *Startups: conceito, natureza jurídica e os contratos de investimento*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Ciências Sociais e Humanas, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10071/19114>. Acesso em: 27 out. 2023.

MORAES, Alexandre de *et al.* *Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOURA, José Venício Praxedes de; SOUZA, Luan Igor de. *Lawtech e Legaltech: o impacto na evolução jurídica nacional*. 2022. Artigo de conclusão de graduação (Graduação em Direito) – Universidade Potiguar-RN, Rio Grande do Norte, 2022. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22477/1/Artigo_Cientifico_-_LawTechs_%20REVISADO.pdf. Acesso em: 30 out. 2023.

OLAVO, A. V. A.; BENEYTO, G. P.; NEBOT, C. P.; EMMENDOERFER, M. L. Laboratórios de inovação no setor público em perspectiva comparada: uma análise exploratória entre Brasil e Espanha. *Revista de Gestão e Projetos (GeP)*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 89-115, maio/ago. 2022.

PINTO, F. C. de S.; GARCIA, L. R. Inovação e sua principal barreira jurídica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 15, n. 2, p. 1-23, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369441419>. Acesso em: 30 out. 2023.

REPETTE, Palmyra Farinazzo Reis; SILVEIRA, Gustavo Madeira da; SOUZA, João Artur de; BASTOS, Lia Caetano. Laboratórios de inovação no setor público: tipologias e características. *In: MACHADO, Andreia de Bem; DANDOLINI, Gertrudes Aparecida; SOUZA, João Artur de; NEVES, Maria Lúcia Corrêa. Inovação no setor público: desafios e possibilidades*. São Paulo: Pimenta Cultural, 2022. p. 119-168. DOI 10.31560/pimentacultural/2022.95835.4.

RIES, Eric. *A startup enxuta*. São Paulo: Leya, 2012. p. 23-24.

SANO, Hironobu. *Laboratórios de inovação no setor público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais*. Brasília: Enap, 2020. 45 p. (Cadernos Enap, 69).

Personalidade jurídica da natureza no direito brasileiro: uma análise das decisões do STF

Legal personality of nature in brazilian law: an analysis of Supreme Court (STF) decisions

Artigo recebido em 29/02/2024 e aprovado em 19/07/2024.

Flávia Trentini

Professora da Universidade de São Paulo – USP. Possui doutorado em direito pela Universidade de São Paulo, pós-doutorado realizado na Scuola Superiore Sant’Anna di Studi Universitari e Perfezionamento (SSSUP) Pisa-Itália e pós-doutorado em administração/economia das organizações (FEA/USP). É Livre Docente em Direito Agrário pela FDRP-USP.

Paulo Consonni Garcia

Pós-graduando pela Universidade de São Paulo – USP.

Resumo

Esta pesquisa aborda os limites constitucionais para o reconhecimento da natureza com direito e personalidade jurídica. Examina a interpretação dos operadores do STF em relação às visões antropocêntricas e não antropocêntricas, que condicionam o direito da natureza no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando pesquisa bibliográfica e documental, o estudo investiga 48 decisões do STF, identificadas por palavras-chave. A análise da jurisprudência revela a manutenção do paradigma antropocêntrico mitigado, com tangenciamento de valores biocêntricos e ecocêntricos em alguns casos. Conclui-se que, apesar da possibilidade hermenêutica de evolução da Constituição Federal para reconhecer a personalidade jurídica da natureza, o paradigma antropocêntrico mitigado prevalece, dificultando a evolução do direito brasileiro nesse sentido. O texto destaca a valoração antropocêntrica mitigada por parte do STF, impedindo, em certos aspectos, a plena incorporação do reconhecimento da natureza como sujeito de valor intrínseco no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: direito ambiental; direito dos animais; meio ambiente; personalidade jurídica.

Abstract

The research addresses the constitutional limits for recognizing nature with rights and legal personality. It examines the interpretation of STF operators in relation to anthropocentric and non-anthropocentric views, which condition the law of nature in the Brazilian legal system. Using bibliographic and documentary research, the study investigates 48 STF decisions, identified by keywords. The analysis of jurisprudence reveals the maintenance of the anthropocentric-mitigated paradigm, with biocentric and ecocentric values in some cases. It is concluded that, despite the hermeneutic possibility of evolution of the Federal Constitution to recognize the legal personality of nature, the anthropocentric-mitigated paradigm prevails, hindering the evolution of Brazilian Law in this sense. The text highlights the anthropocentric-mitigated valuation on the part of the STF, preventing, in certain aspects, the full incorporation of the recognition of nature as a subject of intrinsic value in the Brazilian legal system.

Keywords: environmental law; animal rights; environment; legal personality.

1 Introdução

As reflexões e as percepções mudam com o decorrer das décadas, que dirá dos séculos. O que antes era pressuposto ético ou moral, hoje ganha outro olhar e sujeição de juízo de valor. Como na letra da música “Viva La

Vida”, da banda Coldplay, a sociedade humana transforma seus valores, percepções e reflexões através dos tempos, seja derrubando monarquias ou implantando organizações internacionais. E assim segue o direito, a reboque de tais transformações. Como na fábula da lebre e da tartaruga, o direito caminha em passos lentos, tentando acompanhar os fatos e valores da sociedade, os quais estão em constante mudança e correm à frente de todo o contexto.

É evidente, portanto, que o quadro jurídico demora frequentemente a acompanhar transformações sociais, como se pode observar com os *Quakers*, na abolição da escravatura, as primeiras sufragistas pelos direitos das mulheres e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão na França, destacando direitos fundamentais como vida, liberdade e igualdade.

Por esse motivo, diferentemente do tratamento concedido à natureza e aos seus elementos intrínsecos nos últimos anos, o direito brasileiro tem reavaliado e modificado sua abordagem. O meio ambiente, antes visto como um recurso isolado e objeto de uso privado, agora é percebido de forma mais equilibrada. Essa nova perspectiva considera tanto os interesses humanos quanto a proteção e preservação da natureza, levando em conta suas relações recíprocas e o desenvolvimento tecnológico e científico que pode auxiliar nas práticas sustentáveis.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 alterou significativamente a perspectiva no que se refere ao direito do meio ambiente, tendo sido uma das mais inovadoras e protetivas de sua época (Ferreira, 2013, p. 404). Na sinergia de seus princípios, o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, da Lei 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Portanto, é um todo que deve ser “ecologicamente equilibrado”, “essencial à sadia qualidade de vida”, base para o fundamento da “dignidade da pessoa humana” e para a “inviolabilidade do direito à vida”. Mas, por outro lado, é “bem de uso comum do povo” (Benjamin, 2011, p. 80).

Diante do contraste entre ser essencial e bem de uso, percebe-se uma base jurídica – ainda não consolidada no ordenamento – que possui paradigmas axiológicos que amparam e conceituam a legislação brasileira quanto ao resguardo da natureza. Não obstante, a hermenêutica jurídica tem sido dúbia na interpretação das origens axiológicas, e essa manifestação vem acarretando posições antagônicas quanto à aplicabilidade e proteção da natureza às futuras gerações. Nesse sentido, países vizinhos ao Brasil e outros países do mundo, tais como Nova Zelândia, Equador, Bolívia e Colômbia (Perra, 2020, p. 462-463), têm adotado uma versão axiológica inovadora e precursora no contexto atual. Em suas jurisdições, os regimes de direitos da natureza receberam a condição de personalidade jurídica ou entidade viva (Gordon, 2018, p. 52).

Tendo em vista as transformações do direito ambiental e as novas configurações que surgiram na América Latina, o presente estudo propõe uma reflexão sobre os direitos da natureza, na incorporação desta como sujeito de direito, situação que impõe mudanças na interpretação e na prática jurídica, e sua possível aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo central deste artigo é apresentar os pontos estruturantes de uma visão jurídica que se respalda na aplicabilidade da personalidade jurídica da natureza diante da interpretação do texto constitucional, compreendendo e identificando o sentido hermenêutico da Magna Carta (Brasil, 1988) perante as correntes não antropocêntricas, em especial o biocentrismo e o ecocentrismo, e seus limites (Schiavetti; Moraes, 2020, p. 71). Não obstante, busca-se demonstrar repercussão nas interpretações por parte do STF que impedem a compreensão da natureza como detentora de personalidade jurídica própria e o impacto que essas decisões incidem no ordenamento jurídico brasileiro.

Com esse escopo, o texto ora apresentado assume uma forma de investigação do direito na qual a Análise de Conteúdo (AC) se mostra a abordagem metodológica mais apropriada para identificar os conceitos dos termos estudados, de modo a categorizar e interpretar a distinção entre eles de maneira sistematizada. O ponto de partida para a AC fundamentou-se na estratégia de busca e coleta com a utilização da amostragem em *snowball* (bola de neve). Essa técnica parte da seleção de alguns autores relevantes para o tema (Bockorni; Gomes, 2021, p. 106-107).

Posteriormente, foi realizada uma pesquisa retroativa na bibliografia desses autores, seguida por uma pesquisa prospectiva nas bases de dados acadêmicas: Portal Capes, SciELO e Google Acadêmico. Foram utilizadas palavras-chave obtidas a partir da pesquisa retroativa para refinar os resultados. Essa técnica resultou na obtenção de inúmeros artigos, livros e periódicos. Em seguida, aplicou-se um critério qualitativo de seleção. Foram selecionados apenas os

artigos que mencionam os autores da pesquisa retroativa ou que diferenciam as axiologias antropocêntrica e não antropocêntrica estudadas.

Na etapa subsequente, uma pesquisa jurisprudencial será conduzida para examinar os acórdãos disponíveis no *site* do STF. Esse processo incluirá a interpretação dos impactos relacionados ao tema em questão, com a finalidade de identificar e analisar os aspectos convergentes e divergentes das diferentes abordagens em relação à pergunta central do estudo.

Este artigo é classificado como descritivo e exploratório, pois busca analisar fenômenos jurídicos visando promover o aprimoramento de ideias. O trabalho possui significativa relevância teórica e acadêmica ao fomentar o debate sobre a aplicação da axiologia não antropocêntrica na fundamentação constitucional do direito ambiental e na sustentabilidade como princípio sistêmico. Além disso, visa identificar o reconhecimento da personalidade da natureza como sujeito de direitos nas decisões do STF, contribuindo, dessa forma, para um melhor entendimento da problemática proposta com base em critérios qualitativos.

A relevância prática e social deste estudo advém da visibilidade conferida às questões ambientais e da interpretação da natureza como entidade a ser personificada e protegida. A indicação do comportamento decisório do STF permite prever as condenações com base na compreensão constitucional desse órgão. A pesquisa incentiva o debate sobre a judicialização das questões ambientais, investigando a tendência decisória do tribunal em ações que envolvem temas ambientais, incluindo os fundamentos utilizados e a evolução desse tema no contexto brasileiro.

2 O antropocentrismo mitigado e o não antropocentrismo

No campo jurídico tradicional, enquanto há uma tentativa disruptiva de diminuir a proteção dos meios legais para o avanço do desenvolvimento econômico do país, existe, em paralelo, um compromisso internacional assinado com a Agenda 2030, aprovada pela cúpula mundial, que estabeleceu os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), os quais incentivam a real aproximação das governanças do desenvolvimento e do meio ambiente (Veiga, 2015, p. 23).

Diante desse ponto de vista internacional, faz-se necessário tomar medidas visando impedir o avanço nas fronteiras planetárias identificadas pela ciência para os serviços ecossistêmicos (Rockström *et al.*, 2009, p. 7). Atravessar essas fronteiras pode acarretar uma disrupção ambiental sistêmica, pois se entraria nas zonas de risco, onde, possivelmente, a reversão seria cada vez mais difícil. As fronteiras são: as crises climáticas; a perda significativa da biodiversidade; a acidificação dos oceanos; o ozônio; o ciclo biogeoquímico do nitrogênio e fósforo; o uso da água doce; as mudanças no uso da terra; a poluição química; e a concentração de aerossóis na atmosfera.

Em contrapartida, no que tange ao desenvolvimento econômico dos países e à sustentabilidade, a falta de recursos naturais para o desenvolvimento das futuras gerações tem sido o gargalo e a pauta dos economistas durante anos.

Para os economistas neoclássicos, o que define o desenvolvimento sustentável são o mínimo de estoque de recursos naturais para a manutenção de um padrão de vida essencial para as futuras gerações e o capital produzido, que será utilizado como substituto do capital natural transformado. Segundo o principal expoente sobre o tema, o ganhador do Prêmio Nobel de Economia, Robert Solow (1993, p. 180-181), as gerações atuais têm compromisso ético com as futuras gerações, e esse compromisso está vinculado à manutenção da capacidade produtiva no futuro, apoiando-se, dessa forma, na crença do desenvolvimento tecnológico como meio para solucionar os problemas ambientais e a falta de recursos naturais. Em contraponto a Solow, esse desenvolvimento não alcança os serviços ecossistêmicos e a biodiversidade, mostrando-se insuficiente e ineficiente quanto ao seu objetivo sustentável (Nusdeo, 2018, p. 26).

Diferentemente dos neoclássicos, a economia ecológica surge como meio para lançar luz ao fato de o processo econômico ser também um processo físico, ou seja, a crescente atividade industrial diante da redução do estoque de recursos naturais e do serviço ecológico de absorção dos resíduos produzidos pelo capital humano. Nessa perspectiva, o desenvolvimento, para os economistas ecológicos, está intimamente ligado aos serviços prestados pelo capital natural, são eles: a regulação climática; a fotossíntese; o equilíbrio dos níveis tróficos nos ecossistemas; a reciclagem e fertilização dos solos; a biodiversidade; e muitos outros. Portanto, a tecnologia tem suas limitações

quanto a esses serviços, e, assim, a preservação dos estoques de recursos que desempenham funções ecossistêmicas se faz de grande importância (Nusdeo, 2018, p. 35).

Do ponto de vista econômico, observa-se que as dualidades entre os neoclássicos e os ecologistas são vinculadas também a uma origem axiológica divergente. Os posicionamentos éticos para enfrentamento das problemáticas naturais do meio diferem de dois modelos que serão tratados a seguir.

O antropocentrismo é a crença arraigada, ao longo da história, de que os seres humanos, por serem seres racionais, são a principal fonte de valor na natureza. Diferentes de nós, os outros seres não têm importância nem propósito, a não ser servir à espécie dominante. Desse modo, é uma linha de pensamento que estabelece uma fronteira moral e enaltece o humano como foco de todo o Cosmos. O ufanismo de única espécie, que não percebe tamanho vitupério.

Por sua vez, o antropocentrismo mitigado ou reformado, como o próprio nome diz, trata-se de uma reforma da crença antropocêntrica clássica, com um olhar intergeracional e de bem-estar animal. Preceitua uma preocupação com as futuras gerações, e a finitude que o meio ambiente possui em toda sua esfera biótica e abiótica, incluindo, assim, os recursos que determinam as estruturas econômicas, sociais e políticas.

Considerando o contexto das gerações futuras, delimitou-se a terceira dimensão do direito, correlacionada a um quadro ético de solidariedade e equidade transindividual e intergeracional. Admite-se ao meio ambiente sua positividade moral de sujeito, porém, nega-se sua titulação de direitos. Conforme elucida Benjamin (2011, p. 85), busca-se a justificativa moral de proteção ao meio ambiente como forma de sua manutenção para as futuras gerações, dando a ele *status* próprio e jurídico, com um estatuto normativo que vai além da antiga coisificação do antropocentrismo clássico, e que “orienta a proteção do ambiente em função das necessidades e interesses do ser humano” presente e de suas gerações de forma equânime. Assim assevera a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Relatório Brundtland) realizada em 1987: “os Estados devem conservar e usar o meio ambiente e os recursos naturais em benefício das gerações presentes e futuras”.

Conforme leciona Edith Brown Weiss (1992, p. 19), existem três princípios que fundamentam a equidade intergeracional: a conservação de opções, que é a responsabilidade de conservar a diversidade dos recursos naturais e culturais e o direito a uma diversidade comparável às usufruídas pelas gerações anteriores; a conservação de qualidade, que é a responsabilidade de manter a qualidade da biosfera e o direito de possuir uma qualidade comparável à desfrutada nas gerações anteriores; e a conservação do acesso, que é o dever de proporcionar direitos equitativos de acesso ao legado deixado pelas gerações anteriores e sua manutenção às posteriores.

Essas são as bases da concepção da sustentabilidade, que se fundamentam na equidade entre as gerações. Dessa forma, o uso dos recursos para sua serventia é direito de cada geração em seu tempo. Por outro lado, há uma restrição da ação de fazê-lo desmedidamente sem uma razoabilidade segura e flexível para as gerações futuras (Weiss, 1992, p. 19). Essa transgeracionalidade tornou-se o foco central do alcance do direito ambiental e das suas nuances de aplicação no contexto intrageracional (dos sujeitos presentes) com gerações diversas, resultando em um ponto de extrema adversidade para aqueles que advogam dentro desse contexto (Benjamin, 2011, p. 88).

Por isso, esse antropocentrismo intergeracional apenas delimita suas ações a ponto de avaliar e contrabalançar os sacrifícios exigidos para a proteção do meio ambiente e das diretrizes sociais, políticas e, especialmente, econômicas. Como abordado anteriormente, os economistas neoclássicos de Solow (1993, p. 181) baseiam-se nessa fonte antropocêntrica, e não se posicionam contra a preservação do meio ambiente, mas imbuem valor intrínseco à capacidade do bem-estar presente e futuro, e não necessariamente ao emprego de colaborar para o alcance da sustentabilidade (Nusdeo, 2018, p. 27).

Apreende-se, ainda, que os discursos e as tomadas de decisões por parte da humanidade são voltados à garantia equânime da preservação de seu meio ao interesse da manutenção da espécie. Os não nascidos, descendentes, ainda terão o ônus de recalculer os erros do passado e de seu presente. Uma solidariedade para os humanos, entre os humanos, uma prevenção apenas para sua sobrevivência, uma vez que fica cada vez mais evidente que as fronteiras da biosfera foram ultrapassadas, e sua existência depende do equilíbrio dos demais ecossistemas.

O antropocentrismo do bem-estar dos animais, por sua vez, não perde sua essencial separação entre humano e não humano. Contudo, respalda-se em uma proteção e uma afinidade de relação mais respeitosa, para não dizer

“humanitária”, com outras espécies vivas (Benjamin, 2011, p. 88). Mesmo assim, os animais, atualmente considerados seres sencientes e perceptivos, não estão ainda no patamar como sujeitos de direito, como os seres humanos, permanecendo como objetos para atender ao interesse privado humano.

Com base em um juízo de superioridade, física ou tecnológica, os seres humanos se fazem cruéis para manter o *status quo*, direto ou indireto, de uso e manipulação sobre as demais espécies. Esse comportamento traz à tona o surgimento do modelo antropocêntrico mitigado, analisando-se as questões de crueldade do homem com os animais, as quais, atualmente, passaram a preocupar a sociedade e também o homem em relação a ele mesmo, a chamada violência social (Neme, 2004, p. 157).

No aspecto jurídico, o Brasil continua submetido a uma visão antropocêntrica mitigada, para com suas políticas ambientais, sociais e econômicas, fazendo uso da *justiça ambiental* como meio para julgá-las. É a justiça que corresponde a um olhar da natureza como objeto e “sua expressão convencional é a inclusão do meio ambiente nos direitos humanos de terceira geração” (Gudynas, 2019, p. 194-195).

No caso dos direitos dos animais, no campo civil, estes são considerados coisas ou semoventes; já no campo penal, são objetos materiais; e, do ponto de vista do direito ecológico, são parte do bem ambiental de uso comum do povo (Neme, 2004, p. 164). Observa-se, então, a manutenção da crença de superioridade na relação dos seres humanos com as demais espécies, algo inerente à axiologia antropocêntrica, mesmo que haja, ainda, a visão de que tais animais são essenciais para a sobrevivência do homem e que o exercício da crueldade e violência sobre eles não deve ser tolerado. Por isso, essa relação é chamada de mitigada ou reformada. A disposição normativa constitucional (Brasil, 1988) de proteção do meio ambiente, apesar de não estar posicionada no art. 5º do texto legal, é direito fundamental e estabelece em sua natureza aplicabilidade imediata, com uma relativização jurídica revista em determinados casos (por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.983, também chamada de ADI da vaquejada), mas que, em sua essência, define bem a mitigação antropocêntrica, demonstrando que os animais não são meros objetos de uso para deleite humano (Neme, 2004, p. 167 e 175).

O não antropocentrismo, por sua vez, quebra com a origem da visão clássica. Desse modo, é corrente que repudia a visão do preceito antropocêntrico e reconstrói a relação entre o ser humano e o universo em que habita. Trata-se de uma doutrina ecológica, que se originou de diversas teorias ainda debatidas no campo da ciência. É o caso da hipótese de gaia levantada pelo biólogo inglês James Lovelock (1990, p. 101), segundo a qual, na sua visão, o planeta Terra teria um sistema geofisiológico. Essa doutrina assume que a conceituação de vida é muito complexa e está imbricada em um sistema de inter-relacionamento entre os seres e a biosfera, no qual a complexidade da natureza se faz ainda além do que a ciência pode conceituar hoje (Benjamin, 2011, p. 90).

Sendo assim, o não antropocentrismo está íntimo à ciência moderna, que persegue teorias e leis fundamentais para observar e reanalisar a relação da natureza no universo. Como aborda Benjamin (2011, p. 89), em um modelo técnico-jurídico, o aceite desse pensamento tutela a Terra e seus complexos sistemas.

Revela-se, assim, que o não antropocentrismo possui diversas correntes de forma heterogênea, destacando-se, dentre elas: o biocentrismo, o ecocentrismo, a Teoria dos Direitos dos Animais, o ecofeminismo e as cosmologias dos povos indígenas.

O biocentrismo é baseado na obrigação ética central de não atacar a vida em todas as suas formas (Gudynas, 2009, p. 120), sendo a vida reverência e condução da “nova humanidade” guiada por uma “ética verdadeira, inalienável e própria” dos seres humanos (Schweitzer, 1969, p. 117).

O ecocentrismo aborda uma visão na qual a biosfera e toda a biodiversidade possuem valor intrínseco, devem ser tratadas de maneira conjunta, como uma comunidade biótica, íntegra na sua coletividade e relativizada conforme a espécie que a compõe (Benjamin, 2011, p. 89).

Tem-se, também, a Teoria dos Direitos dos Animais, muito abordada por Peter Singer (2004, p. 7) na aplicabilidade do princípio moral da igual consideração de interesses, no qual a igualdade “não se restringe arbitrariamente à nossa própria espécie”.

Já no ecofeminismo, “o sistema patriarcal é a origem da catástrofe ecológica atual”. Natureza e mulheres, associadas à concepção da vida, são alvos dessa agressão sistêmica e histórica do patriarcado, da chamada falocracia (D’Eaubonne, 1974, p. 191-192).

As cosmologias dos povos indígenas, em que a cultura do “bem viver” se faz na promoção e no fomento da pluralidade e da interculturalidade, busca pela *terra sem males*. Assim como o sonho Zapatista de tecer um caminho intercultural, de encontro e partilha. Como menciona Yvon Le Bot (1997, p. 51), “um mundo onde caibam muitos mundos”. O bem viver respalda-se na história e memória das gerações presente e futura para evitar os erros do passado; assim, “o bem viver para todos, quer dizer, o combate contra a sociedade de classes e privilégios” (Suess, 2016 *apud* Dalla Rosa, 2019, p. 301). A busca constante pelo bem viver se apresenta como um princípio de vida, uma moral comum da sociedade, da convivência natural de todos e todas, no convívio harmonioso do ser humano com o meio ambiente (Dalla Rosa, 2019, p. 301).

Essas concepções ontológicas sobre a natureza afastam o antropocentrismo e combatem o chauvinismo da atualidade, trazendo para o debate um olhar científico dos fatos históricos e presentes a fim de fundamentar mudanças, tanto do ponto de vista ético quanto moral, para a manutenção da vida na Terra e dos seres que nela habitam, incluindo os seres humanos (Benjamin, 2011, p. 90).

Portanto, considerando os pontos abordados, percebe-se a correlação de alguns aspectos da economia ecológica, já abordada anteriormente, com o modelo ecocêntrico. Relacionam-se, por exemplo, na valorização da natureza, possuindo esta valor pelos seus serviços naturais, independente da utilidade que tenha para os seres humanos. Também existe a preocupação com a sustentabilidade na garantia e proteção dos estoques dos recursos naturais para as futuras gerações. Ambas criticam o paradigma econômico neoclássico, que muitas vezes coloca o crescimento econômico acima da proteção ambiental e da justiça social, com sua inteira importância na busca por um desenvolvimento sustentável. Por fim, observa-se uma interdisciplinaridade, que ambas utilizam para assimilar as perspectivas da economia, da ecologia e da ética para uma apreensão mais realista e científica dos problemas ambientais.

Dessa forma, a mencionada justiça ambiental, na elevação dos valores próprios da natureza, leva à promoção de outra perspectiva de justiça, a justiça ecológica. É a transição em que, por meio da justiça ecológica, pode-se olhar para os problemas não somente à luz de uma perspectiva econômica ou transgeracional, mas também pluralizada, levando-se em consideração todos os seres vivos que têm o direito de desfrutar de seu desenvolvimento pleno para a manutenção da vida (Gudynas, 2019, p. 196-197).

Superadas as abordagens econômicas, as axiologias do antropocentrismo mitigado e o não antropocentrismo e suas vertentes, dar-se-á sequência a uma análise hermenêutica da Constituição de 1988, utilizando os modelos biocêntrico e ecocêntrico para responder a um dos objetos da presente pesquisa. Assim, no tópico a seguir, adentra-se no âmbito jurídico pátrio e sua correlação com o referido modelo.

3 O direito da natureza e a Constituição Federal

Como anteriormente mencionado, diversos países do mundo, assim como os países vizinhos ao Brasil, têm adotado novas concepções sobre a natureza e a dignidade de ser reconhecida como sujeito de direitos (Perra, 2020, p. 462-463).

As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) são exemplos marcantes do novo constitucionalismo na América Latina. Elas fornecem instrumentos essenciais para a representação e proteção da natureza, reconhecendo-a como uma entidade de direitos reais, dotada de personalidade própria, multicultural, sustentável e plurinacional (Schiavetti; Moraes, 2020, p. 68).

A garantia da dignidade da natureza, detentora de personalidade como sujeito, vai além da dignidade da pessoa humana, tem respaldo no coletivo, em todos que a compõem. Dessa forma, os indivíduos fazem parte de um corpo único, um “todo vivo”, que contribui mutuamente com todas as entidades naturais, em que “o bem-estar do todo depende do bem-estar de cada parte” (Perra, 2020, p. 471).

Surge, assim, uma evolução do direito do meio ambiente. Este é concebido como um conjunto íntegro de fatores, inter-relacionados, que se autoinfluenciam no meio; em que os seres humanos, partes desse meio, engendram sua sobrevivência, a dignidade para além de sua pessoa, sua existência e vida. Daí a compreensão dos direitos humanos e sua interdependência com os direitos da natureza.

Para Alberto Acosta (2010, p. 18), a natureza, como detentora de direitos, é dotada de personalidade própria. Trata-se de um processo de libertação o qual, paulatinamente, será aceito, assim como foi na ampliação de tantos outros direitos ditos impensáveis ao longo da história legal, a exemplo da emancipação dos escravizados.

O Brasil, por sua vez, apesar de ter promulgado uma Constituição (1988) eminentemente ambientalista para a época, ainda trata dessas questões em seus artigos, com um olhar antropocêntrico e utilitarista, vinculando sua existência e proteção à manutenção da dignidade humana e ao direito à vida nas presentes e futuras gerações (Schiavetti; Moraes, 2020, p. 68).

A Constituição Federal dispõe, no *caput* do art. 225 (Brasil, 1988), parte da concepção de um direito constitucional ao meio ambiente equilibrado mediante os princípios de uma ideologia antropocêntrica, que disciplina direitos fundamentais de ordem política, social e econômica:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Carta Política (Brasil, 1988) utiliza a expressão “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” instituindo deveres e obrigações de proteção e preservação das entidades públicas e da coletividade, na responsabilidade de sua manutenção em face das gerações presentes e futuras. Há, dessa forma, uma consagração do direito fundamental no mencionado artigo, atrelando em seus alicerces a dignidade da pessoa humana às presentes e futuras gerações e a normatização da ordem jurídica do direito ao meio ambiente, na garantia do desenvolvimento social e sustentável aos indivíduos e à coletividade.

Além da ordem social, princípios da ordem econômica são contemplados no art. 170 (Brasil, 1988) por estes direitos ambientais. O tratamento diferenciado, mencionado no inciso VI do art. 170, demonstra uma preocupação com a proteção ao meio ambiente. Observa-se uma confluência de princípios da ordem econômica da livre iniciativa com a preservação do meio ambiente, sendo este último baliza para o livre exercício. Contempla-se, assim, um diálogo jurídico do direito ambiental que permeia todo o texto em temas fundamentais da Constituição, disciplinando direitos intergeracionais (Nusdeo, 2018, p. 69).

Entretanto, tem-se nesse debate a dificuldade de orientar esses princípios. É neste ponto que se evidenciam arbitragens jurídicas, delicadas de ponderação, nas quais as necessidades das gerações futuras não são evidentes, e equacioná-las torna-se um desafio aos presentes, que lutam pelos mesmos direitos aos recursos ambientais. Vê-se, assim, que não existe hierarquia para respaldar esses direitos fundamentais, e sua institucionalização é apenas uma forma jurídica de normatização e diretriz ao ordenamento que possa impedir arbitrariedades ou retrocessos.

Sobre esses aspectos, Solange Teles Silva (2006, p. 173) menciona a indissociabilidade para a concretização dos demais direitos fundamentais com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo esta matriz dos demais direitos fundamentais presentes na Carta Magna (Brasil, 1988). A autora, então, aborda que essa indissociabilidade está atrelada justamente ao fato de o direito ao meio ambiente ser, por si só, a garantia do direito à vida. Em suas palavras:

[...] o direito à água em quantidade e qualidade adequadas para suprir as necessidades humanas fundamentais, o direito a respirar um ar sadio, o direito a que exista um controle de substâncias que comportem riscos para a qualidade de vida e o meio ambiente, entre outros aspectos a serem salvaguardados para a existência da própria vida.

Como se pode notar, segundo a ótica do antropocentrismo, a natureza não é sujeito de direito fundamental, mas sim objeto de direito fundamental na Constituição brasileira (Brasil, 1988). Ela é a garantia aos demais direitos fundamentais presentes na Carta, uma vez que só exista, necessariamente, para a garantia do direito à vida para, e somente para, os seres humanos e suas futuras gerações.

Entretanto, do ponto de vista hermenêutico, questiona-se que o direito da natureza se faz presente no *caput* do art. 225, e tudo depende da forma interpretativa do ditame constitucional. Portanto, na expressão “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o direito é transindividual e se espalha para um coletivo indeterminado, cabendo, assim, o próprio direito para a natureza, portanto, sujeita de si mesma (Perra, 2020, p. 417).

Embora a literatura do direito à natureza não esteja literalmente escrita na Carta Magna (Brasil, 1988), como é abordado e reconhecido pelas Constituições vizinhas, o sistema legal do Brasil tem passado por revisão frequente e progredido na maneira como trata a natureza. A questão, todavia, está na forma interpretativa do ordenamento legal em matéria ambiental, visto que “com frequência tendem a tratar de objetivos, princípios, fundamentos e instrumentos sem um grande rigor conceitual que permita diferenciar essas categorias” (Nusdeo, 2018, p. 70).

A ideia mencionada pode ser ilustrada no reconhecimento das Florestas (Amazônica brasileira, Mata Atlântica, a Serra do Mar, Zona Costeira, etc.) como patrimônio nacional, o que levanta a questão sobre o uso da hermenêutica na concepção do direito de tal patrimônio ser competente de reivindicação de direitos (Schiavetti; Moraes, 2020, p. 73). Mais além, pode-se ler no § 1º, I e VII, do art. 225 (Brasil, 1988):

Art. 225. [...]

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Pode-se observar que existe um reconhecimento da titularidade de direitos à fauna e à flora, sendo ambas tratadas não como coisa ou objeto, mas reconhecendo a obrigação de sua conservação com objetivo de preservação e restauração dos processos ecológicos como forma de manutenção da natureza (El Tasse, 2015, p. 59). Não somente ao reconhecer a obrigação de conservação dos processos ecológicos e sua manutenção tem-se a consecução dos fins almejados pela norma jurídica e, assim, a eficácia na realização da sustentabilidade, oriunda de um olhar axiológico ecocêntrico sobre o ordenamento, basta o reconhecimento de proteção de tais áreas para haver precedente para defendê-las em juízo. E, havendo esse reconhecimento, há de se falar na personalidade jurídica de tais florestas e, assim, da natureza (Schiavetti; Moraes, 2020, p. 73).

Segundo Benjamin (2011, p. 80), a leitura hermenêutica do texto constitucional sobre o meio ambiente tem que ser

[...] baseada na valorização não apenas dos fragmentos ou elementos da natureza, mas do todo e de suas relações recíprocas; um todo que deve ser “ecologicamente equilibrado”, visto, por um lado, como “essencial à sadia qualidade de vida”, e, por outro, como “bem de uso comum do povo”. Numa palavra, o legislador não só autonomizou (= deselementalizou) o meio ambiente, como ainda o descoisificou, atribuindo-lhe, sentido relacional, de caráter ecossistêmico e feição intangível.

Nesse sentido, verifica-se que o meio ambiente é autônomo e sujeito de personalidade própria, e carrega consigo o motivo para a existência dos demais direitos fundamentais da Constituição. Desse modo, fica claro que a tutela transindividual se aplica de maneira extensa, até mesmo à própria natureza ter direito de existir, uma vez que “não há a possibilidade da concretização dos demais direitos fundamentais sem o direito ao meio ambiente” (Silva, 2006, p. 173).

Revela-se, na verdade, que o que existe é a ausência da interpretação legal do texto para o reconhecimento da personalidade jurídica da natureza. A despeito disso, nota-se que o legislador brasileiro tem, sim, evoluído para alcançar esse reconhecimento, assim como seus conterrâneos latinos, ainda que esteja implícito, como a maior parte dos princípios e objetivos nas leis em matéria ambiental.

A efetividade de reconhecer a natureza como sujeito consiste na própria evolução do conhecimento sobre os ecossistemas, seus serviços e limites de resiliência, trazendo para esse contexto uma abordagem tanto do biocentrismo quanto do ecocentrismo: na compreensão do valor intrínseco da natureza e não apenas instrumental; como também da economia ecológica: nos limites biofísicos dos sistemas ecológicos, em outros termos, a conservação dos ecossistemas nos limites saudáveis para a manutenção dos seus serviços e funções ambientais (Nusdeo, 2018, p. 75).

Ainda assim, a personalidade e sua aplicabilidade no direito brasileiro são muito debatidas. Argumentos contrários a essa nova concepção de garantia de personalidade a seres inanimados ou abstratos se sustentam no aspecto epistemológico jurídico. Logo, a pessoa é um conceito unicamente jurídico, portanto não tem relação com as origens das axiologias antropocêntricas ou não antropocêntricas, mas sim do próprio direito. Esses argumentos, no caso, remontam às ideias kantianas compartilhadas, de forma contemporânea, por Norberto Bobbio (1991, p. 27), que qualificou a existência da relação jurídica na correlação de dois sujeitos, possuindo ambos direitos e deveres. E também por Hans Kelsen, que considera inerente à condição de pessoa sua capacidade de possuir direitos e obrigações (*apud* Saux, 2021, p. 81).

Perante esses aspectos, até a coletividade ou as organizações alcançariam a característica de pessoa, mesmo sendo seres fictícios e inanimados, uma vez que partem de uma composição de humanos atrelados sobre obrigações, direitos e responsabilidades, com os demais grupos sociais. Observa-se, assim, a existência da capacidade jurídica como atributo fundamental para a concepção de personalidade.

Apesar de esses argumentos serem um contraponto para a extensão da personalidade da natureza, essas ideias estão ligadas à própria origem de *persona*, que apenas existe porque as normas lhe atribuem direitos e obrigações (Saux, 2021, p. 83). Todavia, conforme Benjamin (2011, p. 83), a axiologia antropocêntrica, que dominou o pensamento ocidental por séculos, considera a natureza como mero objeto de uso humano, sem valor intrínseco ou direitos próprios, e essa concepção não se afasta na filosofia jurídica.

A personalidade da natureza surge no sentido de contrapor a razão kantiana do direito, colocando direitos e deveres nas mãos da própria sociedade, os quais representarão um rio, uma floresta, um berçário marinho etc. A capacidade jurídica pessoal de fato não existe, porém incumbe à sociedade e ao poder público, como estabelece o *caput* do art. 225 da Constituição (Brasil, 1988), a competência de representá-los (Dias, 2000, p. 46). Conforme fundamenta Fredie Didier Jr. (2018, p. 368), “a capacidade de ser parte decorre da garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário, prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988”.

A própria Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938/1981 (Brasil, 1981) – define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A personalidade jurídica da natureza, nesse contexto, é a garantia de que a vida será preservada acima de todos os seres, inclusive dos próprios seres humanos. Não há mais a perspectiva centrada no ser humano, em que apenas uma parte dispõe de direitos e deveres, enquanto a outra não dispõe de nenhum direito. Agora, ambos os sujeitos – os seres humanos e a natureza – detêm direitos e deveres de forma igual. No entanto, o ser humano é considerado pessoa jurídica porque as normas lhe atribuem essa capacidade. Já a natureza é vista como uma entidade de valor intrínseco, com capacidade jurídica para se defender e continuar prestando serviços ecológicos, assegurando a sua própria existência, a dos seres humanos e a de outros sujeitos dependentes dela.

4 Análise das decisões do STF quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica da natureza

A Constituição brasileira (Brasil, 1988), diferente das novas Constituições dos países vizinhos, Equador (2008) e Bolívia (2009), não retrata de forma direta o reconhecimento da natureza como sujeito de direito, possui, sim, instrumentos que são capazes de viabilizar uma sustentabilidade múltipla e abrangente, na qual tanto o poder público quanto a sociedade são operadores na tutela do meio ambiente. Contudo, limita-se apenas a essa multiplicidade de sujeitos, não adentrando necessariamente na personalidade da própria natureza ser seu próprio instrumento em si. Logicamente que, na prática, todos, de maneira plural e multicultural, poderão falar pela natureza em sua proteção e resguardo. Entretanto, na teoria, a Constituição (Brasil, 1988) não deixa claro se a natureza é ou não a verdadeira litigante, sendo sujeito de direito com personalidade própria, que, por sua vez, possui o direito em sua essência de existir e de garantir a vida de todos os polos jurídicos, até mesmo dos polos opostos.

Assim, esta segunda parte da pesquisa foi fundamentada nessa incerteza, e, empregando os preceitos axiológicos antropocêntricos e não antropocêntricos, propõe examinar as interpretações atribuídas ao direito fundamental ao meio ambiente pela Suprema Corte brasileira. Além disso, buscará averiguar o reconhecimento ou não da personalidade jurídica da natureza em suas decisões.

Este tópico adotará uma abordagem predominantemente qualitativa para investigar o comportamento decisório do STF em questões ambientais. O desenvolvimento será conduzido através do método de análise de conteúdo, utilizando duas grelhas de categorias¹ (Bardin, 2010, p. 147-149 e 175), que fornecerão um procedimento estruturado para avaliar decisões judiciais e obter resultados mensuráveis e comparáveis, ou seja, as informações extraídas das decisões serão sistematizadas e submetidas a uma análise qualitativa baseada em seu conteúdo.

A metodologia de análise de conteúdo será implementada em três etapas. A primeira é o recorte institucional, selecionando o STF devido à sua função como órgão de cúpula do Poder Judiciário e sua competência para resguardar a Constituição, conforme o art. 102 da Constituição da República (Brasil, 1988). A segunda etapa envolve uma pesquisa jurisprudencial exploratória no sítio eletrônico do STF, utilizando palavras-chave identificadas durante a revisão bibliográfica. A terceira etapa é um recorte objetivo, no qual será escolhida a área conceitual relevante para o problema da pesquisa, investigando a contraposição entre as axiologias antropocêntrica e não antropocêntrica e a aplicação de conceitos ou institutos jurídicos.

O marco inicial da pesquisa é o ano de 1988, correspondente à promulgação da atual Constituição Federal, que estabelece o direito ao meio ambiente saudável como um direito fundamental de terceira geração. O marco final é o ano de 2023, assegurando a atualidade dos dados no momento da pesquisa.

A seleção das decisões foi realizada por meio de pesquisa no sítio eletrônico do STF. Foi acessada a seção “Pesquisa de jurisprudência do STF” e, em seguida, a pesquisa avançada, a fim de selecionar a periodização desejada para o estudo. Foram usadas palavras-chave identificadas durante a revisão bibliográfica e aplicadas no *site* do STF, resultando na obtenção de 48 decisões referentes à amostra total.

É relevante destacar que uma análise similar já foi conduzida por Schiavetti e Moraes (2020, p. 60). O estudo das autoras também revisou os acórdãos por meio das bases virtuais do STF, com o objetivo de identificar o reconhecimento da natureza como sujeito de direito. Foram identificados e analisados por elas, ao todo, 18 acórdãos entre 1988 e 2020, confirmando consistentemente a aplicação dos preceitos axiológicos aqui categorizados. Assim, a presente pesquisa integrará as duas amostras: primeiro, os acórdãos selecionados pelos autores deste trabalho; e, segundo, o resultante da pesquisa das autoras nominadas.

Através da análise de conteúdo bibliográfica foram selecionadas apenas as palavras que retratam as características das axiologias: antropocêntrica e não antropocêntrica. Assim, foram identificadas as seguintes chaves de busca: direito da natureza; direito do meio ambiente; direito da mãe natureza; Pachamama; direito dos animais; personalidade jurídica da natureza; personalidade jurídica do meio ambiente; e meio ambiente equilibrado.² As chaves direito da natureza e meio ambiente equilibrado foram também objeto de busca das pesquisadoras indexadas no sítio de buscas das decisões do STF entre 1988 e 2020 (Schiavetti; Moraes, 2020, p. 71).

Não obstante, é importante salientar que, na base de dados do *site* de pesquisa jurisprudencial do STF, as palavras de busca estão orientadas apenas a trazer o escopo das ementas dos acórdãos. Isso, por sua vez, foi um limitador para o presente trabalho, que se centraliza na totalidade dos discursos e sustentações das decisões dos ministros da Suprema Corte. Além disso, os 18 acórdãos já examinados por Schiavetti e Moraes (2020) foram descartados para evitar a duplicidade de análise. Desse modo, como resultado, 30 decisões foram mantidas para estudo nesta pesquisa.

Para a análise de dados, em princípio, entendeu-se meio ambiente à luz do conceito do art. 3º, I, da Lei 6.938/1981 (Brasil, 1981), que dispõe sobre o “meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Portanto,

¹ Conforme orientado pela autora Laurence Bardin, “a grelha de categorias é oriunda de uma análise temática, trata-se de um recorte projetado sobre os conteúdos. Vincula-se na frequência dos temas extraídos do conjunto dos discursos, considerados como dados segmentáveis e comparáveis (2010, p. 175).

² Empregou-se na base de buscas avançadas do *site* do STF as palavras-chave da seguinte forma: direito da natureza OU direito do meio ambiente OU direito da mãe natureza OU Pachamama OU direito dos animais OU personalidade jurídica da natureza OU personalidade jurídica do meio ambiente OU meio ambiente equilibrado, utilizando-se de operadores E/OU alternativamente.

a fauna e a flora são os elementos que se correlacionam de maneira argumentativa entre os direitos dos animais e o direito do meio ambiente, sendo este último “equilibrado” em todas as suas formas na manutenção da vida.

Já para a identificação dos discursos antropocêntricos e não antropocêntricos, foram delimitadas duas grelhas de categorias na pesquisa dos textos dos acórdãos: (i) partes que mencionam, direta ou indiretamente, o antropocentrismo mitigado; (ii) partes que mencionam, direta ou indiretamente, o biocentrismo ou ecocentrismo. Essas categorias foram identificadas durante a leitura dos votos e na busca das palavras-chave dentro dos textos.

Em sequência, considerando a amostra total dos 30 acórdãos encontrados, analisou-se que 17 dessas decisões possuem, categoricamente, a visão antropocêntrica mitigada. Em outras 8, a temática perpassa a proteção do meio ambiente e são geralmente associadas a outros direitos fundamentais, ou a temas de outros assuntos, e não se aprofundam muito nas concepções interpretativas do meio ambiente no ordenamento jurídico. Todavia, ainda estruturam seus discursos no viés da natureza não possuir valor intrínseco, sendo apenas um apêndice para a manutenção de outros direitos. Por fim, 5 decisões restantes fazem menções indiretas aos valores biocêntricos e ecocêntricos.

Nesse sentido, com base nas explicações relacionadas anteriormente, observa-se que há uma tendência conservadora da axiologia antropocêntrica mitigada nas interpretações vinculadas ao meio ambiente equilibrado pela jurisprudência do STF, conforme também indicado em pesquisa realizada pelas autoras Schiavetti e Moraes (2020).

No tema das decisões e discussões ambientais, 11 das 17 decisões que respaldam a axiologia antropocêntrica mitigada versam sobre a competência concorrente dos entes públicos em legislar ou executar sobre direito do meio ambiente, relacionadas a interesses e atividades regionais. Ademais, 2 decisões das 17 mencionadas são sobre o mesmo tema e fatos apontados, possuindo ambas a mesma decisão. Entretanto, no contexto do critério categórico utilizado, todas demonstram entendimento comum vinculado à axiologia antropocêntrica mitigada. A seguir, serão destacadas as principais recorrentes na sua maioria.

De início, tem-se uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5.996 –, que objetiva sobre a possibilidade de a Lei 289/2015 (Brasil, 2015), do Estado do Amazonas, proibir a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes. Em que pese a matéria discutida sobre a competência concorrente do Estado e da Federação, a Suprema Corte deixa clara sua interpretação quanto ao meio ambiente e a especial atenção que deu o legislador constituinte perante o tema. No voto, o ministro relator preceitua que o art. 225 do texto constitucional “possui um regime jurídico especial que exorbita o direito comum” e que, por sua vez, é considerado patrimônio comum de toda humanidade na garantia das gerações futuras, sendo, assim, um direito humano fundamental de 3ª geração, que encampa a proteção aos interesses da coletividade “em face da afetação de certo bem a uma finalidade individual” (STF, 2020, p. 10).

A princípio, o STF respalda a natureza e sua proteção somente voltado aos direitos fundamentais humanos de 3ª geração. Cria-se a ideia de uma proteção que, na sua origem, está voltada aos direitos humanos, mas, na sua essência, coloca a proteção aos encargos da coletividade, acima do individual, algo que resvala nos valores biocêntricos e ecocêntricos, ao não definir o que comporia essa coletividade. Dentro do mesmo prisma de apreciação, vejam-se alguns trechos mencionados nas demais ações.

A ADI 708, que aborda a não destinação dos recursos ao Fundo Clima, também se utiliza dos mesmos argumentos ao considerar “a existência de uma relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a efetivação de outros direitos humanos, bem como o impacto da degradação ambiental e dos efeitos adversos das mudanças climáticas na fruição de direitos humanos” (Brasil, 2022, p. 42). Por sua vez, na ADI 5.547, há uma condicionante no mesmo ponto interpretativo que afirma que “o direito à integridade do meio ambiente prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos” (Brasil, 2020, p. 19), sendo um “típico direito de terceira geração que assiste, de modo indeterminado, a todo o gênero humano, subjetivamente” (Brasil, 2020, p. 17). Essa mesma abordagem argumentativa é observada na ADI 6.957, que destaca a “relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a efetivação de outros direitos humanos” (Brasil, 2023, p. 19). Alinhado a esse pensamento, o ARE 1.399.685 AgR fundamenta a necessidade de “proteção legislativa interna e de adesão aos

pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual” (Brasil, 2023, p. 17).

Tanto o ARE 1.279.910 AgR quanto o ARE 748.206 AgR-2ºjulg. compartilham a perspectiva de que o equilíbrio do meio ambiente está intimamente ligado à manutenção da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar dos seres humanos. A jurisprudência mencionada pelo relator no ARE 1.279.910 AgR enfatiza que o meio natural da fauna e da flora é considerado patrimônio da espécie humana e, portanto, deve ser protegido como um bem essencial, não como uma entidade viva (Brasil, 2021, p. 11). Da mesma forma, no caso do ARE 748.206 AgR-2ºjulg, o ministro relator concorda com seus colegas de que o direito à integridade do meio ambiente é um direito coletivo, dentro do contexto de afirmação dos direitos humanos. Assim, ambos os julgamentos destacam que o coletivo se refere aos seres humanos, e não ao meio ambiente em sua totalidade (Brasil, 2022, p. 10).

Por fim, o reiterado recorte do Ministro Alexandre de Moraes, no qual afirma que meio ambiente é “considerado patrimônio comum de toda a humanidade para garantia de sua integral proteção”. Retirado do RE 926.944 AgR-AgR (Brasil, 2022, p. 21) e da ADI 6.672 (Brasil, 2021, p. 35), deixa claro que a manutenção da natureza se destina à integridade dos direitos humanos.

Em sequência, destacam-se duas ações: a ADPF 656 MC, que versa sobre entrada, registro e liberação de novos agrotóxicos no Brasil sem exame técnico científico da possível nocividade dos produtos, e a ADI 5.977, que trata sobre a competência legislativa do Estado de dispor sobre coleta de animais, restringindo a caça de controle e vedando a caça científica. Faz-se a junção de ambas as ações para pontuar sobre o posicionamento, às vezes antagônico, do STF diante da proteção do meio ambiente e da saúde humana. Ao mesmo tempo que, na primeira, há uma preocupação maior com o uso de agrotóxicos que afetam a saúde humana, deixando, porém, fauna e flora em segundo plano; na segunda, a preocupação com o abate e a coleta de animais invasores nocivos ao meio ambiente local está voltada exclusivamente à fauna e à flora do meio ambiente e à garantia do seu *status quo* (Brasil, 2020, p. 17).

Frísase que, na ADPF 656 MC, a saúde ambiental direciona-se, em primeiro lugar, à saúde pública humana e às influências que o meio ambiente natural e antrópico pode provocar na vida do ser humano (Brasil, 2020, p. 2), logo, este se mantém sobressalente ao se comparar com a natureza. Mais adiante, o ministro relator reitera o posicionamento antropocêntrico mitigado sobre a natureza, no qual esta é observada como patrimônio da humanidade, em que meio ambiente é palco da promoção do homem todo e de todos os homens (Brasil, 2020, p. 19).

O mesmo posicionamento é recorrente em outras decisões. Na ADI 6.421 MC, a menção do direito ao meio ambiente vem também a reboque do direito à saúde, por exemplo, a concepção sobre o desenvolvimento sustentável: “crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras” (Brasil, 2020, p. 85).

As decisões judiciais supramencionadas revelam uma convergência quanto à importância da saúde humana e da sociedade coletiva no contexto da proteção do meio ambiente. Na ADI 6.808, por exemplo, menciona-se o princípio da precaução, que enfatiza a necessidade de proteger a existência humana e garantir o respeito à saúde e à integridade física, considerando tanto o indivíduo quanto a sociedade na totalidade (Brasil, 2022, p. 113). De maneira similar, nas ADPFs 748 MC, 748 e 749, é notável a referência ao “justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia”, conforme mencionado pelo Ministro Celso de Mello, destacando que esse equilíbrio é inafastável no direito fundamental da preservação do meio ambiente, visto por ele como um “bem de uso comum da generalidade das pessoas”, com proteção intergeracional (Brasil, 2020, p. 32). No tocante à SL 1.425 AgR, mais uma vez ressalta-se a conexão entre a saúde pública e a saúde humana, considerando os fatores do meio ambiente natural e antrópico que a influenciam e condicionam, visando melhorar a qualidade de vida dos seres humanos (Brasil, 2021, p. 13). Essas decisões deixam claro que o equilíbrio do meio ambiente está mais diretamente relacionado à saúde humana do que ao meio ambiente como um todo.

Em outra perspectiva interpretativa, conforme mencionado previamente, 5 das 30 decisões abordaram as axiologias biocêntrica e ecocêntrica, algumas das quais geram até mesmo dissonância em relação à postura recorrente adotada pelo STF diante da hermenêutica interpretativa constitucional.

Primeiro, destaca-se o Agravo Regimental interposto em face de decisão que indeferiu a ordem do HC 188.693 AgR, que aborda a extração ilegal de palmito juçara em uma unidade de conservação. Nessa decisão, o relator Ministro Alexandre de Moraes faz uma ressalva quanto à definição de meio ambiente, socorrendo o direito às noções de ecologia, “que conceitua a biosfera como constituída pelo conjunto do solo, da água e do ar existente no globo terrestre e regente das condições necessárias à vida”. Não somente fundamenta que “a necessidade de preservação dos recursos naturais e, conseqüentemente, a manutenção do equilíbrio mínimo necessário ao meio ambiente estarão sempre a exigir uma adaptação dos conceitos tradicionais do direito”, como deixa clara a necessidade de adaptação do direito brasileiro para uma possível mudança dos seus valores axiológicos costumeiros, os quais podem se voltar às correntes não antropocêntricas, sendo, talvez, o reconhecimento da natureza como sujeito para a manutenção do equilíbrio essencial dos serviços ecológicos (Brasil, 2020, p. 10).

Na ADI 5.995/RJ, o Ministro Luiz Fux esclarece, em seu voto, que a tendência do STF tem sido uma abordagem antropocêntrica mitigada, no que ele mesmo sustenta como a chamada “opulência ecológica constitucional”, ou seja, a relativização do antropocentrismo kantiano (Brasil, 2021, p. 105). Em seguida, menciona encontrar fundamento para as posições do STF com base na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, que propõem a possibilidade de uma releitura da Constituição nos moldes de uma filosofia mais voltada ao biocentrismo ou ecocentrismo. Os autores enfatizam que a Constituição expressa a tutela da função ecológica da flora e da fauna e contempla uma proteção integrada dos recursos naturais e da própria natureza em si. “Dessa forma, ao que parece, a ordem constitucional está a reconhecer a vida do animal não humano e a natureza em geral como um fim em si mesmo, de modo a superar ou ao menos relativizar o antropocentrismo kantiano” (Brasil, 2021, p. 105, 111). De maneira semelhante, na ADPF 640 MC-Ref, o relator Ministro Gilmar Mendes também se baseia nos mesmos autores ao argumentar que a Constituição também reconhece outras formas de vida como um bem jurídico concorrente e interdependente, a ser protegido como um fim em si (Brasil, 2021, p. 16). Essas referências aos autores e suas abordagens sugerem uma possível evolução na compreensão do papel da natureza e das demais formas de vida no âmbito do direito constitucional por parte do STF.

No mesmo sentido dispõe a Ministra Cármen Lúcia na ADI 4.970, no qual, ao citar seu colega decano Ministro Luiz Fux, reconhece a natureza como ente plural, sendo o homem produto dela, e não proprietário. Portanto, há o reconhecimento dessa entidade como ser dotado de direitos que regem a vida em sua essência, ponto de vista que se aproxima muito dos valores biocêntricos ou ecocêntricos (STF, 2021, p. 19).

Por fim, na ADI 5.447, em que se aborda um tema da suspensão do período de defeso da atividade pesqueira, o ministro relator faz menção à doutrina de Édís Milaré sobre a invocação do princípio da precaução e os efeitos da falta da informação científica “sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais, ou a proteção vegetal que possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido”. Observa-se que o autor incluiu todos os sujeitos de direito, inclusive a natureza, ao mencionar a proteção vegetal e o direito animal e os seres humanos (Brasil, 2020, p. 12).

5 Considerações finais

A Carta Política do Brasil (1988) foi palco de admiração quanto à amplitude da proteção constitucional ao meio ambiente em 1988, sendo uma constituição à frente de seu tempo, que naquele momento político se fez internacionalmente presente na abordagem e no vínculo com os pactos e tratados internacionais protetivos desse direito fundamental de 3ª geração. Entretanto, sua interpretação, ainda que pese a evolução lenta do direito, continua sendo predominantemente utilitarista, “refletindo, dentro dos processos de afirmação dos direitos humanos” (Brasil, ADPF 656 MC, 2020, p. 12), na manutenção da natureza apenas como objeto para a garantia das presentes e futuras gerações.

Diante desse escopo, o texto constitucional ainda se faz admirável quanto a sua legitimidade de inovação. Entretanto, apesar dos avanços nos julgados e fundamentações jurídicas do STF, ainda há, na sua maioria, características axiológicas do antropocentrismo mitigado, desde a fundamentação da Constituição de 1988 (Brasil).

Do ponto de vista biocêntrico, a redefinição de justiça é algo que precisa ser reavaliado. Como aborda Gudynas (2019, p. 190), a posição que predomina no entendimento de justiça está imbricada apenas em assuntos entre

humanos, portanto dentro do escopo da axiologia antropocêntrica. Desse modo, “não são explorados, por exemplo, os valores intrínsecos ou os direitos da natureza” (Gudynas, 2019, p. 193).

Assim, na interpretação de Gudynas (2019, p. 195), a “justiça se mercantiliza” crendo que tudo é passível de compensação econômica para mitigação ou solução de problemas ambientais.

A manutenção de uma justiça que se apoia em preceitos antropocêntricos não oferece soluções concretas para o contexto multicultural que a proteção ao meio ambiente possui. “Não oferece espaços substantivos para uma ética do valor próprio” (Gudynas, 2019, p. 195), no qual rompa com o antropocentrismo e possa incorporar os valores intrínsecos, integrando o não humano ao pleito e, assim, os direitos da natureza.

É bem verdade que existem iniciativas pontuais da jurisprudência que incentivam ou resvalam na mudança desse posicionamento histórico utilitarista. O reconhecimento de valores próprios da natureza tem como intuito o equilíbrio das justiças, a justiça ecológica, trabalhando junto à familiarizada justiça ambiental.

A distinção entre ambas as justiças e sua colaboração são defendidas por alguns autores que entendem que a justiça ecológica é uma complementação da justiça ambiental, trazendo em seu escopo uma preocupação além do que meramente a vida dos seres humanos e suas gerações futuras, mas de toda a vida em si (Gudynas, 2019, p. 197).

Para isso, a presente pesquisa investigou, no sítio das decisões da Suprema Corte Federal, os acórdãos e a apreciação do direito ao meio ambiente por parte dos ministros do STF, no período de 1988 a 2023, indexadas com palavras-chave específicas extraídas da literatura bibliográfica.

É importante salientar que, mesmo com alguns apontamentos por parte da Suprema Corte que revisitam a vanguarda na interpretação do direito da natureza, ainda assim a realidade hoje reconhecida pelos países andinos e outros países no mundo não se faz presente na jurisprudência brasileira, mesmo que o texto constitucional possa ser interpretado de forma contrária. Não obstante, para além das decisões e dos posicionamentos do STF, verifica-se, como apontam os autores bibliográficos deste artigo, a concretização urgente e necessária da evolução do direito brasileiro na superação da axiologia antropocêntrica e suas derivações, e a abertura para novos valores que propiciem e saúdem a vida e todos os seus sujeitos, inclusive a própria natureza.

6 Referências

ACOSTA, Alberto. Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza: reflexiones para la acción. *Revista da AFESE*, Quito, v. 54, n. 54, p. 11-32, ago. 2010. Disponível em: <https://www.afese.com/img/revistas/revista54/ddnatura.pdf>. Acesso em: 21 out. 2022.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Ed. rev. e actual. Lisboa: Edições 70, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 31, n. 1, p. 79-96, jan. 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1991.

BOCKORNI, Beatriz Rodrigues Silva; GOMES, Almiralva Ferraz. A amostragem em *snowball* (bola de neve) em uma pesquisa qualitativa no campo da administração. *Revista de Ciências Empresariais da Unipar*, Umuarama, v. 22, n. 1, p. 105-117, jan./jun. 2021.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.355/RJ*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual 4.341/2004, do Rio de Janeiro. Obrigação das empresas de fibrocimentos pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Exercício legítimo da competência dos estados para suplementarem a legislação federal. Arguição julgada improcedente. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relator: Min. Edson Fachin, 16 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438444/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.970/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Conversão da Medida Provisória n. 462/2009 na Lei n. 12.058/2009, pela qual acrescentado o § 7º do art. 18 da Lei n. 9.636/1998. Ausência de pertinência temática de emenda parlamentar. Lei promulgada antes do julgamento da ADI n. 5.127. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Cessão de uso de espaços ambientais contíguos a imóveis da união afetados ao regime de aforamento ou ocupação. Exigência de cumprimento de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional. Requerente: Procurador-Geral da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 22 de setembro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur453072/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE*. Processo objetivo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.447/DF*. Direito ambiental. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Suspensão do período de defeso da pesca por ato do Executivo. Ameaça à fauna brasileira, à segurança alimentar e à pesca artesanal. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 7 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429107/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.475/AP*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inc. IV e § 7º do art. 12 da Lei Complementar n. 5/1994 do Amapá, alterada pela Lei complementar estadual n. 70/2012. Licença ambiental única. Dispensa de obtenção das licenças prévias, de instalação e de operação, estabelecidas pelo Conama (inc. I do art. 8º da Lei n. 6.938/1981). Ofensa à competência da União para editar normas gerais sobre proteção do meio ambiente. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inc. IV e do § 7º do art. 12 da Lei complementar n. 5/1994 do Amapá, alterada pela Lei Complementar estadual n. 70/2012. Requerente: Procurador-Geral da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 3 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425818/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.547/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resolução Conama nº 458/2013. Cabimento. Ofensa direta. Ato normativo primário, geral e abstrato. Proteção do meio ambiente. Direito fundamental. Princípios da proteção e da precaução. Função socioambiental da propriedade. Proibição do retrocesso. Princípios da prevenção e da precaução. Inexistência de ofensa. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Edson Fachin, 6 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433144/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.977/SP*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Proteção da fauna. Lei 16.784/2018 do Estado de São Paulo. Proibição da caça sob qualquer pretexto. Competência legislativa concorrente para dispor sobre caça (CF, art. 24, VI). Restrição da caça de controle. Vedação da caça científica. Procedência parcial do pedido. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429271/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.995/RJ*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 7.814, de 15 de dezembro de 2017, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a proibição, no Estado, da utilização de animais para desenvolvimento, experimento e teste de produtos cosméticos, higiene pessoal, perfumes, limpeza e seus componentes. Competência da União para legislar sobre normas gerais. Usurpação de competência da União. Limitações à comercialização dos produtos derivados dessas atividades no Estado do Rio de Janeiro. Restrição ao mercado interestadual. Requerente: Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos – ABIHPEC. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de outubro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur454665/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.996/AM*. Constitucional. Federalismo e respeito às regras de distribuição de competência. Lei estadual 289/2015 do estado do Amazonas. Proibição do uso de animais para o desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes. Competência legislativa concorrente do estado em matéria de proteção ambiental (art. 24, VI, CF). Norma estadual ambiental mais protetiva, se comparada com a legislação federal sobre a matéria. inconstitucionalidade formal. Não ocorrência precedentes. Improcedência da ação. Requerente: Assoc. Brasil da Ind. Higiene Pessoal Perf. e Cosméticos. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423026/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.018/RJ*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Legitimidade *ad causam* da Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Petróleo – ABEDA. Lei n. 7.913/2018 do Estado do Rio de Janeiro. Massa asfáltica. Pneus borrachas. Alegação de usurpação de competência privativa da União para regulamentar, por intermédio da Agência Nacional do Petróleo – ANP, a indústria do petróleo, gás natural e seus derivados. Competência legislativa concorrente dos entes menores. Improcedente. Requerente: Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Asfaltos. Relator: Min. Edson Fachin, 30 de março de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur461545/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de Covid-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Roberto Barroso, 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436268/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.650/SC*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ambiental. §§ 1º, 2º e 3º do art. 29 da Lei n. 14.675, de 13.4.2009, alterada pela Lei n. 17.893, de 23.1.2020, de Santa Catarina. Dispensa e simplificação do licenciamento ambiental para atividades de lavra a céu aberto. Ofensa à competência da união para editar normas gerais sobre proteção do meio ambiente. Ação julgada procedente. Requerente: Procurador-Geral da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 5 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur445767/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.672/RR*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Federalismo e respeito às regras de distribuição de competência legislativa. Lei estadual que simplifica licenciamento ambiental para atividades de lavra garimpeira, inclusive com uso de mercúrio. Invasão da competência da união para editar normas gerais sobre proteção ambiental. Competência privativa da união para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais. Inconstitucionalidade. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 22 de setembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur453074/false>. Acesso em: 2 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.808/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 6º e 11-A da Lei n. 11.598/2007, alterados pelo art. 2º da Medida Provisória n. 1.040/2021. Conversão da Medida Provisória n. 1.040/2021 na Lei n. 14.195/2021. Inexistência de alteração substancial das normas impugnadas. Ausência de prejuízo pelo não aditamento tempestivo da petição inicial. Conversão da apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito. Procedimento automático e simplificado de emissão de alvará de funcionamento e licenças

ambientais para atividade de risco médio no sistema de integração Redesim. Vedação de coleta de dados adicionais pelo órgão responsável à realizada no sistema Redesim para a emissão das licenças e alvarás para funcionamento de empreendimentos ambientais. Ação direta julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à constituição. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 14 de julho de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur467360/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.903/AL*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Sistema de distribuição de competências normativas. Constituição do Estado de Alagoas. Lei local n. 5.017/1988. Instalação de usinas nucleares. Depósito de resíduos atômicos. Guarda de lixo considerado atômico e de química letal. Vedações. Transporte de material radioativo e de química letal. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Nunes Marques, 26 de outubro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur468701/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.957/PB*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 11.422/2019 do Estado da Paraíba. Criação da área de proteção ambiental da praia de Jacarapé. Alegação de inconstitucionalidade por ofensa à regra constitucional de repartição de competências federativas Pedido julgado improcedente. Requerente: Governador do Estado da Paraíba. Relator: Min. Edson Fachin, 6 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur474285/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Interno 1.314.117/RJ*. Agravo Interno. Recurso extraordinário com agravo. Implementação de políticas públicas. Manutenção de via pública. Acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência do STF. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 7 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur458603/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Interno na Suspensão de Liminar 1.425/DF*. Agravo Interno na Suspensão de Liminar. Ação Civil Pública. Decisão que suspende a autorização de importação de camarões da Argentina. Alegado risco de lesão à ordem econômica. Ocorrência. Decisão administrativa tecnicamente fundamentada. Precedente. Suspensão que se julga procedente. Agravo a que se nega provimento. Requerente: Associação Brasileira de Criadores de Camarão. Relator: Min. Luiz Fux, 2 de junho de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447571/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 748.206/SC*. Segundo Julgamento no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário. Decisão em conformidade com a jurisprudência da Corte. Lei Municipal n. 1.382/2000. Imposição de restrição ao uso do herbicida à base de 2.4 – D. Competência municipal supletiva para legislar. Interesse local. Tese fixada em sede de Repercussão Geral no RE 586.224/SP. 6. Negado provimento ao Agravo Regimental. Requerente: Dow Agrosociences Industrial Ltda. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de março de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur461025/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 1.279.910/SE*. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo. Interposição em 04.02.2021. Ação Civil Pública. Meio ambiente. Saneamento básico. Lançamento de esgoto em mananciais do município. Incidência das súmulas 279, 284 e 636 do STF. Alegada afronta ao princípio da separação de poderes. Improcedência. Precedentes. Requerente: Companhia de Saneamento de Sergipe Deso. Relator: Min. Edson Fachin, 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446853/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 1.399.685/GO*. Agravo interno. Recurso extraordinário com agravo. Fundamentação a respeito da repercussão geral. Recuperação de área degradada em decorrência de obra pública. Reparação ambiental como direito fundamental indisponível. Imperatividade do dever de reparação dos danos ao meio ambiente. Acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do STF. Requerente: Agência Goiana de Transportes e Obras. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 23

de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur474892/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 188.693/DF*. Crime de dano direto ou indireto a unidades de conservação. Princípio da insignificância. Negado provimento. Agte.(s) Eleandro Cesar Franca. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 17 de setembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur431523/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 640/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Decisões de órgãos judiciais e administrativos que autorizam o abate de animais apreendidos em situações de maus-tratos. Art. 12 da Lei 9.868/99. Declaração da ilegitimidade da interpretação dos arts. 25, §§ 1º e 2º da Lei 9.605/1998, bem como dos artigos 101, 102 e 103 do Decreto 6.514/2008, que violem as normas constitucionais relativas à proteção da fauna e à proibição da submissão dos animais à crueldade. Procedência da ação, nos termos da inicial. Requerente: Partido Republicano da Ordem Social – PROS. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur457885/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fundo clima. Não destinação dos recursos voltados à mitigação das mudanças climáticas. Inconstitucionalidade. Violação a compromissos internacionais. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de setembro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur470395/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 748/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Afronta ao art. 225 da Constituição da República. Resolução Conama nº 500/2020. Revogação das Resoluções 84/2001, 302/2002 e 303/2002. Licenciamento de empreendimentos de irrigação. Parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente de reservatórios artificiais e regime de uso do entorno. Parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente em geral. Supressão de marcos regulatórios ambientais. Retrocesso socioambiental. Procedência. Resolução Conama nº 499/2020. Coprocessamento de resíduos em fornos rotativos de produção de clínquer. Compatibilidade constitucional com os parâmetros normativos. Improcedência quanto ao ponto. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Relatora: Min. Rosa Weber, 5 de agosto de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur467643/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 749/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Afronta ao art. 225 da Constituição da República. Resolução Conama nº 500/2020. Revogação das Resoluções 84/2001, 302/2002 e 303/2002. Licenciamento de empreendimentos de irrigação. Parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente de reservatórios artificiais e regime de uso do entorno. Parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente em geral. Supressão de marcos regulatórios ambientais. Retrocesso socioambiental. Procedência. Resolução Conama nº 499/2020. Coprocessamento de resíduos em fornos rotativos de produção de clínquer. Compatibilidade constitucional com os parâmetros normativos. Improcedência quanto ao ponto. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relatora: Min. Rosa Weber, 10 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur458045/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 656/DF*. Ação de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Portaria 43/2020 da Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Prazos para aprovação tácita de uso de agrotóxicos, fertilizantes e outros químicos. Entrada, registro e liberação de novos agrotóxicos no Brasil, sem exame da possível nocividade dos produtos. Cautelar deferida. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 31 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430102/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.365.684/TO*. Agravo interno. Recurso extraordinário. Implementação de políticas públicas. Ação civil pública que visa a minimizar a fila de espera para a realização dos serviços de exames e procedimentos cirúrgicos oncológicos, impondo obrigação do estado no que pertine à avaliação, ao controle e à triagem de pacientes para fixação de cronograma de atendimento. Acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência do STF. Recorrente: Ministério Público do Estado do Tocantins. Relatora: Min. Rosa Weber, 13 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450796/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 607.109/PR*. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário Ambiental. Artigos 47 e 48 da Lei federal 11.196/2005. Possibilidade de apuração de créditos de PIS/Cofins na aquisição de insumos recicláveis. Coexistência dos regimes cumulativo e não-cumulativo da contribuição ao PIS/Cofins. Dualidade de alíquotas. Prejuízos econômicos ao contribuinte industrial dedicado à reciclagem. Inconstitucionalidade de tratamento tributário prejudicial à indústria de reciclagem. Possibilidade concreta de os créditos fiscais superarem o valor do PIS/Cofins recolhido na etapa anterior da cadeia de produção. Fixação da tese: "São inconstitucionais os arts. 47 e 48 da Lei 11.196/2005, que vedam a apuração de créditos de PIS/Cofins na aquisição de insumos recicláveis". Recurso extraordinário provido. Recorrente: Sulina Embalagens Ltda. Recorrido: União. Relatora: Min. Rosa Weber, 13 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450796/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 926.944/SP*. Agravo Regimental em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Direito Ambiental. Ação civil pública. Vedação às provas de laço. Princípio da precaução. Aplicação inapropriada. Legislação atual, Lei nº 13.873/19, que não conflita com o art. 225, § 7º, da Constituição Federal. Agravo ao qual se nega provimento. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Dias Toffoli, 18 de maio de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur464474/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

D'EAUBONNE, Françoise. *Le féminisme ou la mort*. Paris: P. Horay, 1974.

DALLA ROSA, Luís Carlos. Bem viver e terra sem males: a cosmologia dos povos indígenas como uma epistemologia educativa de decolonialidade. *Educação*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 298-307, nov. 2019.

DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

EL TASSE, Adel. O atraso brasileiro no reconhecimento da condição de sujeitos de direitos aos animais. *Revista CEJ*, Brasília, v. XIX, n. 66, p. 57-63, maio/ago. 2015.

EQUADOR. *Constitucion dela República del Ecuador 2008*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 7 ago. 2022.

FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América Latina. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 400-423, jan./abr. 2013.

GORDON, Gwendolyn J. Environmental Personhood. *Columbia Journal of Environmental Law*, New York, v. 43, n. 1, p. 49-91, 2018.

GUDYNAS, Eduardo. Cidadania ambiental e metacidadanias ecológicas, revisão e alternativas na América Latina. *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Curitiba, n. 19, p. 53-72, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/13954/10885>. Acesso em: 6 maio 2022.

GUDYNAS, Eduardo. *Direitos da natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais*. São Paulo: Elefante, 2019.

LE BOT, Yvon. *Comandante Marcos: sonho zapatista*. Barcelona: Anagrama, 1997.

- LOVELOCK, James E. Hands up for the Gaia hypothesis. *Nature*, [s. l.], v. 344, p. 100-102, mar. 1990. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/344100a0>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- NEME, Eliana Franco. *O conteúdo da proibição contra a crueldade com os animais na Constituição Federal*. 2004. 201 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Direito ambiental & economia*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018.
- PERRA, Livio. Protezione ambientale: abbandono dell'antropocentrismo giuridico e evoluzione del Diritto. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 121, p. 455-475, dez. 2020. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0002-1045-1206>. Acesso em: 12 abr. 2024.
- ROCKSTRÖM, Johan *et al.* Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity. *Ecology and Society*, Dedham, v. 14, n. 2, dez. 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/26268316>. Acesso em: 12 abr. 2024.
- SAUX, Edgardo Ignacio. Personificação dos animais: um debate necessário sobre o alcance de categorias jurídicas estruturais. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES*, Canoas, v. 9, n. 3, p. 75-90, out. 2021. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/9200>. Acesso em: 12 abr. 2024.
- SCHIAVETTI, Mariana Bruck de Moraes Ponna; MORAES, Maria Eugênia Bruck de. Até onde vai o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 57-80, dez. 2020.
- SCHWEITZER, Albert. *Reverence for life*. New York, Evanston and London: Harper & Row Publishers Incorporated, 1969. v. 1.
- SILVA, Solange Teles. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, n. 6. p. 169-188, set. 2006.
- SINGER, Peter. *Libertação animal*. São Paulo/Porto Alegre: Martins Fontes, 2004.
- SOLOW, Robert. Sustainability: an economist's perspective. In: DORFMAN, R.; DORFMAN, N. S. *Economics of the environment: selected readings*. 3. ed. New York: Norton, 1993.
- SUESS, Paulo. Elementos para a busca do bem viver (sumakkawsay) para todos e sempre. Brasília, 2 dez. 2010. Disponível em: <https://cimi.org.br/2010/12/elementos-para-a-busca-do-bem-viver-sumak-kawsay-para-todos-e-sempre/>. Acesso em: 2 set. 2022.
- VEIGA, J. E. D. *Para entender o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Editora 34, 2015. v. 1.
- WEISS, Edith Brown. Global environmental change and international law. *Global Environmental Change*, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 250-256, set. 1992.