

**V.1
N.2
ABRIL 2022**

Law Review

**I Seminário de
Discentes em
Direito do Distrito
Federal**

idp

SUMÁRIO

CARTA DAS EDITORAS E DO EDITOR.	3
Fábio Lima, Jéssica Yume Nagasaki e Fernanda Lima	
A INDEVIDA AUSÊNCIA DE INDENIZAÇÃO PRÉVIA PELA DESAPROPRIAÇÃO DO FUNDO DE COMERCIO DO LOCATÁRIO	6
Luiz Antônio S. Corrêa	
PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO NA APLICAÇÃO DE PROVIMENTOS VINCULANTES POR SISTEMAS DE DECISÕES AUTOMATIZADAS.....	25
João Sergio dos Santos Soares Pereira e Eurípedes Jose de Souza Junior	
SEGURANÇA JURÍDICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: A IMPORTÂNCIA DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA FUNDADA EM PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VINCULANTE.....	40
Fernando Pessoa de Aquino Filho	
REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS FRENTE A CRISE RELACIONADA AO COVID 19 NO BRASIL	56
Luiz Antonio Santos	
A REFORMA TRIBUTÁRIA E A PROPOSTA DA INSTITUIÇÃO DA CBS: CREDITAMENTOS NA NÃO-CUMULATIVIDADE E NA MONOFASIA	78
Blader Henrique Soares	
OS DIREITOS INDÍGENAS EM DISPUTA NA ADPF 709: HÁ CAMINHOS POSSÍVEIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?	95
Erick Kiyoshi Nakamura	
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DAS CORTES SUPREMAS NAS DEMOCRACIAS.....	115
Fernando Natal Batista	
O RECONHECIMENTO FACIAL COMO INSTRUMENTO DE REFORÇO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS NO BRASIL.....	131
Alisson Possa	
INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PRECIFICAÇÃO: UMA VISÃO A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	147
Bruno Soares Koga	

CARTA DAS EDITORAS E DO EDITOR.

A Revista Law Review lança a primeira edição do ano de 2022, a qual conta com um número expressivo de artigos que trazem discussões importantes na área acadêmica, mas com implicações práticas, cujo intuito é repensar sua aplicação, mas também trazer reflexões para os operadores do direito.

As demandas no campo jurídico são constantes e acompanhadas por debates que se prolongam no tempo, tendo em vista a própria mudança social, bem como as novas perspectivas que se formam, questionando velhas demandas e inquirindo novos olhares. A par disso, a Law Review é um espaço para novos pesquisadores que buscam pôr em evidências o desenvolvimento de suas pesquisas, sobretudo, pelas inquietações e problemáticas que se deparam no seu dia a dia.

O operador do direito que se dispõe a prática acadêmica e profissional se depara com desafios que não passam despercebidos do olhar crítico, pois ao apontar os problemas presentes no campo de sua atuação, ou áreas que despertam o interesse tem o exercício de repensar melhorias e propor soluções, ou apenas colaborar com profissionais que atuam naquele seguimento indicando as objeções, as quais implicam diretamente em sua eficiência e efetividade.

Para tanto, a criação de um espaço para novos pesquisadores é uma lacuna percebida pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (Mestrado Acadêmico, Doutorado Acadêmico e Mestrado Profissional em Direito, o Mestrado Interinstitucional em Direito (em parceria com a ICEV, em Teresina) e o Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento, em São Paulo) vinculados ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, o qual pensando na melhoria mas também na viabilidade destas pesquisas suscitou o debate por meio da Revista Law Review.

Esta edição aborda temas que se complementam, além de convidar os leitores a refletirem, criticarem e dialogarem sobre suas pesquisas traçando um fórum. O primeiro artigo apresentado pelo autor **Luiz Antônio S. Corrêa** com o título **A indevida ausência de indenização prévia pela desapropriação do fundo de comércio do locatário** tem o intuito de discutir o direito de propriedade o direcionando para o fundo de comércio do locatário, cujo ponto de partida é entender os direitos estabelecidos constitucionalmente aliando a análise com o direito material corpóreo e incorpóreo diante deste instituto.

O segundo artigo discorre sobre as **Primeiras Reflexões sobre o Devido Processo Tecnológico na Aplicação de Provimentos Vinculantes por Sistema de**

Decisões Automatizadas escrito pelos autores **João Sergio dos Santos Soares Pereira e Eurípedes Jose de Souza Junior**, em que a problemática consolida um assunto discutido sobre a alta demanda do judiciário e, conseqüentemente, o seu abarrotamento, mas aliado a este assunto traz novas perspectivas por meio da inteligência artificial, indagando da possibilidade de seu uso por decisões automatizadas com o uso de algoritmos e IA, o que não está ileso de críticas, devido a insegurança jurídica que desperta neste processo.

O artigo **Segurança Jurídica e Desenvolvimento Econômico: A Importância da Tutela Provisória de Evidência Fundada em Precedente Jurisprudencial Vinculante** proposto pelo autor **Fernando Pessoa de Aquino Filho** tem o intuito de trazer ao debate desenvolvimento econômico e processo, em que entende que o desenvolvimento econômico se consolida e se perfaz pelas instituições, incluindo o sistema de justiça. Para isso, compreende que, como instituição, o sistema de justiça permite e também se torna uma ponta para o desenvolvimento econômico, em especial, pelos mecanismos do código de processo civil.

O artigo **Reflexão Crítica Sobre os Direitos Sociais Frente a Crise Relacionada ao Covid-19 no Brasil** do autor **Luiz Antonio Santos** trazem uma temática importante em tempos pandêmicos, pois busca analisar a preponderância dos direitos sociais em um cenário novo para a ordem mundial, as quais envolvem a seara social, econômica, política, cultural, envolvidos em um panorama singular e principalmente novo, em que coloca em risco bases importantes motivadas por decisões urgentes, as quais criam consequências prejudiciais no campo jurídico e na efetividade de direitos.

Já o autor **Blader Henrique Soares** propõe o debate da temática tributária ao elaborar o artigo **A Reforma Tributária e a Proposta das Instituições da CBS: Creditamentos na não-cumulatividade e na monofasia** em que análise as principais propostas para a reforma tributária e os seus percalços, de modo que, se deteve ao Pis e Cofins e os encargos que são acarretados com a reforma.

O artigo **Os Direitos Indígenas em Disputa da ADPF 709: Há Caminhos Possíveis na Jurisdição Constitucional?** Do autor **Erick Kiyoshi Nakamura** que traz uma temática importante na área jurídica, direito indígenas, visando a proteção de minorias, em especial, se atentando a análise da ADPF 709. O intuito é verificar os direitos garantidos pela Constituição Federal em face de transgressões que ocorrem aos povos indígenas.

Seguindo a temática da jurisdição constitucional o artigo escrito por **Fernando Natal Batista** discute **A Jurisdição Constitucional e o Papel das Cortes Supremas nas**

Democracias, abordando em específico a temática da jurisdição constitucional e seus aspectos histórico, principalmente, ao correlacioná-la com o ativismo judicial. Desta forma, a temática se insere e delinea com sua implicação nas democracias ao traçar os aspectos negativos advindos do papel das Cortes Supremas.

O artigo **O Reconhecimento Facial Como Instrumento de Reforço do Estado de Coisas Inconstitucionais no Brasil** escrito pelo autor Alisson Possa coloca problemáticas importantes para o debate, a exemplo da Inteligência Artificial e seus impactos na sociedade. No caso, o direcionamento do artigo é o reconhecimento facial que tanto pode incrementar as bases para a segurança pública, mas ao mesmo tempo levanta a questão do racismo estrutural presente nas sociedades e suas consequências no sistema prisional.

Fechando a edição há o artigo intitulado **Intervenção do Estado na Precificação: Uma Visão a Partir da Análise Econômica do Direito** escrita pelo autor **Bruno Soares Koga** tem o condão de verificar as intervenções do Estado na economia direcionando a pesquisa para compreender o desequilíbrio na oferta e na demanda, tendo como consequência a oscilação da precificação dos produtos afetando o consumidor. A análise fica circunscrita ao panorama e a intensificação de práticas abusivas na pandemia, buscando compreender e debater a políticas existentes ou que devem ser pensadas para combater tal prática.

Aos nossos autores agradecemos a confiança depositada com seus aportes. Esperamos que a leitura traga inquietações ao debate e convidamos a toda a comunidade de acadêmicos e pesquisadores do Direito e áreas afins para participarem desse projeto.

Até a próxima edição!

Fábio Lima
Editor-Chefe

Jéssica Y. Nagasaki
Comitê Executivo

Fernanda Lima
Comitê Executivo

A INDEVIDA AUSÊNCIA DE INDENIZAÇÃO PRÉVIA PELA DESAPROPRIAÇÃO DO FUNDO DE COMERCIO DO LOCATÁRIO

Luiz Antônio S. Corrêa¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito de propriedade; 2 Estabelecimento empresarial; 2.1 Natureza jurídica do estabelecimento empresarial; 2.2. Aviamento; 2.3. Ponto comercial; 3. Intervenção do estado na propriedade; 3.1 Regime jurídico de direito administrativo, 3.2 Desapropriação; 3.3 Pressupostos da desapropriação; 4. Indenização pela perda do fundo de comercio; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo visa ao estudo do direito de propriedade que detêm o empresário locatário sobre o fundo de comércio e a partir deste ponto demonstrar que, nos casos de desapropriação de propriedade onde funciona fundo de comércio de locatário, a não indenização justa e prévia pela perda do fundo de comércio do locatário, é injusta e afronta os princípios regentes da ordem jurídica brasileira que emanam da Constituição Federal de 1988. Sendo afrontoso descumprimento de preceito fundamental a exigência de ação própria para reclamar a perda do fundo de comércio de imóvel alugado. Buscou-se desta forma estabelecer a relação entre o direito de propriedade tutelado constitucionalmente inerente também ao detentor do fundo de comércio que o explora em imóvel locado, visto que o direito de propriedade não se dá somente no plano material, corpóreo, mas também no plano imaterial, incorpóreo, o que justifica desta forma a tutela deste direito de propriedade do fundo de comércio que é um bem incorpóreo devendo, portanto haver o mesmo tratamento no que se refere ao processo e indenização por sua perda por via de desapropriação ordinária realizada pelo Poder Público, sob pena de inconstitucionalidade da decisão judicial.

PALAVRAS CHAVE: Desapropriação. Fundo de comércio. Ponto comercial. Indenização. Ação própria. Inconstitucionalidade.

THE UNDUE ABSENCE OF PRIOR INDEMNITY FOR THE DISAPPROPRIATION OF THE LESSEE'S COMMERCIAL FUND

ABSTRACT: The present article studies property rights held by an entrepreneur-renter over goodwill and, from this, aims to show that in cases of expropriation of property where this asset is located, a lack of prior and fair compensation for loss is unfair and infringes on principles of the Brazilian legal system stemming from the Federal Constitution of 1988. Requiring someone to file suit to claim damages for goodwill stemming from loss of a rented property is a blatant violation of fundamental precepts. As so, the paper establishes a relationship between property rights that are constitutionally guaranteed, which are also inherent to the holder of goodwill that uses leased property, since property rights do not consider only the material/corporeal sphere, but also the immaterial/incorporeal sphere. As so, this justifies the same legal protection, with equal treatment regarding procedure and damages for loss from expropriation carried out by the Public Administration, under penalty of an unconstitutional legal

KEYWORDS: Expropriation. Goodwill. Commercial point. Indemnity. own action. Unconstitutionality.

¹ Autor: Auditor de Controle Externo – Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA), Advogado Associado no Dias & Cardoso Advogados, Mestre em Direito Empresarial Econômico pela Pontifícia Universidad Católica Argentina (UCA), Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), www.diaslaw.com.br, luiz.santiago@diaslaw.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4149-2497>

INTRODUÇÃO

O direito à propriedade é um dos pilares do ordenamento capitalista ao lado do livre mercado e a livre contratação de mão-de-obra (Heilbroner e Thurow, 2001) e base de toda ordem econômica. Se apropriar de um bem é uma necessidade do ser humano, de tornar algo seu exercendo domínio e poder sobre a coisa para utilizar como bem lhe aprouver e assim satisfazer suas necessidades.

Tal direito que já teve um tratamento absoluto hoje vem sofrendo algumas mitigações. Atualmente não pode o proprietário de um bem dar toda e qualquer destinação a ele. Nem sequer se pode dizer que seu direito à propriedade será inatingível, podendo ver seu direito derogado por institutos juridicamente permitidos em nosso ordenamento como, por exemplo, a usucapião e a desapropriação.

O instituto da desapropriação proporciona ao Poder Público a possibilidade de adquirir compulsoriamente e de forma originária bens antes na mão dos particulares, sempre que se achar premido da necessidade de realizar o interesse público através do bem expropriado e seguindo os requisitos legais necessários. Tal medida constritiva em regra deve ser feita mediante justa e prévia indenização em dinheiro paga ao titular da propriedade.

Quase sempre, o preço ofertado e pago previamente pelo Poder Público é inferior ao que o proprietário acha justo ser pago pela perda da sua propriedade e caso ele não aceite este valor poderá discuti-lo na Ação de Desapropriação.

Contudo, não é só o valor do bem desapropriado afetado pela desapropriação. Vale lembrar que não é difícil que no imóvel esteja estabelecido um fundo de comércio e este se perderá também com a desapropriação. Ocorre que, diferentemente do valor do imóvel, a indenização pela perda do fundo de comércio não é feita de forma prévia e em dinheiro, a não ser que o proprietário do fundo de comércio também seja proprietário do imóvel, caso contrário, no caso de locatário comercial, só poderá discutir a indenização pela perda do fundo de comércio em ação própria e seu pagamento será feito na forma de precatório. Esta é a jurisprudência dominante atual, ainda que haja alguns precedentes em contrário.

Desta forma a situação do empresário ou sociedade empresária que utiliza o imóvel para articular o seu fundo de comércio e exercer a empresa se torna bastante delicada, deixando-os numa situação de insegurança.

Assim pretende-se discutir no presente trabalho se a desapropriação sem indenização prévia ao locatário comercial é justa e condizente com o direito de propriedade

constitucionalmente protegido.

Para isso este trabalho se utilizará de capítulos teóricos com análise doutrinárias dos institutos de direito civil (capítulo 1, com o tema direito de propriedade), direito empresarial (capítulo 2 com o tema estabelecimento comercial), direito administrativo e o processo de desapropriação (capítulo 3 com o tema de intervenção do estado na propriedade e capítulo 4 com o tema sobre a indenização pela perda do fundo de comércio desapropriado).

Durante o desenvolvimento optou-se por colacionar das mais relevantes e paradigmáticas jurisprudências dos principais Tribunais brasileiros para contextualizar sobre como o tema sobre a indenização do fundo de comércio já foi tratado. Para essa ilustração escolheu-se um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sentido oposto ao defendido neste trabalho e dois julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), um encampando o posicionamento do STJ e outro em sentido oposto, indo ao encontro do posicionamento defendido neste texto.

1. DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade é assegurado em nossa Constituição Federal e diz respeito tanto a bens imóveis quanto móveis, e a bens materiais ou imateriais. O acento constitucional impede intervenções não fundadas nas hipóteses constitucionalmente previstas.

Estabelecer um conceito unívoco a respeito da propriedade é tarefa praticamente impossível diante deste instituto que tem interpretação conforme o tempo e diante de diversas perspectivas sejam elas sociológicas, econômicas, políticas, jurídicas e até mesmo religiosas. Neste sentido vale lembrar a explanação de Caio Mario Pereira da Silva acerca deste tema, observa-se:

“Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, evolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas” (SILVA, 2012, p.67).

O instituto jurídico da propriedade possui origem no Direito Romano, onde era definido pelos direitos que dele decorriam: *ius utendi, fruendi et abutendi* – direito de usar, fruir e dispor (FIUZA, 2012, p. 835). No início desse período a propriedade detinha caráter místico e somente um cidadão romano poderia ser titular do direito de propriedade, bem

como somente o solo romano poderia ser objeto da propriedade² (PEREIRA, 2012, p. 68).

Entendia-se que tal direito se constituía como absoluto. Isto é que, que seu titular poderia dar a destinação que bem entendesse ao bem, como um direito natural do homem, pois seria da natureza humana se apropriar das coisas.

Essa ideia de que direito de propriedade é absoluto se protraí ao longo do tempo, como se vê no discurso de Don Juan Moriano, realizado em 1847 na Universidade de Madri, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Jurisprudência, o conceito que se tinha de propriedade à época: *“Demostrado que la propiedad resulta inmediatamente de la naturaleza humana, es evidente que no puede ser considerada como un derecho condicional ó hipotético, dependiente de actos particulares, tales como la ocupación, la especificación, la ley y la convención, sino por el contrario, como un derecho primitivo y absoluto.”* (MORIANO, 1847).

Hodiernamente, ainda que a par do conceito de propriedade trazido pelo Código Civil de 2002 (CC/2002) na norma do artigo 1.231 que diz *“A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”* assim não se entende tão à risca.

Isso porque, a partir da Constituição Federal de 1988 e do fenômeno jurídico da Constitucionalização do direito privado é preciso respeitar a função social da propriedade. Desta forma o caráter absoluto da propriedade (pleno), que ainda faz parte de suas características para grande parte da doutrina clássica, paradoxalmente já não é tão absoluto, pois é mitigado pelo princípio da função social. Neste sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF):

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4- 2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.) No mesmo sentido: MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.

Apesar de o termo função social ter ganhado maior vista da comunidade jurídica com Norberto Bobbio³, em sua obra *“Da estrutura à função”* a discussão sobre o assunto,

² Fiuza explica que a relação dos romanos com o solo se relacionava com o culto aos mortos daí porque somente o solo romano poderia adquirir a propriedade, em suas palavras *“Os romanos não acreditavam em céu. Os mortos continuavam vivendo, mas no mesmo território que haviam ocupado enquanto vivos. Daí a importância das terras familiares, solo sagrado em que se enterravam os ancestrais e se lhes prestavam culto. Estando vinculada a esses sentimentos, era lógico que só se concebesse a propriedade em solo romano.”*. Ver em: FIUZA, Cesar. **Direito Civil**: curso completo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p.835

³ Da estrutura à função é uma obra influente para o Direito como um todo, tal obra difundiu com maior ênfase

quanto a propriedade, já era tratada antes dele, ainda que em fase “embrionária”. Mais uma vez, referindo-me ao discurso de doutorado de Don Juan Moriano (1847, p.8), assim que mesmo em sua época já existia uma preocupação em debater a questão. Veja-se:

Por consiguiente, aun cuando el derecho de propiedad sea absoluto, hay un principio mas alto, y en sus justos límites mas respetable que aquel derecho, cual es el de la libre coexistencia de los hombres, principio que opone una limitación al derecho de propiedad. Este principio no puede ser ejercitado por los demás hombres, sino por el Estado, que siendo la institución que debe desenvolver el derecho y suministrar condiciones de desarrollo á todos los que viven bajo su protección, es el único que legítima mente puede limitar el derecho de propiedad cuando sea perjudicial á los asociados y ataque su libre coexistencia. Así lo ha practicado con la abolición de los mayorazgos y la desamortización de bienes eclesiásticos. (Grifo nosso).

Percebe-se a passagem acima que apesar de não refutar o caráter absoluto da propriedade, mitiga-o ao opô-lo ao que o autor chama “princípio da livre coexistência dos homens” ao qual seria o único princípio acima do caráter absoluto que goza a propriedade. Assim, pode-se fazer uma interpretação sobre o dito princípio, e compará-lo à função social, pois a coexistência entre homens se dá pela socialidade, de sorte que, como se vê, já por meados do século XIX se discutia o exercício do direito de propriedade com responsabilidade e conforme um princípio social.

A função social da propriedade também tem acento constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Além do art. 5º, XXIII da CF/88, está prevista no título que trata da Ordem Econômica e Financeira da Constituição Federal no Art. 170, III, que se cita:

Art. 170”. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
III - função social da propriedade.

Entende-se no princípio da função social da propriedade que o direito a ser exercido não pode se dar à bel prazer do seu titular. Isto é, o proprietário ainda que tenha a sua disposição o direito de propriedade com todas as suas características inerentes, tais como: absoluta, exclusiva e perpétua, não poderá exercê-la se, contudo, desrespeite a coletividade. Esse ônus social se reveste de duplo viés.

O primeiro, na obrigação de não fazer, onde se reprime exercer o direito de propriedade causando danos ou qualquer externalidade negativa advinda do exercício desse direito. A segunda, na obrigação de fazer, pelo qual o titular do direito deve ser

a questão em torno da “função social do direito”. Ver em: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

obrigado a realizar manutenção, reparos ou melhorias na sua propriedade em correspondência com o melhor uso solidário do seu direito.

Dessa forma, apesar de a doutrina clássica revestir a propriedade de caráter absoluto, esta característica não subsiste quando confrontada com a função social que deve ser exercida, mitigando esta característica.

2. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL (FUNDO DE COMÉRCIO)

O Empresário seja ele Pessoa Natural (Empresário Individual) seja pessoa jurídica (Sociedade Empresária ou EIRELI) precisa utilizar de elementos que lhe permitam a circulação de bens e serviços. Tais elementos podem ser corpóreos e incorpóreos. Esses elementos que reunidos e organizados pelo empresário como instrumento de sua atuação constituem o fundo de comércio ou mais conhecido pela denominação estabelecimento comercial (ou estabelecimento empresarial, numa alusão mais contemporânea tendo visto que a teoria dos atos de comércio no Brasil já deixou de balizar este ramo do direito).

Neste sentido, lembrando a divergência de nomenclatura que o instituto pode ter, e ainda a sua origem, leciona Fran Martins:

No Brasil, pois, tem sido usada para significar o fundo de comércio, a expressão estabelecimento comercial. Assim cuidam do assunto Carvalho de Mendonça, que dá como sinônimo de estabelecimento comercial a expressão negócio comercial, empregada no Regulamento nº 738, de 25 de novembro de 1850, arts. 15 e 157, e pela Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, arts. 2º, nº 7, 78 e 157; Júlio Pires Ferreira e Waldemar Ferreira. Empregamos, contudo, a designação fundo de comércio pela generalização que vem tendo em todo o mundo e porque o Dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, que regula as condições e processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais – um dos elementos mais destacados do fundo do comércio, ou seja, a propriedade comercial – a ela fez referência especial, destacando que “o valor incorpóreo do fundo de comércio se integra em parte no valor do imóvel”. Tem, contudo a expressão por nós usada o mesmo significado de estabelecimento comercial, preferida pelos autores citados. (2014, p. 368-369).

Segundo Oscar Barreto Filho (1988, p. 75), o estabelecimento comercial “é o complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil.

Seguindo esta linha, o legislador resolveu conceituar legalmente o estabelecimento no CC/02, fato este que não acontecia no seu antecessor, CC/16. Assim, veja: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”.

Assim, não se deve confundir o estabelecimento, com o local físico onde o Empresário exerce sua atividade. Este mais restrito é apenas componente, daquele, mais

amplo. Assim, o estabelecimento é composto também de diversos outros bens, além do local físico onde se estabelece, maquinário, produtos (elementos corpóreos) e ainda, nome empresarial, marca, patente, ponto comercial (elementos incorpóreos).

Vale, portanto, ressaltar que, Empresário (pessoa) não se confunde com Estabelecimento (objeto) que por sua vez não se confunde com Empresa (atividade).

Assim, pode-se dizer que dentro desse complexo de bens que compõe o estabelecimento empresarial, cada bem tem o seu valor próprio e que somados compõe todo esse complexo patrimonial necessário ao exercício da atividade, onde todo e qualquer empresário terá um estabelecimento empresarial. Neste sentido disserta Fran Martins:

384. Composição do Fundo de Comércio – Integram o fundo de comércio elementos incorpóreos e corpóreos, utilizados pelos comerciantes nas suas atividades. Cada um desses elementos possui valor próprio, que se reflete no patrimônio do comerciante. Servem eles à exploração comercial e podem alguns deixar de existir em determinados ramos de negócio. Contudo, cada comerciante possui um fundo de comércio, ou seja, o meio utilizado para exercer as suas atividades, adquirindo esse meio um valor patrimonial. (2014, p. 370).

Logo, não há possibilidade de um Empresário, Sociedade Empresária ou EIRELI exercerem a empresa sem a organização de um estabelecimento para tal, seja ele mais modesto, seja ele mais vultoso. Ainda que a atividade esteja voltada para o e-commerce, terá ele que reunir o mínimo de equipamentos para poder realizar seu objeto

2.1. NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Várias são as teorias que tentam estabelecer a natureza jurídica do estabelecimento empresarial. Há até aquela que diga que a natureza jurídica do estabelecimento empresarial é de Pessoa Jurídica Autônoma. Contudo, esta última não merece prosperar em nosso ordenamento.

No ordenamento jurídico brasileiro duas teorias se destacam, ambas vindas de um tronco comum, denominado de Teoria Universalista, na qual consideram o fundo de comércio uma universalidade de bens. Dentro da teoria universalista, duas subteorias se repartem; uma que considera o estabelecimento empresarial como uma universalidade de direito, ou seja, para ela seria uma universalidade de bens por força de lei, assim como a massa falida ou o espólio; e outra que considera uma universalidade de fato, com destinação volitiva.

Dentro da teoria universalista, prevalece majoritariamente no Brasil, a teoria pela qual considera o fundo de comércio como uma universalidade de fato. Isto é, a reunião desse complexo de bens é determinada pela vontade de alguém, no caso, do empresário.

Assim a natureza jurídica do estabelecimento empresarial estaria albergada no art. 90 do CC/02, que se cita: “Art. 90. *Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.*”. Neste sentido Waldírio Bulgarelli encampa a teoria ao citar Sylvio Marcondes, como se vê:

Esse complexo nascido da aglutinação de bens de vários tipos e de natureza diversa é considerado juridicamente como universalidade de fato, que para Sylvio Marcondes é um conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais, formado pela vontade do sujeito, para uma destinação unitária, distinta, portanto, da universalidade de direito, que para o mesmo autor, é um complexo de relações jurídicas ativas e passivas, formado por força da lei para unificação das mesmas relações, distinguindo-se ambas pelo traço distintivo essencial de que a universalidade de direito (*universitas juris*) é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a universalidade de fato (*universitas fact*) é um conjunto de objetos de direito (BULGARELLI, 1990, p. 52).

Desta forma, o estabelecimento empresarial, ainda que com alguma divergência na doutrina, é uma universalidade de fato enquanto o complexo de bens reunidos pelo empresário, autônomos, organizado para consecução da atividade empresária. E ainda, do mesmo jeito são autônomos isoladamente cada bem, e podem ser objeto de relação jurídica própria em separado da universalidade de fato que compõe, como por exemplo, a venda de um maquinário, móvel, etc.

2.2. AVIAMENTO

O Aviamento (*Goodwill ou Goodwill of Trade*), antes considerado como elemento do estabelecimento, hoje é considerado, de maneira mais adequada, como seu atributo. Lembra Bulgarelli (1990, p.61) que “o *aviamento tem importância fundamental, pois que não se há de perder o sobrevalor que ele representa para aquele complexo de bens*”.

Isto porque essa universalidade de bens, esse complexo unitário organizado pelo empresário, tem um sobrevalor maior reunido do que teria cada bem separadamente em uma possível venda. É, portanto este sobrevalor que se denomina de aviamento, que nada mais é do que a capacidade do estabelecimento de produzir lucro.

Nessa linha, nos dizeres de Oscar Barreto Filho (1988, p. 169): “O *aviamento é, portanto, o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão para produzir lucros*”.

Portanto, não se trata de objeto propriamente, mas do valor que se agrega ao complexo de bens. Assim, a capacidade de atração que o estabelecimento tem de atrair clientela ou freguesia é primordial para estabelecer esse sobrevalor. Neste caso, se trata de um fator objetivo, ligado à capacidade do próprio estabelecimento. Neste sentido afirma Tarcísio Teixeira:

O aviamento objetivo que ocorre em razão da localização do estabelecimento pode ter como exemplo o caso de uma lanchonete em um colégio ou uma floricultura em frente de um cemitério. Nesse caso, o cliente compra porque não tem outro lugar próximo; ou então porque está com pressa. Assim o fator extrínseco, localização, é o maior fator de lucratividade. (2016, p.67)

No entanto, o aviamento não é somente composto por este elemento objetivo (ligado ao estabelecimento). Não se olvide o conceito de Oscar Barreto Filho, já citado, onde ele afirma que fatores pessoais também influem no aviamento. Neste sentido o aviamento subjetivo nada mais é do que a capacidade pessoal de quem exerce a empresa de atrair clientela e gerar lucro. Assim quanto maior o prestígio e expertise do titular da empresa, maior será seu aviamento subjetivo.

A doutrina difere clientela de freguesia, a primeira estaria se referindo à fidelidade daqueles que frequentam o estabelecimento, enquanto segunda diz respeito à ida ao estabelecimento por eventualidade, dentro em vista a posição geográfica dele.

Desta forma se pode concluir que essa capacidade objetiva e subjetiva de atração de lucro é que determina o valor do aviamento, ser maior ou menor. Assim, se determinado Empresário pretende alienar (trespassar) seu estabelecimento, o aviamento é que determinará o valor de venda. Neste sentido vale a lição de Suhel Júnior, Assim, cita-se:

Ora, quando se adquire um estabelecimento, está-se adquirindo muito mais do que os valores dos bens que o compõe, mas, também, a credibilidade que o empresário adquiriu no mercado, a carteira de clientes e fregueses que por ventura frequentam o local, os fatores de produção todos já articulados e com um bom desenvolvimento, entre outros aspectos importantes. (2015, p. 97).

De sorte, não restar dúvidas que o aviamento é um atributo, um adjetivo que detém o estabelecimento, e não um elemento que o forma.

2.3. PONTO COMERCIAL

O elemento mais importante que compõe o estabelecimento é o ponto comercial, ou mais modernamente ponto do negócio, retirando a denominação que faz referência à teoria dos atos de comércio. Contudo, como é tradicional e ainda comum na doutrina, optou-se no presente trabalho por manter a denominação clássica de ponto comercial.

Ponto comercial é elemento imaterial que compõe o estabelecimento. Isto é, incorpóreo, intangível. Trata-se do local onde o empresário exerce sua atividade fincando neste seu estabelecimento. Fábio Ulhôa (2013, p. 133) define ponto comercial como “o local em que o empresário se estabelece. É um dos fatores decisivos para o sucesso do seu empreendimento. Por essa razão, o interesse voltado à permanência no ponto é prestigiado pelo direito.”

Portanto, ponto comercial é um endereço onde o empresário se estabelece e nele exerce sua atividade. Hodiernamente com o crescimento do e-commerce e do crescente avanço de internet, lembra Santa Cruz Ramos (2013, p.114) que não se pode mais visualizar tão somente o ponto como um local físico, mas também como uma existência virtual, no caso de um *site de internet*.

É certo que este elemento, sobretudo o ponto comercial físico, é elemento de maior importância no estabelecimento. E é por esta importância, por ser este elemento fator decisivo no sucesso do exercício da empresa que se assegura a sua proteção jurídica.

É óbvio que, se um empresário a custo de anos de trabalho, esforço e investimento consegue estabelecer um valor (avaliamento), seja objetivo ou subjetivo, inerente ao seu negócio, naquele local (ponto) qualquer possibilidade de mudança trará prejuízos, seja pelo custo de dinheiro e tempo para mudar o ponto comercial, a suspensão das atividades durante este tempo, e o maior, a perda de faturamento por conta desta mudança, que poderá trazer perda de freguesia e até mesmo de clientela.

Assim, o ordenamento jurídico estabelece uma proteção ao ponto comercial nos casos deste ser localizado em imóvel do qual o empresário não é proprietário, mas locatário. Trata-se do direito de inerência ao ponto comercial, pelo qual poderá o empresário locatário, obter o direito de continuar exercendo sua atividade no ponto locado, ainda que o locador não queira renovar o aluguel, ressalvadas algumas exceções (Lei nº 8.245/91, art. 51).

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

Por conseguinte, ante a relevância da temática abordada no presente artigo, importa tratar de questões jurídicas relacionadas a intervenção do Estado na propriedade, de modo a evidenciar as limitações do Poder do Estatal no Direito de Propriedade.

Assim sendo, no presente tópico, de modo a aprofundar o estudo científico do objeto deste trabalho, abordar-se-á aspectos elementares quanto ao regime jurídico administrativo correlato ao tema, com especial ênfase na constituição do instituto da desapropriação, suas limitações e seus pressupostos jurídicos para o regular uso do direito.

3.1. REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Para realizar as finalidades e assim atender o interesse público, muitas vezes o

Estado precisa de certa ingerência na esfera individual do particular. Isto é, normalmente, para cumprir a finalidade pública o Estado necessita conformar comportamentos privados.

Tais prerrogativas tem como fundamento, segundo a doutrina tradicional do Direito Administrativo, o princípio da Supremacia do Interesse Público.

Muito embora este princípio esteja submetido a diversas críticas, seja pelo seu não enquadramento na teoria moderna dos princípios, seja pela suposta sobreposição à princípios individuais legítimos presentes na CF/88⁴, é, ainda, reverenciado como fundamento das prerrogativas do poder Público.

Sem embargo, não se vive em um Estado Absolutista, mas sim em um Estado Democrático de Direito, e, portanto, toda a ação estatal deve levar em consideração a lei e o direito. Isto é, todo o arcabouço principiológico e normativo que funda o ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, encontra-se o segundo pilar que rege o Regime Administrativo, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Enquanto a Supremacia forneceria prerrogativas, a Indisponibilidade estabelecerá os limites de atuação, isto porque a Administração Pública apenas gerencia interesse alheio, o interesse é, portanto, público.

Cumpramos ressaltar que a doutrina clássica divide o Interesse Público em: Interesse Público Primário e Interesse Público Secundário. Conquanto ao primeiro, tem-se o verdadeiro interesse público a ser perseguido pela Administração Pública sobre o manto da supremacia, pois nele reside as atividades típicas e essências de Estado, tais como: fomento, intervenção, poder de polícia, serviços públicos e regulação.

Em relação ao interesse público secundário, explica-se que são apenas interesses que todos nós teríamos, interesses que se aproximam mais ao privado que ao público, sendo, portanto, de cunho patrimonial e, desta forma, não teriam prerrogativa sobre o interesse particular, pois o não no mesmo patamar.

Certo que, tal classificação, assim como a definição do princípio da Supremacia do Interesse Público, não está imune a críticas, já que de difícil objetividade e definição no mundo dos fatos e de formulação jurídica incongruente pois repisa uma suposta superioridade entre direitos públicos e privados. No entanto, o objetivo neste trabalho é outro, deixando estes problemas principiológicos e conceituais que vem passando o Direito

⁴ Ver em: AVILA, Humberto. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. Salvador: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, nº 11. 2007; e BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

Administrativo para outra oportunidade.

Assim sendo, pode-se dizer que, com as ressalvas e críticas aventadas, o Regime Administrativo é tradicionalmente descrito como o complexo de princípios e regras que permitem o atuar imperativo da Administração Pública, fundado principalmente nos princípios da Supremacia Do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público, e dos demais que deles decorrem expressos ou implícitos no ordenamento jurídico, o que lhe permitiria o atuar imperativo.

3.2. DESAPROPRIAÇÃO

Por meio da desapropriação o Estado retira do patrimônio do particular e o integra ao patrimônio público de forma originária, mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Para a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 153) o instituto é: *O procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.*

Essa aquisição é tida como originária pelo fato de que ao entrar no patrimônio da Administração Pública, o bem fica livre de todo e qualquer ônus real que porventura o onerasse. Assim, se acaso houvesse um ônus real de hipoteca, por exemplo, este ficaria sub-rogado no valor da indenização paga ao desapropriado. Desta forma, os credores deste receberão o valor referente à hipoteca retirado da indenização paga pelo ente expropriante.

Ademais, não se trata de negócio jurídico, não há em verdade uma “transferência propriamente dita” do bem do particular para a Administração Pública, mas sim a retirada do bem que se acresce ao patrimônio público originariamente. Logo não poderá o particular requerer, em regra, eventual restituição do bem para o seu patrimônio, no máximo podendo discutir o valor recebido.

Outrossim, a desapropriação quando não sancionatória ou expropriatória, deve ser paga em dinheiro, previamente à imissão na posse pelo Poder Público.

Por ser forma mais agressiva de intervenção na propriedade alheia, é que se faz necessária a exigência de atendimento ao devido processo legal para que não se configure uma desapropriação indireta e respeito aos pressupostos constitucionais que a fundamentam (utilidade pública, necessidade pública ou interesse social), sob pena de tredestinação (desvio de finalidade) e antijuridicidade da intervenção. Sendo, portanto,

medida excepcional.

3.3. OBJETO DA DESAPROPRIAÇÃO

Podem ser objetos de desapropriação os bens móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis, públicos ou privados. No caso de desapropriação de bens públicos só poderá ser feito por meio de um ente da federação de maior envergadura federativa para o ente menor. No caso, portanto a União poderia desapropriar bens dos Estados, e Municípios e os Estados poderiam desapropriar dos seus Municípios, desde que autorizados pelo poder legislativo, conforme leciona a norma do art. 2º, §2º, do Decreto Lei nº 3.365/41.

De modo que, como afirma Rafael Oliveira (2013, p.551) *“todo e qualquer bem ou direito que possua valoração econômica pode ser desapropriado pelo Poder Público (art. 2º do Decreto-lei 3.365/41. Inclusive ação de sociedades empresaria”*⁵Lembra Rafael Oliveira que “Todavia, a desapropriação de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições, que dependam de autorização da União para funcionarem e se subordinam à sua fiscalização, depende necessariamente de prévia autorização, por Decreto do Presidente da República.”.

Neste sentido vale o teor da Súmula 476 do STF: “Desapropriadas as ações de uma sociedade, o poder desapropriante, imitado na posse, pode exercer, desde logo, todos os direitos inerentes aos respectivos títulos”.

Contudo, o Poder Público não pode exercer este poder expropriante sobre todo e qualquer bem de conteúdo econômico indiscriminadamente. É necessário o respeito à certos limites com base nos princípios constitucionais. Por exemplo, a compra de bens de fácil aquisição encontrados no mercado, que não possuem especialidade e nem são de difícil aquisição como material de expediente, mesas, cadeiras, equipamentos de informáticas. Tais bens podem ser adquiridos por meio de licitação pública e não justificam a sua desapropriação. Não figurando medida razoável impingir esta drástica intervenção no patrimônio do particular.

Nessa toada, Celso Antônio Bandeira de Mello (1973, p. 515) informa que também não é possível a desapropriação de direitos personalíssimos tais como a honra, intimidade, liberdade, entre outros. Tal vedação se figura lógica pelo fato de os direitos

⁵ Lembra Rafael Oliveira que “Todavia, a desapropriação de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições, que dependam de autorização da União para funcionarem e se subordinam à sua fiscalização, depende necessariamente de prévia autorização, por Decreto do Presidente da República”. Ver em: CARVALHO OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método. 2013. p. 552.

personalíssimos não possuem conteúdo econômico, mas serem dotados de conteúdo existencial, tendo como características a irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, etc.

Ainda existem outros bens pelos quais não pode recair a desapropriação, sejam eles por impossibilidade material, onde se pode enquadrar os direitos personalíssimos já mencionados, a moeda corrente, pessoas naturais ou jurídicas, pois o ordenamento não permite a apropriação de pessoas, etc. E ainda a impossibilidade de desapropriação por vedação legal, como no caso positivado no art. 185, I e II da CF/88, pelo qual não se pode desapropriar de forma sancionatória, a pequena gleba rural da qual o proprietário não possua outro imóvel rural, e ainda da propriedade rural produtiva (DE OLIVEIRA, 2013, p. 552).

4. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DO FUNDO DE COMÉRCIO DESAPROPRIADO

Quando ocorre a desapropriação de determinado imóvel, como já visto em capítulo anterior, a regra é que o proprietário receba previamente a indenização em dinheiro pela perda de sua propriedade. A indenização que deve ser o justo valor pela perda deste direito constitucional tutelado.

Quanto à questão que se levanta, sobre a perda do fundo de comércio que se mantém no imóvel desapropriado, caso ele seja também do proprietário do imóvel, nenhum problema se extraí, a indenização será feita dentro do processo expropriatório, e será prévia, levando em conta o valor do fundo de comércio agregado ao valor do imóvel. O problema surge no caso do fundo de comércio ser explorado em imóvel alugado. Como se vê no julgado do STJ abaixo:

(...) O valor a ser pago na desapropriação deve corresponder real e efetivamente ao do bem expropriado, de modo a garantir a justa indenização prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, motivo pelo qual deve ser incluída a quantia correspondente ao fundo de comércio. 3. Distinta é a hipótese em que a indenização pela perda do fundo de comércio é pleiteada por terceiro, locatário do imóvel expropriado, exigindo-se o ajuizamento de ação própria destinada à busca desse direito. 4. A indenização pela perda do fundo de comércio, apesar de devida, deverá ser apurada pela via própria, sujeitando-se o pagamento respectivo ao regime constitucionalmente imposto às dívidas da Fazenda Pública (art. 100 da CF/88), salvo na hipótese em que o ente expropriante não detém tal prerrogativa, inexistindo previsão legal para se determinar o depósito de quantia provisoriamente apurada em laudo pericial e menos ainda para obstar a imissão na posse. (Resp 1395221 / SP; Rel. Min. ELIANA CALMON; DJe 17/09/2013).

Como se vê, no mesmo julgado se distingue algo que não deveria ser distinto já que, “onde há a mesma razão, há o mesmo direito”, tratando o direito de propriedade de forma diferente diante do mesmo fato jurídico, a desapropriação. Posição essa ainda vigente no

STJ (AREsp 1843218 2021/0048605-3.) mas até o momento não decidida em sede de Repercussão Geral.

Seguindo esse posicionamento, o TJ/SP decidiu:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL DESAPROPRIAÇÃO INQUILINO FUNDO DE COMÉRCIO TERCEIRO QUE DEVE BUSCAR INDENIZAÇÃO POR AÇÃO DIRETA. **A indenização de terceiro com base em direito pessoal não se dá no bojo da ação de desapropriação, mas por meio de ação própria.** Indenização por fundo de comércio. Matéria passível de discussão por ação direta. Decisão reformada. Recurso provido.

(TJ-SP - AI: 21888294320148260000 SP 2188829-43.2014.8.26.0000, Relator: Décio Notarangi, Data de Julgamento: 03/12/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/12/2014)

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de desapropriação – Imóvel no qual locatário possui estabelecimento empresarial – Decisão judicial que defere o ingresso do locatário no processo, para defender pretensão indenizatória referente ao seu fundo de comércio – Determinação de avaliação judicial prévia do fundo de comércio e suspensão do juízo acerca da imissão na posse – Inadmissibilidade – **Pretensão que deve ser deduzida por via autônoma – Ilegitimidade passiva para ação de desapropriação – Afastamento de vinculação entre a demanda indenizatória do fundo de comércio da locatária do imóvel e figuras típicas da ação de desapropriação, como a avaliação judicial prévia e a imissão na posse.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, com determinações. 1. A pretensão indenizatória de locatário possuidor de estabelecimento empresarial em imóvel objeto de desapropriação deve ser deduzida por via autônoma e não no bojo da ação de desapropriação. 2. O locatário possuidor de estabelecimento empresarial em imóvel objeto de desapropriação é parte ilegítima na ação desapropriatória. 3. É inviável a vinculação de figuras típicas da ação de desapropriação, como a avaliação judicial prévia e a imissão na posse, com a demanda indenizatória do locatário titular de fundo de comércio no imóvel desapropriado.

(TJ-SP - AI: 21040104220158260000 SP 2104010-42.2015.8.26.0000, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 04/08/2015, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/08/2015).

Contudo, o mesmo tribunal, já havia decidido em sentido oposto, anteriormente a decisão do STJ acima mencionada, admitindo a indenização do fundo de comércio de terceiro na desapropriação no bojo da ação de desapropriação, como se vê:

EMENTA INDENIZAÇÃO. Fundo de Comércio Empresa locatária de imóvel desapropriado Pretensão ao levantamento de 80% ou 60% do depósito do valor da avaliação prévia e à dispensa dos requisitos do artigo 34 do Decreto-lei 3.365/41 Possibilidade Descabimento da aplicação da Lei das Desapropriações Exigências do artigo 34 que se mostram incompatíveis com a natureza da ação proposta. O levantamento do depósito com fundamento deve ser analisado sob o prisma da antecipação da tutela jurisdicional (artigo 273 do CPC) Presença do ‘fumus boni iuris’ e do ‘periculum in mora’ Liberação de 40% do valor depositado para viabilizar a continuidade da atividade empresarial. Levantamento condicionado à demonstração de regularidade da atividade exercida. Recurso parcialmente provido. 0191695-29.2012.8.26.0000 Agravo de Instrumento Relator(a): Reinaldo Miluzzi Comarca: São Paulo Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público Data do

Neste caso acima citado, o locatário foi autorizado a levantar prévia indenização pela perda de fundo de comércio em imóvel locado.

Desta forma, a posição prevalecente atual revela tratamento diferente, anti-isonômico, com a não prévia indenização ao direito de propriedade imaterial do proprietário do fundo de comércio que se estabelece em imóvel locado, o que por si só já desrespeita preceito fundamental, pois se trata de direito fundamental constante no art. 5º da CF, impondo ao locatário expropriado o recebimento de sua indenização por meio do regime de precatórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos o direito de propriedade, não se dá apenas para aqueles que possuem domínio pleno de bens móveis ou imóveis. É também constitucionalmente protegido o direito de propriedade sobre bens imateriais, infungíveis, incorpóreos como o fundo de comércio.

O fundo de comércio é inclusive protegido pelo legislador infraconstitucional, dada sua importância, fundado em princípios constitucionais como a livre iniciativa e o próprio direito de propriedade constante no art. 5º caput da CF.

Se o direito de propriedade do fundo de comércio é protegido pela recusa de renovação do contrato de locação de comercial, atendido determinados critérios legais, algo menos drástico que a desapropriação, não poderia o judiciário fazer interpretação restritiva quanto a proteção de direito fundamental, devendo também proteger a propriedade imaterial, dando ao empresário locatário a justa e prévia indenização pela perda do fundo de comércio. Ora se esta indenização é garantida para aquele que comunga da propriedade imóvel e também titula no próprio imóvel o fundo de comércio, por que para o locatário não poderia haver tal proteção? Esta decisão não se adequa com sistema de proteção de direitos fundamentais previsto na CF/88 que expressamente protege a propriedade, não fazendo ressalvas se móvel ou imóvel, corpórea ou incorpórea.

Muito embora não sendo todos os atributos do fundo de comércio afetados de forma absoluta pela desapropriação, o ponto comercial físico o é, pois ele é perdido com a desapropriação. E com ele se esvai todo o aviamento objetivo. Isto é, toda a freguesia e clientela que ele atraía naquela localidade, no exercício de sua empresa, causando prejuízo imediato ao empresário.

Portanto, pode-se dizer que, a par de todo o complexo de bens que forma o fundo

de comércio, parte deles não são desapropriados, mas a parte que compõe o elemento ponto comercial o é. Assim, a não indenização justa e prévia, pelo menos quanto a este perdimento se mostra deveras injusta e incompatível com a Constituição Federal, trazendo prejuízos que inclusive podem levar o empresário a falência.

Cumpramos ressaltar ainda que, o exercício da empresa pelo locatário, explorando seu estabelecimento em determinado imóvel, provavelmente traz valorização ao bem. Isto é, o imóvel se beneficia do exercício da empresa no local, tendo uma valorização imobiliária acima do que teria pelos fatores normais de mercado imobiliário. De forma que, paradoxalmente, o proprietário do Imóvel recebe previamente indenização maior do que teria, pelo exercício da empresa daquele que não terá indenização prévia. O que extrapola a razoabilidade e isonomia de tratamento.

Neste sentido é salutar, portanto, as decisões divergentes daquelas que exigem ação autônoma para garantir uma indenização. Uma indenização por ação autônoma poderá levar anos para ser levantada já que submetida ao regime de pagamentos por meio da cronologia de precatórios.

Ainda que a indenização prévia possa normalmente ser subavaliada em relação a um valor possivelmente adequado, é um valor prévio que serve para reparar algum prejuízo pela perda da clientela, logística, e potencial de lucro que se construiu na exploração do estabelecimento locado.

Bem verdade, é que tal discriminação entre locador e empresário locatário traz, além de injustiça pelas decisões judiciais, infrações diretas a preceitos fundamentais. Afronta a isonomia, a livre iniciativa, o direito de propriedade, entre tantos outros princípios constitucionais.

Sendo assim, necessária a mudança de entendimento da jurisprudência ainda vigente em seguimento ao posicionamento atual do STJ, que muito embora não tenha tratado o tema por meio de repercussão geral, influencia a jurisprudência nacional dos demais Tribunais Estaduais e Federais. O que se faz necessário é, portanto, garantir a isonomia, o direito de propriedade e a livre iniciativa, e desta forma, aquele que exerce sua empresa em imóvel locado a ser desapropriado, poderá receber a justa e prévia indenização pela perda do fundo de comércio nos mesmos moldes de justiça que o locador receberá.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público**

sobre o particular”. Salvador: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, nº 11. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade**: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**: fundo de comercio ou fazenda mercantil. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BULGARELLI, Waldírio. **contratos mercantis**. 5ªed. São Paulo: Atlas, 1990.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**.v.2. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

MELLO, Celso. Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, v. 111, p. 511-529, 24 out. 1973.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORIANO, DON JUAN. **Discurso sobre el origen del derecho de propiedad, pronunciado en la Universidad de Madrid, el dia en que se le confirió el grado de Doctor en Jurisprudencia**. Madrid: Establecimiento Tipográfico-Literario, Universal La Ilustración, 1847.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. contratos**. v.III, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Direitos Reais**. 21 ed. Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Ed., São Paulo:

Atlas, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

SARHAN JÚNIOR, Suhel. **Direito empresarial manual teórico e prático**. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THUROW, Lester e HEILBRONER, Robert L. **Entenda a economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO NA APLICAÇÃO DE PROVIMENTOS VINCULANTES POR SISTEMAS DE DECISÕES AUTOMATIZADAS

João Sergio dos Santos Soares Pereira⁶
Eurípedes Jose de Souza Junior⁷

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Os vícios na formação e aplicação de provimentos vinculantes: a questão central da *ratio decidendi*; 2 Decisões automatizadas, por sistema de inteligência artificial (I.A), baseado em algoritmos, e a dificuldade de identificação da *ratio decidendi*; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: Há algum tempo o ordenamento jurídico brasileiro se movimenta para enfrentar a litigiosidade em massa, o que buscou resolver por meio da criação de mecanismos de objetivação de demandas, possibilitando que um único julgamento seja aplicável à solução de milhares de casos presentes e futuros. Apesar da necessidade de tais mecanismos, ainda há enormes dificuldades na correta utilização dos instrumentos disponíveis, em especial a falta de uma genuína cultura de precedentes no Brasil, o que prejudica sobremaneira a otimização esperada, considerando-se, inclusive, a dificuldade em definir e encontrar a *ratio decidendi* dos julgados. Ante esse cenário, surgem novas tecnologias que prometem conferir maior celeridade, segurança e previsibilidade aos julgamentos por meio de decisão automatizadas, operados por algoritmos e/ou mecanismos de Inteligência Artificial (I.A). Tais novas tecnologias, no entanto, não são ainda capazes de oferecer a segurança e previsibilidade que se espera na aplicação dos provimentos vinculantes, o que fomenta a necessidade de se pensar em um devido processo tecnológico que tutele os direitos fundamentais das partes afetadas pelos atos praticados por sistemas automatizados.

Palavras-chave: Processo Civil; Precedentes; Objetivação; Devido Processo Legal Tecnológico.

FIRST REFLECTIONS ON THE DUE TECHNOLOGICAL PROCESS IN THE APPLICATION OF BINDING PROVISIONS BY AUTOMATED DECISION SYSTEMS

ABSTRACT: The Brazilian legal system has been moving for some time to face mass litigation, which it sought to resolve by creating mechanisms for objectifying demands, enabling a single judgment to be applied to the solution of thousands of present and future cases. Despite the need for such mechanisms, there are still enormous difficulties in the correct use of the available instruments, in particular the lack of a genuine culture of precedents in Brazil, which greatly undermines the expected optimization, considering, also, the difficulty in defining and find the *ratio decidendi* of the judges. Faced with this scenario, new technologies emerge that promise to provide greater speed, security and predictability to judgments through automated decisions, operated by algorithms and / or artificial intelligence (AI) mechanisms. Such new technologies, however, are not yet able to offer the security and predictability that is expected in the application of binding

⁶ Doutorando em Direito pela Universidade Nacional de Brasília – UnB. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF). Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), em Direito Processual Civil Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI/IBDP) e, em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). Assessor de Órgão Julgador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ). Vinculação institucional à Universidade de Brasília (UNB). E-mail: josh.sergio@uol.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6271-4242>

⁷ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-Brasília). Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (LFG). Advogado. E-mail: euripejr@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9333-0073>

provisions, which fosters the need to think about a due technological process that protects the fundamental rights of the parties affected by the acts performed automated systems.

KEYWORDS: Civil Procedure; Precedents; Objectification; Due to Technological Legal Process.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A abertura axiológica da Constituição da República de 1988 conduz a uma forma de interpretação criativa das normas jurídicas, alargada pela utilização de técnicas de ponderação e argumentação, bem como o fortalecimento da competência do Poder Judiciário para invalidar atos legislativos, controlar as funções e políticas públicas e exercer o amplo controle de constitucionalidade das Leis e atos normativos.

Tal quadro conduz à possibilidade de que dispositivos legais e constitucionais sejam interpretados e aplicados das mais variadas formas por diferentes juízes e Tribunais, o que é uma possibilidade natural do sistema.

Na sociedade atual, por sua vez, com suas múltiplas relações entre indivíduos e instituições, é comum que certas demandas judiciais se tornem repetitivas, com questões de fato e de direito similares, pulverizadas em centenas ou milhares de ações.

A grande preocupação do Poder Judiciário, no momento, é, portanto, garantir segurança e previsibilidade às decisões, além de gerir um sistema que seja viável, com julgamentos otimizados e resultados seguros a casos presente e futuros. Nasce, disso, o “sistema de precedentes brasileiro”, ou melhor, sistema de provimentos vinculantes, que visa entregar a promessa de acabar com a loteria judicial e, ao mesmo tempo, dar maior celeridade à resolução dos casos e à pacificação social.

Como um grande aliado na entrega desse compromisso, surge a tecnologia, por meio de seus algoritmos e métodos de Inteligência Artificial (doravante denominada de I.A.), os quais prometem a formulação e operacionalização de sistemas de decisão automatizadas que possam auxiliar os juízes a proferir julgamentos, em conformidade com os precedentes firmados nas Cortes Superiores. Há quem acredite que, em breve, esses sistemas serão capazes de julgar mais e melhor que os juízes.

Incorporar a tecnologia ao processo, no entanto, demanda uma reflexão aprofundada acerca do que a doutrina vem denominando de “devido processo tecnológico”, tendo em vista que já se tem como certo que a retirada do fator humano da cadeia decisória não exclui a possibilidade de equívocos e vieses cognitivos na decisão tomada por sistemas automatizados.

O presente artigo visa introduzir algumas ideias sobre o devido processo

tecnológico, por meio da análise do ordenamento jurídico brasileiro, seu movimento rumo à objetivação das demandas e o enfrentamento da litigiosidade em massa, a fim de questionar: seriam esses programas de I.A. capazes de formar/aplicar corretamente os provimentos vinculantes? Seriam os algoritmos mais confiáveis e eficientes para a construção/interpretação/aplicação de tais padrões decisórios? E, acima de tudo, esse sistema de decisões automatizadas seria transparente e consentâneo com garantias básicas e democráticas previstas na Constituição Federal de 1988?

Analisa-se as dificuldades enfrentadas em nosso sistema de provimentos vinculantes, em especial na própria formação do “precedente”, o que dificulta, consideravelmente, a aplicação da *ratio decidendi* aos casos de futuro julgamento.

Por fim, é feita uma avaliação da aplicação dos provimentos vinculantes por sistemas automatizados de decisão e alguns direitos que devem ser observados aos litigantes, em nome de um devido processo tecnológico, especialmente porque eventual impugnação de decisões tomadas por algoritmos deverá levar em conta o acesso às informações que, hoje, não fazem parte do cotidiano de debates judiciais.

A pesquisa se utiliza do método descritivo exploratório para verificação do estado da arte do sistema de provimentos vinculantes, em correlação à existência de decisões automatizadas, a partir de análise bibliográfica dos materiais pertinentes à temática (livros, artigos, periódicos, notícias). Igualmente, adequa-se ao estudo o método hipotético-dedutivo com o propósito de promover o falseamento das hipóteses, em sua perspectiva crítica.

1. OS VÍCIOS NA FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PROVIMENTOS VINCULANTES: a questão central da *ratio decidendi*

A entrega da prestação jurisdicional, de forma mais racionalizada, pressupõe celeridade e coerência, o que se dá por meio da previsibilidade de resultados. O ordenamento jurídico brasileiro vem caminhando para criar institutos processuais para tal garantia, o que culminou no denominado “sistema de precedentes” do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Não obstante alguns aspectos positivos, advindos da objetivação, os provimentos vinculantes não vêm atingindo os seus objetivos integralmente. Basta, para tanto, perceber que a cultura demandista, instalada ao longo das últimas décadas, continua crescente e a promessa de uma resposta rápida e massificada parece não estar atendendo aos seus objetivos (MANCUSO, 2019, p.10).

Consigne-se que o sistema brasileiro de “precedentes” é diverso daquele que se encontra em países da common law. A diferenciação no plano dogmático é essencial, a fim de que não realizemos importações indevidas de outros sistemas. Pontue-se que, nesse último modelo, o efeito vinculante da jurisprudência é fruto da evolução histórica da comunidade jurídica, em cuja tradição já marca a flexibilidade da referida vinculação, ao passo que, no nosso sistema, ele é imposto por Lei.

Com efeito, o referido sistema, no Brasil, é algo novo, criado por nós e sem paralelo próximo no mundo. A valorização do precedente e sua consagração como uma fonte primária do direito é, por certo, uma aproximação do nosso sistema ao common law, mas nada além disso.

Lenio Streck e Georges Abboud afirmam que não é possível criar, por intermédio da legislação, um genuíno sistema de precedentes como o modelo existente no common law, tendo em vista que, ao contrário do sistema brasileiro, neste último, o precedente não nasce como precedente e não é previamente definido como tal (STRECK; ABOUD, 2015, p. 176).

A questão, segundo os autores, é que, no Brasil, corre-se o risco de uma aplicação mecânica e subsuntiva dos precedentes, pois aqui se criou a prática de proclamar a tese jurídica (STRECK; ABOUD, 2015, p. 179). Sob o argumento de que a questão já teria sido resolvida pelos Tribunais Superiores, em decisão vinculante com tese proclamada, os juízes aplicam, irrefletidamente, a tese, sem observar, adequadamente, o próprio precedente que a gerou. Essa dinâmica de julgamento, verificável no dia a dia forense, está muito longe de ser a forma como se trabalham os genuínos precedentes no common law.

Não é possível olvidar que os provimentos vinculantes dispostos no artigo 927 do CPC/15, antes de tudo, são textos, e, assim, não fogem à interpretação. Não possuem finalidade de substituir o debate inerente às demandas a simples ato de autoridade, a partir da análise de qual órgão superior proferiu a decisão. Afinal, o padrão decisório, repita-se, deve ser considerado um ponto de partida, de onde se inicia a construção de um novo caso (ABOUD, 2019, p. 1123-1127).

O CPC/15, determina quais julgamentos formalmente devem ser considerados como precedente. Porém, há de se ter a adequada fundamentação, de modo que se identifiquem os fatos tomados em consideração para o julgamento, além da explicitação do caminho interpretativo percorrido relativamente ao conteúdo normativo.

Nesse sentido, Otávio Motta assevera que, em razão da sobreposição da estrutura qualitativa do precedente à quantitativa, se não houver a precisa identificação das razões

de fato e da interpretação normativa, ainda que incluída no rol previsto pelo art. 927 do CPC/2015, não haverá a formação de precedente (MOTTA, 2015, p. 182).

A utilização de padrões decisórios exige fundamentação adequada, com ampliação de procedimentos participativos (CÂMARA, 2018, p. 351), deliberação qualificada pela colegialidade e explicitação clara e objetiva quanto à *ratio decidendi*, considerando-se, ainda, as modificações trazidas pelo CPC de 2015.

Assim, uma das grandes problemáticas relativas à formação e aplicabilidade de tais padrões ou provimentos está na identificação da *ratio decidendi* dos julgados (as razões necessárias e suficientes para a decisão), uma vez que, “dentre nós, não há nem mesmo um critério único e seguro para identificação do que seja a jurisprudência dominante, e onde a súmula, em verdade, como que se desloca das decisões que a embasou, passando a ter existência autônoma” (MANCUSO, 2016, p. 615-616).

A dificuldade perpassa pela falta de adaptação do jurista brasileiro ao genuíno sistema de precedentes, explica Lucas Buril de Macêdo. No sistema de civil law nunca existiu a preocupação em definir o elemento principal de um precedente: a *ratio decidendi*. É através da identificação dela que se faz possível definir o que é, efetivamente, vinculante no precedente (MACÊDO, 2015, p. 216).

A tarefa de definição do tão importante elemento decisional não é fácil, configurando-se como objeto de intensos debates na doutrina anglo-saxônica, gestada no sistema de common law. No Brasil, o próprio sistema de julgamentos colegiados conduz a uma especial dificuldade na identificação da *ratio decidendi*, a depender da conduta dos julgadores.

Com efeito, os acórdãos são compostos pelos votos de todos os integrantes do colegiado, que podem adotar cada uma das seguintes posturas: (i) apenas acompanhar o voto do relator e sua fundamentação; (ii) acompanhar o voto do relator e declinar sua própria fundamentação (oralmente ou por escrito); (iii) divergir do relator, estando, nesse caso, obrigado a declinar a fundamentação; e (iv) acompanhar a divergência pelos seus próprios fundamentos ou declinar sua própria fundamentação (oral ou escrita).

Tomando como exemplo o Supremo Tribunal Federal (STF), disso decorre a possibilidade, em um extremo, de acórdãos unânimes com apenas um único voto fundamentado (o do relator), bem como, em outro extremo, de acórdãos igualmente unânimes, porém com 11 votos fundamentados.

Situações como essa, que se tornaram cada vez mais frequentes, geraram a chamada metáfora das “onze ilhas”, que retrata uma suposta falta de comunicação entre os Ministros do Supremo. Os votos de cada um dos integrantes do STF seriam elaborados

individualmente, dentro de seus próprios gabinetes, desprovidos de debates e trocas de opiniões, de modo que os julgamentos seriam nada mais que a soma dos resultados dos votos (KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 92).

Guilherme Klafke e Bruna Pretzel (2014, p. 92-93) destacam que as críticas por trás da metáfora das onze ilhas residem na dificuldade em se encontrar uma maioria fundamentadora, pois os Ministros que compõem a corrente vencedora nem sempre se utilizam do mesmo fundamento, e ainda que seja possível identificar os mesmos fundamentos nos diversos votos, o simples fato de existirem vários votos no mesmo sentido dificulta a identificação dessa maioria fundamentadora, o que reflete, decisivamente, na fixação da *ratio decidendi*.

Partindo das ideias de concentração e dispersão da fundamentação – que significam, em resumo, a concentração da fundamentação em um único voto e a dispersão da fundamentação em vários votos, ainda que com o mesmo teor -, Klafke e Pretzel argumentam que, quanto mais dispersa for a fundamentação de um determinado acórdão, mais difícil é identificar a *ratio decidendi* de um julgado, o que não acontece, naturalmente, com as decisões em que exista apenas um voto na corrente vencedora (KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 96).

Observe-se que a concentração ou dispersão da fundamentação diz respeito à quantidade de votos fundamentados prolatados na corrente vencedora. Isso quer dizer que é possível ter uma decisão com fundamentação concentrada cujo placar tenha sido 6 a 5, enquanto é possível uma decisão com fundamentação dispersa com o placar de 11 a 0. Isso significa que pode ser mais fácil identificar a *ratio decidendi* de uma decisão altamente controvertida, tomada com placar apertado, do que em uma decisão unânime, o que dependerá do comportamento dos julgadores perante o voto do relator ou da divergência (se houver). Para fins de aplicação como precedente, a decisão concentrada com o placar de 6 a 5 será certamente mais útil do que a decisão com fundamentação dispersa com placar de 11 a 0.

Outrossim, revela-se, igualmente, preocupante, quanto às decisões com fundamentação dispersa, a formação de precedentes sem *ratio decidendi*. Independentemente do método que se escolha para identificá-la, é desejável que haja uma única fundamentação de fato e de direito na decisão, pois, quando da criação de uma proposta de método, os diversos autores que escreveram sobre o tema no contexto da common law não imaginaram a possibilidade de um somatório de decisões, cada uma com sua fundamentação de fato e de direito, na formação de um acórdão.

Marinoni expressa isso de maneira clara quando afirma que, em julgamentos

colegiados, só há ratio decidendi, se a maioria da corrente vencedora afirmar o mesmo fundamento (MARINONI, 2016, p. 189). É admitida a proclamação da tese como uma possibilidade de contornar esse problema, já que, no momento da elaboração da proclamação, a decisão já foi tomada, pouco importando se com ratio decidendi ou não.

Diante das dificuldades cada vez maiores em formar acórdãos com ratio decidendi, a solução adotada foi adaptar a sugestão de Einsenberg à nossa realidade. Já que os acórdãos muitas vezes não a possuem, os tribunais passaram a votar a tese jurídica, a qual se torna efetivamente vinculante.

A proclamação da tese jurídica veio para substituir a ratio decidendi. Ao contrário, portanto, de toda a tradição histórica de construção de uma teoria dos precedentes, no Brasil o que tem se tornado vinculante é a tese proclamada, e não a ratio decidendi.

A tese jurídica proclamada pelos tribunais é um enunciado normativo, com caráter geral e abstrato, construído ao final dos julgamentos. Guarda, portanto, muita semelhança com dispositivos legais. Há uma pretensão de clareza na redação da tese jurídica, com o objetivo de tornar sua aplicação a mais fácil possível. Apesar disso, a tese não expressa o conceito e nem os motivos determinantes da decisão de onde foi extraída, o que lhe impede de ser considerada como algo próximo de uma ratio decidendi.

Taís Ferraz faz críticas contundentes à essa prática de proclamação de teses: atribuir eficácia vinculante a um precedente sem ratio (que é o que acontece quando a decisão é dispersa na fundamentação), prejudicando o dever de coerência na aplicação dos precedentes. Apenas mediante uma investigação destes últimos torna possível encontrar o princípio de direito construído à luz dos fatos substanciais de um conflito, a fim de aplicação futura aos casos iguais ou semelhantes (FERRAZ, 2018).

A tese jurídica, para Taís, é menos que a ratio decidendi, pois ela permite apenas a aplicação em casos idênticos, ao passo que a ratio pode ser aplicada em outro contexto, desde que as circunstâncias de fato se assemelhem.

Assim, a proclamação de teses gera dificuldades evidentes na aplicação posterior do precedente.

Ressalte-se que, não obstante a importância da visualização de soluções para evitar a má formação e aplicação dos padrões decisórios, há, na atualidade, mais um fator que não deve ser desconsiderado: o fomento das novas tecnologias com o escopo de redução da quantidade de processos. Um novo atrativo para aqueles que acreditam que a padronização vinculante é a solução para a diminuição da litigiosidade excessiva e o solipsismo judicial, embora existam dúvidas quanto a referida assertiva. É o que passaremos a explorar, no próximo item.

2. DECISÕES AUTOMATIZADAS, POR SISTEMA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)⁸ BASEADO EM ALGORITMOS⁹ E A DIFICULDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA RATIO DECIDENDI

Diante de todo esse cenário de intensos debates acerca da melhor utilização de um sistema de precedentes criado no contexto brasileiro, surgem propostas para a utilização de automatismo decisional (IA) com o objetivo de trazer mais celeridade e segurança jurídica aos julgamentos, especialmente na aplicação de precedentes qualificados como vinculantes.

Aponte-se, inicialmente, que, a nível mundial, alguns desafios vem sendo apontados no uso das novas tecnologias: a falta de inteligibilidade e transparência (a necessidade de que sejam construídos modelos e soluções em que se tenha um mínimo de compreensão de como as saídas, ou outputs, são geradas), a opacidade e perenidade (uma vez que, diante de um grande volume de dados, há a necessidade de submissão a uma fase de treinamento ou testes, a fim de que mecanismos de IA, com o aprendizado de máquina, possa “aprender” para, posteriormente, ser utilizado); a ausência de regulamentação específica, no que tange ao mínimo de critérios éticos e de auditabilidade nos dados e algoritmos que são utilizados para a tomada de decisões.

Tal qual foi a tendência, há algumas décadas, para a informatização, o uso de IA para definir uma série de medidas estratégicas, tanto para a execução da própria atividade fim do judiciário, quanto para decisões sob o ponto de vista da gestão e fluxo do trâmite de processos, é crescente (PEIXOTO; SILVA, 2019).

Em relação ao presente trabalho, a preocupação se volta ao elemento central do sistema de provimentos vinculantes - a ratio decidendi - dada a dificuldade de sua identificação, como vimos no item anterior. As questões são: seriam esses programas de IA capazes de formar/aplicar corretamente os provimentos vinculantes? Seriam os algoritmos mais confiáveis e eficientes para a construção/interpretação/aplicação de tais padrões decisórios?

Sunstein, ainda no ano de 2001, acreditava que não, principalmente no que se refere a opacidade no uso de algoritmos para a tomada de decisões, restando necessária a regulamentação de tal uso (SUNSTEIN, 2001).

⁸ O eterno desafio da Inteligência Artificial (IA) é fazer computadores realizarem tarefas típicas da mente humana. Sobre o tema, vide: STEIBEL; VICENTE; VIEIRA DE JESUS, 2019, p. 55.

⁹ O algoritmo pode ser entendido como um conjunto de passos para realizar uma tarefa específica.

Suas ideias, desenvolvidas no contexto do common law, estão fortemente conectadas à dificuldade na identificação de uma ratio decidendi que seja aplicável ao caso em julgamento, e sua descrença na capacidade dos programas de IA em empreender métodos de argumentação por analogia. Os programas de IA seriam incapazes de identificar os “princípios de julgamento” (ratio decidendi) que conectam ou separam os casos.

Ao contrapor as alegações “fortes” e “fracas” em prol da IA na fundamentação jurídica (RUSSELL; NORVIG, 2003, p. 947), Sunstein defende que a fórmula fraca é a adequada, tendo em vista que a fórmula forte se baseia em uma visão inadequada do que é a fundamentação jurídica (notadamente por analogia). Não há evidências de que a IA, segundo o Autor, é capaz de fazer o necessário, ainda.

De acordo com a fórmula fraca, a IA é um aprimoramento relevante nos serviços computadorizados atuais, considerando a capacidade de reunir casos relevantes e sugerir semelhanças e diferenças entre eles, além de esboçar argumentos e contra-argumentos.

A fórmula forte, por outro lado, segundo o autor, especifica que a IA pode fundamentar juridicamente, tendo em vista que um bom programa pode dizer a um juiz quais casos são consideravelmente semelhantes ao caso em análise e quais casos são diferentes.

Sunstein (2001) defende que a fórmula forte desconsidera que a fundamentação jurídica por analogia é baseada em julgamentos avaliativos de precedentes, o que a IA não é capaz de fazer. Encontrar um precedente aplicável ao caso não se resume a uma questão quantitativa de encontrar o caso “mais” semelhante, mecanicamente ou silogisticamente, apenas. O que fará o precedente ser aplicável ou não é o princípio normativo que orientou a decisão.

As defesas contundentes da IA se baseiam numa visão crua do que é a fundamentação jurídica, visão essa que desconsidera a necessidade de avaliar os precedentes de maneira qualitativa. Saber, portanto, se um precedente é aplicável a determinado caso é uma questão de difícil resposta para juízes treinados, que podem de boa-fé divergir acerca da ratio decidendi do julgado paradigma e sua aplicação a determinado caso concreto. Acreditar na capacidade de programas de inteligência artificial para melhor executar essa tarefa é algo que não parece sensato (SUNSTEIN, 2001, p. 7).

A IA serviria, outrossim, como um grande auxílio ao julgador, a quem caberá fazer o julgamento avaliativo dos dados reunidos, a fim de encontrar o princípio normativo dos precedentes e decidir qual deles deve se aplicar ao caso em julgamento.

É certo que a proclamação de teses pode mitigar a necessidade de fazer com que

programas de IA busquem e identifiquem a ratio decidendi de provimentos para aplicação em casos concretos, mas isso ainda não resolve o problema da segurança dos julgamentos por programas de IA

Em que pese toda a problemática anunciada, suponhamos que a fórmula forte seja expressamente adotada e que os programas de IA recebam uma espécie de delegação para decidir casos. As decisões automatizadas no âmbito do Poder Judiciário, embora possam cumprir a promessa de dar mais celeridade aos casos, potencializam outros problemas que demandarão novas soluções.

Decisões automatizadas possuem o benefício de maior agilidade no processamento de informações e redução de custos associados à gestão e contratação de funcionários, mas o mito de que tais decisões são capazes de mitigar vieses decisórios e, portanto, trazer uma decisão qualitativamente melhor que a decisão humana já foi desvelado.

Com efeito, existem diversos exemplos reais e concretos de que as decisões automatizadas podem afetar direitos fundamentais individuais, em especial a autonomia, personalidade e igualdade (DONEDA, 2018). A I.A. já vem sendo cotidianamente utilizada para previsões de fatos gerais sobre a economia, natureza (fenômenos naturais) ou política, mas também e principalmente para prever comportamento individual.

Os algoritmos, dessarte, exercem hoje funções que classificam pessoas com base em diversos critérios e fins. Saber, por exemplo, onde a pessoa mora, que tipo de trabalho exerce, quais lugares frequenta, são critérios tomados em consideração por programas de computador para definir, por exemplo, se o indivíduo é um bom inquilino, bom pagador ou bom empregado.

Citron e Pasquale (2014) criticam a denominada scored society, na qual algoritmos são largamente utilizados para definir se o indivíduo é, por exemplo, um bom ou mau pagador e, por isso, deve ou não ter acesso restrito a crédito.

Segundo os autores, a falta de controle sobre o processo de tomada de decisão automatizada pode tornar referidas decisões como profecias autorrealizáveis, na medida em que acabam por criar certos problemas que deveriam apenas apontar (CITRON; PASQUALE, 2014). Se a decisão automatizada disser que determinada pessoa não é uma boa pagadora, isso restringirá seu acesso a crédito, o que, por sua vez, dificultará que ela cumpra com suas obrigações financeiras. Esse ciclo é a profecia autorrealizável referida pelos autores.

Mas, é claro, estamos aqui considerando que os processos de tomada de decisão automatizada podem cometer erros, e há evidências mais que suficientes de que isso é um risco real e palpável.

São duas as principais razões para que programas de tomada de decisão automatizada produzam resultados discriminatórios.

A primeira razão reside na qualidade dos dados que o algoritmo processa, o chamado input. Uma base de dados históricos repletos de preconceitos fará com que o algoritmo reproduza decisões automatizadas (output) preconceituosas.

A outra razão diz respeito ao método utilizado em tais decisões, uma vez que, se utilizado como característica provável de um grupo no qual determinado indivíduo estaria classificado, pode ser que a previsão em torno desse determinado indivíduo seja equivocada ou discriminatória.

É evidente que a utilização de decisões automatizadas, no Poder Judiciário, pode produzir os mesmos resultados problemáticos.

Hoje, no Brasil, os principais sistemas de decisão automatizadas no Poder Judiciário são o Victor, do Supremo Tribunal Federal, e o Sócrates, do Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o que foi noticiado, ambos trabalham de maneira semelhante e muito próximo daquilo que Sunstein (2001) defendeu como uma fórmula fraca de utilização de IA, para a tomada de decisões.

O Victor realiza a leitura de todos os recursos extraordinários, a fim de identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Já o programa Sócrates também efetua a leitura automatizada do recurso e do acórdão recorrido, indo além para apresentar referências legislativas e listagem de casos semelhantes, bem como a sugestão de decisão, a qual será acatada ou não pelo Ministro Relator. Os resultados iniciais apontam que o Sócrates obteve um índice de acerto de 86%.

A adoção de um programa de decisões automatizadas demandará o desenvolvimento do que Citron e Pasquale (2014) denominaram de devido processo tecnológico. Como visto, os algoritmos podem errar tanto no processo de coleta de dados como pelo método que utilizam para a tomada de decisão, de modo que o controle das decisões deve residir sobre esses dois aspectos da decisão automatizada.

Atacar, portanto, uma decisão automatizada é mais do que impugnar o resultado, é principalmente impugnar as premissas (os dados) e a fundamentação (o método do algoritmo).

O devido processo tecnológico, nessa senda, seria o procedimento que sujeita programas de tomada de decisão automatizada a certos padrões de revisão e impugnação dos resultados, a fim de garantir que tal resultado seja justo e preciso. Deve ser aplicado não apenas a decisões automatizadas, mas também em decisões tomadas com base em resultados apresentados por programas de I.A.

Embora Citron e Pasquale (2014) tenham os seus comentários tomando como base o sistema de crédito (social score), que, exemplificativamente, pode vir a gerar viés discriminatório social, seus ensinamentos são interessantes no que pertine a eventual utilização de mecanismos de IA, como o aprendizado de máquina, no Poder Judiciário, uma vez que indicam etapas nas quais se faz necessário observar os direitos de transparência e accountability aos indivíduos (CITRON; PASQUALE, 2014, p. 20-22).

Em uma primeira etapa, defendem que os indivíduos devem ter direito de inspecionar, corrigir e contestar dados colhidos sobre si, além de saber a fonte deles.

Perceba-se que, em tempos de utilização de banco de dados virtuais, a velocidade de troca de informações é amplificada em um espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial de computadores e fórmulas matemáticas automatizadas. Faz-se, assim, imprescindível um elevado grau de transparência algorítmica, a fim de que os profissionais jurídicos em geral (e não só os programadores, operadores e controladores de sistemas) controlem e fiscalizem o que está sendo utilizado (os dados), e o modo de tal tratamento.

Como bem questionam Dierle Nunes e Ana Luiza Coelho Marques: “como defender-se de um ‘índice’ sem saber o método de cálculo? Como submeter o ‘índice’ ao controle do devido processo constitucional?” (NUNES; MARQUES, 2019, p. 49).

Na segunda etapa, defendem Citron e Pasquale (2014) que os métodos de cálculo deveriam ser públicos e os processos (seja por IA ou algoritmos) deveriam ser inspecionáveis. Essa questão, no entanto, é sensível em razão do segredo comercial, mas, ainda assim deve haver, na visão dos autores, o privilégio ao direito de os indivíduos terem as informações necessárias para saberem e entenderem como seus dados são classificados e rankeados.

A sugestão é interessante no que pertine, igualmente, à informação para que os sujeitos de direito que operam no processo alcancem um cenário adequado de verificação das classificações processuais, bem como a clusterização de palavras e contextos que são formados em banco de dados, utilizados para decidir sobre, por exemplo, a similitude ou não de determinado recurso ao tema reconhecido como vinculante.

Não restam dúvidas de que as tecnologias trazem ferramentas para o melhoramento da qualidade da pesquisa jurídica e auxílio, tanto da advocacia, como do Poder Judiciário, porém, devem ser vistas como forma de aperfeiçoamento e não substituição do fator humano, até mesmo porque, no que tange à tomada de decisões, nada garante que a máquina as realize de forma menos nociva do que vemos na atualidade. Afinal, os vieses e heurísticas são tão humanos como o são os inputs algoritmos realizados pela coleta e

tratamento de dados (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 133-134).

Em outro tópico, Citron e Pasquale (2014) defendem uma série de direitos individuais que devem ser respeitados como corolário do technological due process. A premissa necessária exige que os processos automatizados possuam uma “trilha auditável”, permitindo a verificação do passo a passo do sistema e, por consequência, a identificação da causa de eventual erro de classificação ou padronização indevida dos indivíduos.

Considerando o objeto do trabalho, percebe-se o quanto é dificultosa a implementação de sistemas de decisões automatizadas, diante do sistema de provimentos vinculantes, hoje estipulado legalmente, em nosso país. Defende-se, inclusive, que a desumanização do julgador pode ensejar a preocupante aplicação mecanicista do ordenamento jurídico, retomando críticas que remontam à Escola da Exegese (FRANCISCO, 2019, p. 239).

A fim de que tenhamos melhores decisões, é preciso, antes, formular melhor uma teoria da decisão, e mais: formas de estipular, hermeneuticamente, a ratio decidendi dos casos em julgamento. Não se faz possível, por meio de um “sistema de precedentes”, retornar ao sujeito que objetifica a realidade que, “(...) por sua vez, deseja retornar ao assujeitamento das cartografias que pretendem conter a completude do mundo em si” (STRECK, 2018, p. 146).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de programas de decisão automatizadas, no âmbito do Poder Judiciário, suscita uma mudança de paradigma no que se refere ao devido processo legal, que deve levar em conta a possibilidade de accountability para o alcance de um resultado aceitável.

Para tanto, e para que possamos extrair reais benefícios das novas tecnologias, que, como vimos, advém do contexto de virtualização da sociedade pelo desenvolvimento de sistemas inteligentes, faz-se necessário o respeito aos direitos individuais e ao devido processo legal substancial (agora tecnológico).

A preocupação nessa nova realidade é a opacidade e falta de transparência do processo automatizado em si, ainda mais no que se relaciona ao elemento central do “sistema de precedentes”, estipulado, em nosso País, por determinação legal.

Se não temos elementos suficientes sequer para formular a identificação clara, objetiva, específica, da ratio decidendi em provimentos vinculatórios, a dificuldade de implementação de classificações, afetações de recursos, e, em um estágio mais avançado

de IA, eventual formulação de decisões por entes não humanos, resta, deveras, comprometido.

A crítica hermenêutica aplica-se tanto ao cenário humano como ao tecnológico não antropocêntrico: não se quer uma “justiça lotérica”, porém, menos ainda, uma criticável “justiça injusta”, que se preocupa mais em números e estatísticas do que propriamente resolver os conflitos individuais, o que se revela, cotidianamente, pela forma como os Tribunais vêm lidando com a padronização decisória, no ambiente precedentalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério** – formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018.

CITRON, Danielle Keats and PASQUALE, Frank A., The Scored Society: Due Process for Automated Predictions (2014). **Washington Law Review**, Vol. 89, 2014, p. 1-; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2014-8. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2376209> Acesso em 26 mai. 2021

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto, et. al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal, **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FERRAZ, Taís Schilling. A Construção Da Motivação Nas Decisões Colegiadas: O Importante Papel Da Majority Opinion em Um Sistema De Precedentes. **Revista de Processo** | vol. 282/2018 | p. 435 - 451 | Ago / 2018 DTR\2018\18244.

FRANCISCO, José Carlos. Juiz natural e inteligência artificial para pronunciamentos judiciais. In: LORENCINI, José Carlos; FRANCISCO, José Carlos (coord.) **Nuevas Tecnologías y Derecho: retos y oportunidades planteados por la Inteligencia Artificial y la Robótica**. Curitiba: Juruá, 2019.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. V. 1. Nº 1. Jan. 2014, p. 92.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a Definição de *Ratio Decidendi* na Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais. In: DIDIER JR., Fredie, et. al. **Precedentes** – Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Jus Podvium: 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia e operabilidade. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOZENIC, Vinícius Almada. Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy. **Revista brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol 13, n. 3, p. 437-454, set-dez, 2017.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: A elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Algoritmo: o risco da decisão das máquinas. **Revista Bonijuris**, ano 31, edição 659, ago/set 2019, p. 49.

_____; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

RUSSELL, Stuart J; NORVIG, Peter. **Artificial intelligence**: A Modern Approach. 2nd ed., Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall. 2003.

STEIBEL, Fabro; VICENTE, Victor Freitas; VIEIRA DE JESUS, Diego Santos. Possibilidades e potenciais da utilização da Inteligência Artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.) **Inteligência Artificial e Direito**: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando. In: DIDIER JR., Fredie, et. al. **Precedentes** – Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Jus Podvium: 2015.

_____. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SUNSTEIN, Cass R., Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning (November 2001). **University of Chicago Law School Roundtable**, Vol. 8, 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=289789> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.289789> Acesso em: 22 mai. 2021.

_____; KLEIBERG, Jon; LUDWIG, Jens, et.al. **Discrimination in the age of algorithms**. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w25548.pdf> Acesso em: 15 jun. 2021.

SEGURANÇA JURÍDICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: A IMPORTÂNCIA DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA FUNDADA EM PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VINCULANTE¹⁰

Fernando Pessoa de Aquino Filho¹¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise Econômica do Direito (Law and Economics); 3. A Relação entre o Sistema de Justiça e o Desenvolvimento Econômico; 4. O Código de Processo Civil (CPC/15) e a Análise Econômica do Direito; 5. A “Nova” Tutela Provisória de Evidência no CPC/15; 6. A Tutela de Evidência fundada em Precedente Jurisprudencial Vinculante (art. 311, II, CPC/15): estabilidade, eficiência e o consequente desenvolvimento econômico; 7. Considerações Finais; 8. Referências.

RESUMO: Acostando-se à Nova Economia institucional e aos escritos de Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson, é possível afirmar que o desenvolvimento econômico está diretamente relacionado à solidez das instituições. Estas, quando fortes e estáveis, garantem o cumprimento fiel das “regras do jogo”, estimulando um ambiente social propício para a feitura de negócios, cumprimento de contratos e cooperação. Dentre as instituições mais relevantes para o desenvolvimento econômico está o sistema de justiça, tanto em sua faceta criadora das leis (função legislativa) quanto na aplicação delas (jurisdição estatal). Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, um bom sistema de justiça é aquele que atua de forma previsível e eficiente, garantindo a estabilidade necessária para a realização de negociações e, consequentemente, não sendo um óbice ao desenvolvimento econômico. Nesse cenário em que as instituições figuram como elemento-chave de (d)estímulo às condutas negociais, torna-se necessária a busca pela segurança jurídica - em seus vieses de cognoscibilidade, confiabilidade e, mormente, previsibilidade. Nessa esteira, o Código de Processo Civil de 2015 - em seu espírito de valorização do sistema de precedentes e de busca por uma jurisdição eficiente, cooperativa, estável, coerente, íntegra e de duração razoável - trouxe uma inovação valiosa para um instituto outrora pouco utilizado no Direito Brasileiro e, consequentemente, para o desenvolvimento econômico: a tutela de evidência. Diante disso, este artigo se dedica ao estudo da tutela de evidência lastreada em enunciado de súmula vinculante ou em tese firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 311, II, CPC) como um instrumento de eficiência do sistema de justiça e, por conseguinte, um elemento estimulador da segurança jurídica necessária para o desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: Tutela de evidência; Segurança; Previsibilidade; Desenvolvimento econômico.

LEGAL SECURITY AND ECONOMIC DEVELOPMENT: THE IMPORTANCE OF PROVISIONAL GUARDIANSHIP OF EVIDENCE FOUNDED ON BINDING JURISPRUDENCIAL PRECEDENT

ABSTRACT: Drawing on the New Institutional Economics and the writings of Ronald Coase, Douglass North and Oliver Williamson, it is possible to affirm that economic development is directly related to the solidity of institutions. These, when strong and stable, ensure faithful compliance with the “rules of the game”, stimulating a social environment conducive to doing business, enforcing contracts and cooperating. Among the relevant institutions for economic development is the justice system, both in its creative facet of laws (legislative function) and in their application (state

¹⁰ Artigo Científico apresentado à no I Seminário de Pesquisa de pós-graduandos em Direito do Centro-Oeste com ligeiras alterações em relação à versão original.

¹¹ Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/Brasília), na linha de pesquisa Direito Processual na Ordem Constitucional. Pesquisador no Grupo de Estudos Avançados em Tecnologia e Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo). Graduado com láurea acadêmica em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), onde foi pesquisador bolsista (PIBIC/CNPq), além de monitor das disciplinas de Direito Constitucional, Civil e Tributário, tendo recebido o prêmio. Iniciação à Docência - 2017? da Pró-Reitoria de Graduação (PRG/UFPB). Membro da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT-Jovem). Membro do ramo brasileiro da International Law Association (ILA-Brasil). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6930-8930>

jurisdiction). From the perspective of the Economic Analysis of Law, a good justice system is one that acts in a predictable and efficient manner, ensuring the necessary stability for the realization of recovery and, consequently, not being an obstacle to economic development. In this scenario in which institutions figure as a key element of (d) stimulating business conduct, it is necessary to search for legal certainty - in its knowability, reliability and, especially, predictability biases. In this regard, the 2015 Code of Civil Procedure - in its spirit of valuing the system of precedents and the search for an efficient, cooperative, stable, coherent, complete and of reasonable duration - brought a valuable innovation to a formerly little-used institute in Brazilian Law and, consequently, for economic development: the tutelage of evidence. Therefore, this article is dedicated to the study of the protection of evidence based on a binding summary statement or on a thesis established in the judgment of repetitive cases (art. 311, II, CPC) as an instrument of efficiency of the justice system and, consequently, an element that stimulates the legal security necessary for economic development.

Keywords: Guardianship of evidence; Safety; Predictability; Economic development.

INTRODUÇÃO

Através da análise econômica do direito – estudo do fenômeno jurídico com base em sua eficiência e no (des)estímulo a comportamentos, o presente projeto de pesquisa se propõe a analisar a posição do direito processual brasileiro como um agente de influência no desenvolvimento econômico, especificamente no que se refere ao instituto da tutela provisória de evidência fundada em precedente jurisprudencial vinculante.

Para isso, o projeto se debruçará sobre os benefícios do valioso instrumento processual previsto no art. 311, II, do CPC para o Direito e, por consequência, para o desenvolvimento da sociedade. Se o sistema de justiça é essencial para a paz social e o direito processual dita as “regras do jogo” daquele, é evidente que um instrumento processual pode, de fato, causar impacto na atmosfera econômica.

No caminho para a comprovação dessa influência, este texto tocará, de maneira crítica e inovadora, em temas de extrema relevância para o direito processual civil: sistema de precedentes; eficiência; segurança jurídica; uso inócuo do “direito de defesa” em casos de extrema clarividência do direito autoral; ônus temporal do processo; entre outros.

1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (LAW AND ECONOMICS)

Antes de entrar no mérito do que virá a ser discutido ao longo deste trabalho, avulta salientar a relevância da Análise Econômica do Direito (AED) ou Law and Economics.

Na busca por novos modelos epistemo-metodológicos para a juridicidade, o Direito tem procurado aproximar-se cada vez mais de outros saberes em busca de um diálogo. É assim que, a partir da década de 1990, há o surgimento de vários matizes do movimento “Law and ...” – tais como o Law & Society, o Law & Literature e o Law & Humanities. A

Economia, por exemplo, passa a influenciar diretamente a interpretação do Direito quando ele passa a se preocupar com algo de extrema pertinência: o comportamento.

A dogmática jurídica tradicional nunca se preocupou com isso, mas, se a função do Direito é regular condutas, impera a necessidade de se estudar uma “teoria dos comportamentos”. Segundo Cristiano Carvalho, deixa-se a linha estruturalista do Direito (a qual se preocupa em estudar o que ele é) para, agora, apegar-se a uma linha funcionalista do Direito (a qual estuda para que ele serve; qual a sua finalidade).

Embora pareçam antagônicas, as linhas estruturalista e funcionalista não formam um antagonismo surdo-mudo, pelo contrário, são comunicáveis e complementares. É preciso conhecer bem a estrutura para, então, buscar a finalidade. A linha funcionalista, pautada na análise de comportamentos, tem como objeto inevitável a eficiência.

É nesse sentido, menos adstrito ao resultado e mais voltado para o estudo da eficiência e do comportamento, que surge a Análise Econômica do Direito (Law and Economics). Para Luciano Timm, trata-se de um método dinâmico de análise do Direito que se propõe a analisar qualquer seara do Direito. Pois onde há Direito, há comportamento humano; onde há este, há viabilidade de análise econômica.

A maior parte dos juristas e economistas, ao utilizar a expressão Análise Econômica do Direito, se refere, comumente, à aplicação de métodos econômicos – da microeconomia em especial – a questões legais. Nesse sentido, tendo em vista que o Direito é, de uma perspectiva objetiva, a “arte de regular o comportamento humano” e que a Economia é a área do conhecimento que estuda a tomada de decisões em um mundo de recursos escassos e suas consequências, a Análise Econômica do Direito seria o emprego dos instrumentais teóricos e empíricos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do direito, aperfeiçoando o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

A Análise Econômica do Direito, portanto, nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da Economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas, bem como a lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o Direito no mundo e o mundo no Direito.

2 A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE JUSTIÇA E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Estabelecida a importância da relação entre Direito e Economia, passa-se a analisar a imprescindibilidade do papel das instituições para o desenvolvimento econômico, sob a égide da teoria da Nova Economia Institucional.

É cediço que as transações do mercado em geral são custosas. Tais custos podem, inclusive, ser altos o suficiente para impedir a realização de negócios que ocorreriam tranquilamente em um ambiente no qual o sistema de preços funcionasse sem custos. Logo, sem um ambiente favorável à realização de transações, prejudica-se as trocas e, por consequência, o desenvolvimento¹².

Em meio a essa questão, verifica-se a importância das instituições, pois, segundo Douglass North “quando é caro fazer transações, as instituições importam”¹³ e já que parte considerável da renda dos países depende de transações, as instituições e, especificamente, a garantia sólida de direitos como o de propriedade são determinantes para a eficiência dos mercados.

As instituições, para North, são restrições humanas que estruturam a interação política, econômica e social, podendo ser formais e informais: estas seriam os costumes, tradições, códigos de conduta e taboos; enquanto aquelas seriam as constituições, as leis e os direitos de propriedade¹⁴.

Ronald Coase afirma, nesse sentido, que o Poder Judiciário, em sua função de dizer o direito, traz influência direta na atividade econômica e que, portanto, seria desejável que os tribunais tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões.

As instituições, ao longo do tempo, foram criadas pelos seres humanos para promover a ordem e reduzir incertezas nas trocas, formando uma estrutura de incentivos para transações em uma sociedade. Dessa forma, aliada à tecnologia empregada, elas determinam os custos de transações e de produção, o que direciona mudanças econômicas e, conseqüentemente, torna-se determinante para o desenvolvimento econômico¹⁵.

Nesse diapasão, Douglass North advoga que a função precípua das instituições é

¹² COASE, Ronald. H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e Economia: textos escolhidos*. Tradução Francisco Kummel F. Alves e Renato Vieira Caovilha. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 81.

¹³ NORTH, Douglass C. *e new institutional economics and development*. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

¹⁴ NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 97.

¹⁵ Id. Economic Performance rough Time. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Web. 11 Oct. 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html>. Acesso em: 10 jul. 2019.

reduzir as incertezas, gerando segurança para a convivência em sociedade. Elas representam verdadeiros guias de interação humana¹⁶.

Em estudo sobre a disparidade econômica entre nações ricas e pobres, Mancur Olson Jr. - após analisar várias questões como acesso ao conhecimento produtivo, qualidade de capital humano e de cultura e superpopulação – conclui que o principal motivo de diferença no que tange ao desenvolvimento econômico das nações é a qualidade de suas instituições e de suas políticas econômicas (i)naptas a fornecer uma estrutura de incentivos que possibilite o desenvolvimento amplo da sociedade¹⁷.

Dentre as instituições consideradas importantes para o desenvolvimento econômico, destaca-se o sistema de justiça, em sua faceta legislativa e jurisdicional.

A falta de nitidez em relação a direitos e deveres, além das constantes alterações em leis, mina a competitividade da economia brasileira, causando prejuízos incalculáveis às empresas, aos trabalhadores e à nação como um todo. Num panorama de incerteza quanto à estabilidade dos negócios e à validade de contratos, investimentos são cancelados, projetos são engavetados, vagas de trabalho deixam de ser criadas e a almejada retomada do desenvolvimento econômico e social continua a ser adiada.

Há uma espécie de fúria legislante no país, com superprodução de leis, códigos, medidas provisórias, regulamentos, decretos, portarias, instruções normativas e outras regras, que se amontoam diante dos cidadãos e das empresas. Muitas dessas normas são sobrepostas, tratando dos mesmos assuntos. À guisa exemplificativa, um levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) revela que a quantidade de normas editadas no Brasil aumentou de 3,3 milhões em 2003 para 5,7 milhões em 2017 – um acréscimo de 73% .

A realidade é que julgamentos díspares em casos similares, interpretações esdrúxulas, mudanças bruscas de entendimento, morosidade e número excessivo de processos pioram o quadro geral.

O que não se pode perder de vista é que tudo no mundo só funciona bem na base da confiança, um dos fundamentos básicos da vida em sociedade. Apenas quando essa virtude é praticada, casamentos duram, amizades funcionam, economias crescem e nações progridem. Para avançar, é imprescindível conhecer o terreno em que se está pisando, pois ninguém se sente tranquilo para ir adiante sem ter um razoável grau de segurança. Não se aplica recursos, por exemplo, em um banco que não tenha histórico de

¹⁷ OLSON JR, Mancur. Big Bills Le on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 2, p. 3-24, spring 1996. p. 19.

solidez ou em títulos do Tesouro Nacional de um país sem credibilidade no mercado. Empresas deixam de fazer investimentos produtivos em locais em que o sistema de justiça não garante uma margem mínima de eficiência e de estabilidade.

Nesse sentido, há estatísticas que colocam o Brasil na lanterna em um ranking elaborado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), que compara 18 países em termos de segurança jurídica, burocracia e relações de trabalho.

Conclui-se que, de forma geral, a insegurança jurídica eleva os custos das empresas e as obriga a reservar recursos para cobrir prejuízos causados por litigâncias e incertezas do ambiente de negócios. A viabilização de um ambiente de negócios estável e baseado na confiança mútua entre os diversos agentes que nele atuam é fundamental para estimular empreendedores e atrair investimentos.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC/15) E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A AED se estende a todas as áreas do direito, de Direito dos contratos a Direito Constitucional, de regulação a processo civil e comercial, e é justamente essa amplitude de aplicação que distingue uma abordagem AED da simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas do Direito tradicionalmente associadas à economia, como Direito Comercial, Regulatório, Concorrencial ou Defesa comercial, onde a aplicabilidade da AED é mais óbvia.

Por exemplo, se a União Federal (leia-se aqui o poder Legislativo) cria um tributo inconstitucional que é cobrado durante 10 (dez) anos até se declarado inconstitucional para Supremo Tribunal Federal e este, quando do julgamento da inconstitucionalidade, modula os efeitos da decisão para *ex nunc*, inviabilizando ações de restituição, tem-se uma clara conclusão econômica: foi barato, para a União, criar um tributo inconstitucional. Houve, por dez anos, um aumento significativo de receita e, por fim, não houve prejuízo algum. Eis uma análise econômica do fenômeno jurídico.

O Novo Código de Processo Civil traz em todo o seu corpo vários lampejos da análise econômica do Direito. Ora, é assim quando o diploma processual prevê multas para partes que visam à interposição de agravos internos¹⁸ ou embargos de declaração¹⁹

¹⁸ Art. 1.021 (...)

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

¹⁹ Art. 1.026 (...)

meramente protelatórios; quando ele estabelece a perempção para aquele que ajuizar por três vezes demanda que resulte em sentença fundada em abandono da causa (art. 486, §3º, NCPC); quando ele possibilita, de maneira louvável, que as partes possam pactuar negócios jurídicos processuais²⁰, sendo conveniente citar como exemplo a possibilidade de, em comum acordo com o magistrado, ser criado um calendário para os atos processuais (art. 191, NCPC); dentre tantos outros dispositivos que visam à eficiência através de (des)estímulo a comportamentos.

O que se vislumbrou foi o Direito Processual Civil buscando, sob a égide da economia, a efetiva duração razoável do processo, a boa-fé, a cooperação e a resolatividade do mérito. O Direito tratou de expor que “não vale a pena” litigar de má-fé, que não vale a pena ajuizar qualquer demanda sem ter a certeza de que ela não está eivada de vício causador da inépcia e que as partes têm liberdade para barganhar diversas questões processuais visando a ganhar tempo e a tornar o processo cada vez mais justo (por exemplo: negócio jurídico processual que estabelece um calendário para o processo ou que declara que ambas as partes não recorrerão da decisão do juízo).

Outro dispositivo que merece atenção no que se refere à segurança jurídica é o parágrafo único do artigo 930 do NCPC, o que prevê que “O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo”. Através desta previsão legal marcante, os regimentos internos dos tribunais devem se adequar a essa “regra geral de prevenção”, o que homenageia, além da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (art. 22, I, CRFB), a norma-princípio fundamental do juiz natural.

A referida regra de prevenção do relator se mostra um instrumento valioso para os operadores do direito, mormente para os procuradores das partes, tendo em vista que tem condão de revogar tacitamente os regimentos internos de tribunais que não estejam nesse sentido, além de tratar de competência funcional (absoluta), gerando nulidade dos atos processuais supervenientes quando não observado.

Não se poderia deixar de expor a importância do Incidente de Assunção de Competência (IAC) e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) como instrumentos garantidores de segurança jurídica, da estabilidade e da eficiência. No que

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

²⁰ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

se refere àquele, as partes (e não só o relator de ofício, como era no art. 555 do CPC/73) poderão requerer que o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária seja julgado pelo órgão colegiado que, conforme o regimento interno, seja responsável pela uniformização da jurisprudência. Como o IAC visa a prevenir a divergência jurisprudencial interna do tribunal, entre outros requisitos estão a não repetição da questão de direito em outros recursos e a grande repercussão social.

Já no que tange ao IRDR, busca-se a tutela dos direitos individuais homogêneos, conferindo tratamento isonômico às “demandas de massa”. Trata-se de incidente processual que acarreta a suspensão de todos os processos que versem sobre idêntica controvérsia, para que o tribunal, por meio de seu órgão uniformizador, decida qual tese é aplicada ao suporte fático comum. Julgado o IRDR, a tese sufragada deve ser observada por todos os órgãos judiciários vinculados à corte. A fixação de tese jurídica em IRDR resulta em uma série de desdobramentos que se alinham à eficiência do Poder judiciário e à segurança jurídica, tais quais a concessão de tutela de evidência (art. 311, II) e o julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332, III).

Todos esses novos dispositivos do Novo Código de Processo Civil de 2015 expressam ideias que dialogam diretamente com o Law and Economics. Na Economia, impera a necessidade de buscar a eficiência e segurança através da análise do comportamento.

A própria força dos precedentes no NCPC, aproximando o Direito Brasileiro das ideias do *Common Law* e visando à maior segurança jurídica, dialoga com a Análise Econômica do Direito.

Ora, se o sistema almeja a estabilidade, a coerência e a integralidade²¹ da jurisprudência, obviamente o objetivo é trazer mais rigidez ao ordenamento jurídico, o que resulta em confiança e em segurança para as partes que recorrem à jurisdição como pacificadora de conflitos. Esse modelo previne diferenças - às vezes gritantes - na aplicação das normas e aumenta a rapidez na prestação jurisdicional, importante para reduzir os custos e as incertezas nos litígios.

4 A “NOVA” TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA NO CPC/15

Malgrado o Código de Processo Civil de 2015 traga, como um todo, o “espírito” de segurança jurídica e de eficiência, como foi ressaltado no tópico anterior, tratar-se-á, com

²¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente

mais afincos, do instituto da tutela provisória de evidência, tendo em vista seus impactos na estabilidade do sistema judicial e na eficiência da tutela do “bem da vida” do autor do processo. Isso resulta, com base em todo o exposto até aqui, em estímulo ao desenvolvimento econômico.

A posição do réu sempre foi privilegiada no procedimento comum. O Direito Processual foi concebido a partir da necessidade de não se permitir a invasão da esfera jurídica do demandado antes da plena realização da oportunidade de defesa. Objetivou-se, com isso, garantir a liberdade do litigante contra a possibilidade de arbítrio do juiz-Estado. Todavia, é bem verdade, também, que o tempo do procedimento comum prejudica o autor que tem razão, beneficiando o réu em igual medida.

Se durante o tempo de duração do processo o bem reivindicado é mantido na esfera jurídico-patrimonial do réu, esse, ainda que sem razão, é beneficiado pela demora da prestação jurisdicional. Portanto, não é de se estranhar que o réu, não raro, abuse do seu direito de defesa com o objetivo de protelar o processo.

Se o processo, como dizia Chiovenda, “*non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*”²², mas se verifica que, na realidade, o seu tempo sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia na mesma proporção o réu que não a tem, é imprescindível a existência de técnicas que, atuando internamente no procedimento, permitam que o tempo seja distribuindo democraticamente entre os litigantes.

Ora, o sistema processual civil, para atender aos direitos fundamentais de ação e de defesa, dando tratamento igualitário ao autor e ao réu, deve tratar o tempo como um ônus e não como algo indiferente e neutro às posições das partes no processo. Apenas com a distribuição racional do ônus do tempo do processo é que se pode falar em um direito processual que, efetivamente, espelhe o princípio da isonomia.

O Novo Código de Processo Civil, em clara mudança de paradigma (afastando a excessiva proteção do réu) admite a antecipação da tutela fundada na evidência, isto é, sem que seja necessária a demonstração do perigo ou risco (art. 311, CPC). Essa técnica antecipatória, quando bem compreendida, é capaz de conferir uma adequada distribuição do tempo, viabilizando o equilíbrio entre os direitos de ação e de defesa.

Avulta salientar que tutela de evidência não é um instrumento totalmente inovador, tendo em vista que o CPC/1973 já previa a sua possibilidade apenas nas hipóteses de abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu, com fundamento no antigo art. 273, II. Entretanto, o uso desse instrumento pelos procuradores das partes era raro.

²² GIUSEPPE CHIOVENDA, Sula “perpetuatio iurisdictionis”, *Saggi di diritto processuale civile*, p. 264 e ss.

O CPC/15 vem para aplicar sobremaneira o rol de possibilidades para o uso desse instituto. E não poderia ser diferente, pois a lógica da tutela de evidência é realizar uma distribuição do ônus do tempo mais equitativa, evitando que o ônus temporal seja suportado pela parte que está em posição de alta probabilidade do direito afirmado.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a nova “roupagem” desse instituto processual é pautada na demonstração da robustez do direito afirmado²³. A tutela de evidência será predominantemente satisfativa (não havendo, por regra, a sua faceta acautelatória) e, como baseada em cognição sumária (perfunctória), a decisão proferida não tem condão de produzir coisa julgada.

5 A TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA EM PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VINCULANTE (ART. 311, II, CPC/15): ESTABILIDADE, EFICIÊNCIA E O CONSEQUENTE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O objetivo do art. 311, II, do CPC/15²⁴, indubitavelmente, foi privilegiar o sistema de precedentes. A lógica é a de que o direito provável, já baseado em provas e reconhecido pela jurisprudência, seja desde logo tutelado, para que a parte detentora desse direito - com alta probabilidade de acolhimento - não seja prejudicada pela lentidão prestação jurisdicional.

Desse modo, a efetivação do sistema de precedentes possibilita uma prestação jurisdicional mais uniforme, íntegra e coesa, o que confere ao magistrado maior tranquilidade no momento de conceder a tutela provisória, eis que a chance de reversibilidade de sua decisão será mínima (apenas em casos de distinção ou de superação do precedente). Há, aqui, um cenário de forte tutela da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Impera ressaltar que a tutela de evidência fundada em precedente jurisprudencial vinculante não objetiva punir o réu abusador do direito de defesa (situação prevista pelo art. 311, I, CPC/15 e pelo art. 273, II, CPC/73). O que se pretende é que o ônus temporal do processo não seja o maior inimigo do robusto direito material trazido à tona pelo autor. Para tanto, este deverá demonstrar dois aspectos: a alta probabilidade do direito alegado

²³ MOUZALAS, Rinaldo. Processo Civil volume único / Rinaldo Mouzalas, João Otávio Terceiro Neto e Eduardo Madruga – 10.ed.rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 505.

²⁴ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante

(*fumus boni iuris*) com base em provas documentais idôneas e a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Quanto ao primeiro aspecto, não há muito a ser explanado. Das quatro hipóteses para a concessão de tutela provisória de evidência previstas pelo CPC/15, três delas (incisos II, III e IV do art. 311) exigem o fulcro em prova documental. A questão principal emerge na interpretação de “julgamentos de casos repetitivos” escolhida pelo legislador ordinário.

A melhor interpretação para tal trecho do art. 311, II, do CPC é que ele não se limita às teses firmadas em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987 do CPC). Ora, o novo sistema processual é louvável justamente por prever o microsistema de precedentes, não sendo razoável a sua restrição ao IRDR e às súmulas vinculantes. Nesse diapasão, a doutrina vem assentando o entendimento de que é possível a concessão da tutela provisória de evidência quando o direito afirmado pelo autor estiver fundado em: 1) súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; 2) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; e 3) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Nessa esteira, orienta o Enunciado 48 do Conselho da Justiça Federal (CJF): “é admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores”.

Diante disso, o que se extrai é que o juiz-Estado passa a ter um instituto através do qual poderá prestar a tutela jurisdicional de maneira eficiente, tempestiva e com alto grau de estabilidade. Afinal, tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais²⁵.

Além da exigência de provas documentais, o art. 311, II do CPC se mostra interessante por ratificar o “*fumus boni iuris*” através, também, do sistema de precedentes. Há, nesse sentido, um duplo endossamento do direito do autor. Um adstrito ao processo (as provas) e outro extraprocessual (o precedente vinculante que abarca o direito autoral). Trata-se de pertinente diálogo entre o processo (em sua singularidade) com o sistema judicial (em sua pluralidade).

Como demonstrado durante a construção deste artigo: o resultado, para a vida em sociedade, de um sistema de justiça sólido, estável, eficiente, tempestivo e coerente não é outro senão o desenvolvimento econômico.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 396. (Curso de processo civil; v.1).

O instituto da tutela provisória de evidência fundada em precedente jurisprudencial vinculante traz consigo uma relevante carga de previsibilidade das decisões judiciais. Trata-se de instrumento de domínio acadêmico obrigatório por parte dos procuradores das partes, pois são estes – os advogados – quem atuarão como catalisadores do desenvolvimento econômico quando fizerem o correto manejo desse refinado instituto processual.

Irrefutavelmente, celeumas jurídicas de cunho tributário, empresarial, cível e administrativo, quando protagonizadas por advogados que manejem a tutela de evidência corretamente, terão a rápida tutela jurisdicional do “bem da vida” do processo.

Apesar da decisão em sede de tutela de evidência não gerar coisa julgada, é inequívoco que, se o direito está fundado em provas documentais idôneas e em precedente jurisprudencial vinculante, a chance de uma decisão desfavorável se resume, basicamente, aos casos de existência de distinção entre o precedente e o caso concreto (*distinguishing*) ou de superação do precedente (*overruling*).

Esse grau de previsibilidade da decisão judícia, acompanhado da razoável duração processual até que o “bem da vida” seja tutelado (mesmo que em cognição sumária), resulta em fórmula propulsora de desenvolvimento social e econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Nova Economia Institucional e dos escritos de Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson, pôde-se concluir que a solidez das instituições (aqui se inclui o Sistema de Justiça) desempenha papel fundamental para o desenvolvimento econômico.

Através da análise econômica do direito – estudo do fenômeno jurídico com base em sua eficiência e no (des)estímulo a comportamento, o presente artigo se propôs a analisar a posição do direito processual brasileiro como um agente de influência no desenvolvimento econômico, mormente no que se refere ao instituto da tutela provisória de evidência fundada em precedente jurisprudencial vinculante (art. 311, II, do CPC).

Através da comprovação da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) duplamente endossada pelas provas documentais e pelo sistema de precedentes, além do fato de prescindir de comprovação do perigo de dano, a tutela de evidência se mostra um instituto capaz de proporcionar elevada atmosfera de estabilidade, eficiência e previsibilidade para o jurisdicionado que precisa recorrer ao juiz-Estado. Afinal, nos casos em que o direito do autor está evidenciado e a defesa de mérito indireta é infundada, a ausência de previsão

antecipatória obrigaria o Estado a faltar com seu compromisso de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo.

Faz-se pertinente ressaltar que embora o sistema de precedentes, *per si*, já traga perceptível grau de previsibilidade e de segurança jurídica para o Direito, o “bem da vida” do processo ainda demoraria a ser tutelado. Seria uma vitória previsível, porém lenta. Com a tutela provisória de evidência, o direito processual brasileiro proporciona ao detentor de um direito robusto e clarividente a possibilidade de ter seu “bem da vida” processual satisfeito em decisão de cognição sumária (tutela de evidência), de modo que o lapso temporal até a sentença será um ônus para o réu (como deve ser), o qual esperará até a decisão de cognição exauriente (sentença) já tendo sofrido prejuízo em sua esfera jurídico-patrimonial.

Ademais, a tutela de evidência, exatamente porque o réu deixa de ter como seu fiel aliado o lapso temporal do processo, desestimula defesas abusivas ao passo que favorece a conciliação. Essa atmosfera de “certeza” ou de “quase certeza” no que tange à probabilidade do direito de uma das partes estimula negociações e estas resultam em desenvolvimento, segundo o renomado economista estadunidense Douglass North. Para ele, esse é o grande papel das instituições de uma nação: reduzir incertezas.

Malgrado a importância milenar do direito de defesa e sua natureza constitucional pétrea, é desarrazoado que, até hoje, o réu obtenha vantagens imorais no curso do processo ao abusar inocuamente desse princípio. É nesse contexto que a tutela de evidência demonstra seu imensurável valor. A realidade social brasileira exige o realce do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, pois, além do consequente estímulo no ambiente econômico, muitos não podem esperar para receber pequenas quantias a que têm direito.

Aqueles que desejam uma jurisdição adequada aos novos dias e ainda tratam a ampla defesa como dogma (um fim em si mesmo) devem refletir que ela, ao garantir para o réu, pode vilipendiar em muito o autor. O uso honesto e fundamentado do direito de defesa é corolário inegociável, todavia, no contexto de jurisdição cooperativa, eficiente e resolutiva trazida pelo CPC/15, o seu uso abusivo e inócuo é inaceitável.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Vol. 215.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade**

do direito no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro.** *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2014

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). 175 p.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015. 752 p.

CALAMADREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil.** Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Proceso.** Napoli: Morano, 1958.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'Interpretazione Giuridica.** Bologna: Il Mulino, 2007.

COASE, Ronald Harry. **The Problem of Social Cost.** *The Journal of Law and Economics*, v. III, Oct. 1960.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 8. Ed. Salvador: JusPodium, 2010. Vol. III.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência.** São Paulo: Ed. RT, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro.** *Revista de Processo.* São Paulo: RT, v. 209, jul.-2012

DIDIER JÚNIOR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português.** Coimbra: Wolter Kluwers, 2010

DIDIER JÚNIOR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo – Essa Desconhecida.** Salvador: JusPodium, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Da “segurança” nacional à “insegurança” jurisdicional: uma reflexão sobre a segurança jurídica. O direito entre o futuro e o passado.** São Paulo: Noeses, 2014.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência.** São Paulo: Saraiva, 1996.

GIUSEPPE CHIOVENDA, **Sulla “perpetuatio iurisdictionis”,** *Saggi di diritto processuale civile*, p. 264 e ss.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, 3. ed., rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2019

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgan Publishing Limited, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 9. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume 1/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart, Daniel Mitidiero. – 4. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Curso de processo civil; v. 1).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: RT, 2013

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. Ed. São Paulo: Ed, RT, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

OLSON JR, Mancur. **Big Bills Le on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor**. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n.o 2, p. 3-24, spring 1996.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**/ Ravi Peixoto – 4.ed.rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto?** Texto para discussão, Rio de Janeiro, n.o 963, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 9.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento**. *Revista da Ajuris*, v. 40, n.o 132, p. 167-184, dez. 2013.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos, 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado** – Ensaios, apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 2.050 p.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: RT, 2011.

TRUBEK, David. M. **Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek*. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**/ Luciano Benetti Timm (org.) – 2.ed. – São Paulo: Ed. Atlas, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e Evolução no Direito**. In: _____ (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. e **Economic Institutions of Capitalism**. New York: e Free Press, 1985. p. 19.

REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS FRENTE A CRISE RELACIONADA AO COVID 19 NO BRASIL

Luiz Antonio Santos²⁶

RESUMO: A pandemia do Covid-19 alterou, sobremaneira, o cenário nacional, o que vai muito além do isolamento social, da recessão econômica, do crise econômico-financeira. Há uma preocupação com a efetivação dos direitos sociais, haja vista a necessidade de decisões antes nunca tomadas, que buscam evitar o conflito entre direitos sociais e, quando este se instaura, a melhor solução. Este estudo tem por objetivo geral refletir criticamente acerca dos direitos sociais, no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da crise instaurada pela pandemia do Covid-19. A pesquisa é dedutiva, descritiva e bibliográfica. Consta-se que os direitos sociais se encontram em evidência e são alvo de diversos debates na seara legislativa e judiciária. Isso se deve a diversos fatores, mas em especial à adoção de medidas para o enfrentamento da crise, a exemplo das decisões tomadas na seara trabalhista, que mitigam direitos dos trabalhadores no afã de resguardar os postos de trabalho. Assim, em meio à calamidade que se instaurou em todo o mundo, medidas excepcionais são necessárias. Contudo, não se pode ignorar a importância de se resguardar os direitos sociais, conquista da humanidade.

Palavras-chave: Direitos sociais. Covid-19. Crise. Mitigação.

CRITICAL REFLECTION ON SOCIAL RIGHTS FACING THE CRISIS RELATED TO COVID 19 IN BRAZIL

ABSTRACT: The Covid-19 pandemic has greatly altered the national scenario, which goes far beyond social isolation, economic recession, and the economic-financial crisis. There is a concern with the realization of social rights, given the need for decisions never taken before, which seek to avoid the conflict between social rights and, when this is established, the best solution. The general objective of this study is to reflect critically on social rights, in the Brazilian legal system, due to the crisis brought about by the Covid-19 pandemic. The research is deductive, descriptive and bibliographic. It appears that social rights are in evidence and are the subject of several debates in the legislative and judicial fields. This is due to several factors, but in particular to the adoption of measures to face the crisis, such as the decisions taken in the labor field, which mitigate workers' rights in their eagerness to safeguard jobs. Thus, in the midst of the calamity that has spread around the world, exceptional measures are necessary. However, one cannot ignore the importance of safeguarding social rights, an achievement of humanity.

Key words: Social rights. Covid-19. Crisis. Mitigation.

INTRODUÇÃO

A humanidade continua lutando para equacionar problemas que surgiram, ou se intensificaram, quando do advento das massas como fator conformador do jogo político. De uma concepção de Estado quase invisível dos liberais do século XVIII e XIX à proposta

²⁶ Possui graduação em Direito pela Faculdade Mario Schenberg de São Paulo (2012), graduação em Filosofia pela Universidade de Santa Catarina (Unisul) (2011). Título de mestre em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade IDP (2020). Pós graduado em Direito Penal e Processo Penal, pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2013/2015). Pós graduado em Direito Médico, pela Centro Universitário de Araraquara (2014/2016). Pós Graduado em Medicina Legal e Ciências Forenses pela Faculdade UNYLEYA (2018/2019). E formado na Pós Graduação em Ciências Criminais pela (PUC_Minas) ? Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017/2019). Especialização no Tribunal do Júri e na Vara da Infância e Juventude pela Escola Superior de Advocacia (2015). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3171-5522>

de funções concretas mais amplas para esse organismo institucional a partir do século XX, a dificuldade de se assegurar à população bens mínimos como educação básica e assistência à saúde, para ficar em dois exemplos, permanece.

No campo do constitucionalismo pode-se dizer que a chegada do Estado Social veio lado a lado com uma renovada noção do papel de uma Constituição. De meramente organizatória a compromissória e dirigente; do individual ao coletivo; e da semântica à normatividade em matéria de direitos fundamentais.

O Brasil transitou por essas fases, ainda que não de modo paralelo, em termos históricos, às antigas potências mundiais. A partir de 1988 o Estado brasileiro foi conformado constitucionalmente a valores fundamentais imperativos como a liberdade, igualdade, democracia, república e o reconhecimento de que a acentuada desigualdade social brasileira não pode ser ignorada nem deixada ao tratamento amoral do mercado, cabendo ao Estado agir como promotor da justiça social e protetor dos direitos humanos.

Nesse sentido, existem algumas ferramentas cujo desenho institucional na Constituição Federal de 1988 as tornam especificamente aptas a lidar com certas questões de interesse social, a fim de cumprir os compromissos assumidos pelo Brasil, notadamente no que se refere à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e aos deveres estatais correspondentes àqueles objetivos (sociais) fundamentais estabelecidos em seu art. 3º da CF/88.

Dentre várias disciplinas jurídicas especiais contidas na Constituição, como é o caso da família, das crianças e adolescentes, idosos, indígenas, etc., possivelmente aquela referente ao Sistema de Seguridade Social, que abarca serviços de saúde, previdência e assistência social, seja, enquanto principal arranjo institucional para a defesa/concretização de direitos fundamentais, uma das mais robustas e detalhadas do diploma, de importância social inegável.

Anote-se, ainda, que a própria Constituição determina que tal direito será efetivado na medida das políticas públicas criadas pelos Poderes políticos, que, por sua vez, são elaboradas com base nas verbas disponíveis para tanto no orçamento público, extraídas da sociedade por meio da tributação para o fim de custear a execução dos programas constitucionais pelo Estado.

Em virtude dessa sistemática, é imperativo que uma sociedade de massas que se pretenda democrática e promotora de uma existência menos injusta para as pessoas em geral lide adequadamente com os meios à sua disposição para o atingimento de normas constitucionais de compromisso com a melhoria das condições de vida em geral.

Não obstante, a pandemia do Covid-19 alterou sobremaneira o cenário nacional e

medidas emergenciais precisaram ser adotadas para assegurar o enfrentamento da crise. Várias dessas medidas atingem, diretamente, direitos sociais, como as Medidas Provisórias editadas para assegurar postos de trabalho, autorizando, por exemplo, a redução da jornada de trabalho e, por conseguinte, do salário dos trabalhadores.

Surge, nesse cenário, discussões diversas, seja quanto à constitucionalidade das medidas, seja quanto a afronta aos direitos sociais.

É nesse cenário que se situa o presente estudo, que tem por objetivo refletir criticamente acerca dos direitos sociais, no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da crise instaurada pela pandemia do Covid-19.

Destarte, adota-se como método de abordagem o dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo. E, quanto à técnica de pesquisa, esta pauta-se no levantamento bibliográfico.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Compreender a eficácia dos direitos sociais frente à crise relacionada ao Covid-19, no Brasil, clama, inicialmente, algumas considerações sobre os direitos fundamentais e sobre os direitos sociais enquanto direitos fundamentais.

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, que adveio da formação do Estado moderno, concebida da relação política soberano/súdito ou Estado/cidadão, relação que é encarada cada vez mais do ponto de vista dos direitos do cidadão não mais súdito, em vez do ponto de vista do soberano, segundo o qual, “para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, dos indivíduos que a compõe, em oposição a concepção orgânica tradicional” (BOBBIO, 2004, p. 24).

Embora os direitos fundamentais não tenham surgido no mundo antigo, nela se fez o berço de algumas ideias essenciais para o reconhecimento dos direitos inerentes à condição humana, as quais deram origem aos direitos fundamentais, especialmente as ideias de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade entre os homens, notadamente no pensamento greco-romano e na filosofia judaico-cristã (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 264).

Muitas lutas foram travadas em busca dos direitos, igualdade, liberdade, propriedade, ente outros tantos, como é o caso dos direitos sociais, e muitos morreram nessa busca inconstante, por direitos que são fundamentais a condição humana.

Compreende Canotilho (2003, p. 380), que a história dos direitos fundamentais pode ser separada entre duas épocas: uma anterior ao Virginia Bill of Rights (12.6.1776) e à

Déclaratio des Droits de L'Homme et du Citoyen (26.8.1789), caracterizada por uma relativa cegueira frente aos direitos do homem, e outra posterior a estes documentos, caracterizada pela constitucionalização ou positivação dos direitos do homem.

A *Virginia Bill of Rights*, ou declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, uma das 13 colônias inglesas na América, foi inspirada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, basicamente a declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático e com a limitação de poderes (SILVA, 2009, p. 153-154).

Por sua vez, a *Déclaratio des Droits de L'Homme et du Citoyen* ou Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela assembleia constituinte francesa em 27.8.1789, provinda das ideias de Rousseau, Locke e Montesquieu, cujo objetivo era a libertação da opressão do homem do absolutismo e do regime feudal, proclama como princípios a liberdade, a igualdade, a propriedade, a legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas sem no entanto mencionar as liberdades de reunião e de associação (SILVA 2009, p.158-159).

Na Constituição Federal de 1988 os direitos fundamentais estão relacionados com a convivência do cidadão em sociedade, bem como em relação ao Estado, definidos e estabelecidos pela norma; diferente das garantias, que são os meios de obtenção destes direitos. Compreendendo que os direitos fundamentais são aqueles relacionados com a pessoa humana e sua existência individual, social e estatal, concretizando relações jurídicas essenciais para sua existência em sociedade.

Os direitos fundamentais, com base na Constituição Federal de 1988 classificam-se em direitos individuais (art. 5º), coletivos (art. 5º), sociais (arts. 6º e 193 e seguintes), nacionalidade (art. 12) e políticos (arts. 14 a 17) (SILVA, 2009, p. 285). Acrescenta-se os direitos difusos, importante conquista inserida no texto constitucional, por isso os direitos fundamentais são os mais importantes em uma sociedade de pessoas, por serem de ordem constitucionais, pois toda Constituição é o parâmetro das leis dentro do País.

Pois a efetividade dos direitos fundamentais está embasada na ideia central de cidadania e dignidade, envolvendo o estado democrático de direito, na defesa de sua legitimidade, pois “a Constituição é lei, mas sobretudo é direito” (BONAVIDES 2010, p. 582). Portanto, os direitos fundamentais, garantidos pelo constituinte, devem ser efetivados e concretizados de acordo com seu objetivo constitucional.

2. DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira dimensão ou geração de direitos surgiu no final do século XVII, e

encontravam na limitação do poder seu embasamento e inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos (BULOS, 2014, p. 518).

Os direitos de primeira dimensão são o produto peculiar do pensamento liberal burguês do século XVIII, caracterizado por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual (SARLET, 2013, p. 272).

O impacto da industrialização e os graves problemas econômicos e sociais decorrentes desta, as doutrinas socialistas e a constatação de que igualdade e a liberdade formal não gerava a garantia de seu efetivo gozo, motivaram amplos movimentos reivindicatórios e reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2013, p. 272).

Os direitos de segunda geração dominam o século XX: são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. Advieram do estado de bem-estar social, germinados por obra da ideologia e da reflexão antiliberal (BONAVIDES, 2010, p. 564).

Os direitos sociais fundamentais, como direitos fundamentais de segunda geração, são o desdobramento do estado de bem-estar de direito, portanto, são direitos a serem implementados pelo Estado, ou seja, o Estado Social (BULOS, 2014, p. 518) e que “possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade” (SILVA, 2009, p. 286).

Os direitos sociais devem criar condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, já que valem como pressupostos do gozo de garantias individuais, proporcionando assim condição mais compatível com o exercício da liberdade.

Os direitos de segunda geração, no entanto, não abrigam apenas direitos de cunho positivo, mas as também chamadas “liberdades sociais” a exemplo da liberdade de sindicalização, direito a greve e o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores (SARLET, 2007, p. 55).

Assim, os direitos fundamentais sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em razão de exigirem do estado prestações materiais positivas, exigência nem sempre concretizável devido a carência ou limitação de recursos ou meios por parte do poder público (BONAVIDES, 2010, p. 569).

Dando seguimento, tem-se os direitos de terceira geração, que “tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado” (BONAVIDES,

2010, p. 569).

Os direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, tem como titular grupos humanos, e não o indivíduo, portanto são direitos transindividuais (coletiva ou difusa), tratam-se de reivindicações do ser humano, dentre outros fatores, devido ao impacto tecnológico e ao processo de descolonização após a segunda guerra mundial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 274).

Tais direitos exigem por vezes esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial, os quais podemos citar direito ao meio ambiente e qualidade de vida, não obstante, fiando preservada sua dimensão individual (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 274).

Segundo Bonavides ainda (2010, p. 568), citando a teoria de Karel Vasak, e outros, são direitos de terceira dimensão, ou seja, de fraternidade: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito a comunicação.

Observa-se que todos estes direitos, não foram conquistados do dia para a noite, e sim, com muitas lutas, pois muito sangue foi derramado de tempos em tempos, e até nos dias atuais estes direitos ainda são usurpados por algum erro ou mesmo por pessoas com segundas intenções.

Segundo Sarlet (2007, p. 58), há autores que sustentam ainda a existência de uma quarta e até mesmo uma quinta geração de direitos, sendo de acordo com o autor, os direitos de quarta dimensão preconizadas pelo ilustre professor Bonavides.

As novas tecnologias, o mapeamento do genoma humano, a crise ambiental, terrorismo e as consequentes medidas de segurança, entre outros riscos, fazem com que novas reivindicações se incorporem na agenda política da comunidade, fazendo com que já se fale até em direitos de sétima geração (MARMEELSTEIN, 2018, p. 54-55).

Ainda Bonavides, os direitos fundamentais de quarta geração são: o direito à informação, a democracia e ao pluralismo. Estes direitos foram introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica, que aliás, correspondem a derradeira fase de institucionalização do Estado social.

Por fim, cumpre ressaltar que hodiernamente, já é possível proclamar o direito a paz como direito de quinta geração, tirando-o da região obscura como direito esquecido de terceira geração (BONAVIDES, 2010, p. 492).

Portanto, não há como ignorar que os direitos fundamentais se demandam constante acréscimo, “no sentido de se buscar regularmente a positivação de novos direitos igualmente fundamentais” (SILVEIRA, 2018, paginação irregular), sendo que uma

dimensão não exclui a outra, elas se complementam.

3. DIREITOS SOCIAIS E A SUA EFETIVIDADE

Ao longo dos anos de desigualdade social dentro da sociedade, culminou em um desonroso modelo social, o qual notoriamente privilegiou a influência econômica e política dos ricos sobre os pobres.

Neste sentido, Tavares (2020, p. 60) afirma que o século XIX se caracteriza pelo "desenvolvimento da sociedade industrial, o nascimento das ideias socialistas, a organização do movimento sindical europeu e o aparecimento da classe dos trabalhadores, o que conduziu à construção teórica da natureza humana dos direitos sociais e do Estado Social".

Assim, nesse cenário, os direitos sociais foram surgindo de forma gradativa, sendo os primeiros voltados à questão trabalhista e educacional, e já no início do século XX começaram a ser reconhecidos e consagrados em algumas Constituições, como apontado alhures.

Tal reconhecimento clamou uma presença mais efetiva do Estado, como ressalta Faleiros (1999, p. 14), pois houve o reconhecimento de que não bastava assegurar a liberdade e a igualdade aos indivíduos se o poder público não atuasse para assegurar alguns direitos básicos, pois o processo capitalista exigia uma proteção social.

Não se pode negar, ainda, que como fundamento destes direitos encontra-se o princípio da solidariedade. Sobre este como dever jurídico, preleciona Comparato (2005, p. 64):

A solidariedade prende-se a ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. [...]. O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais.

Acrescenta Silva (2009, p. 286) que além do princípio da solidariedade, os direitos sociais estão intrinsecamente ligados à noção de igualdade, *in verbis*:

[...] dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Nesse sentido também disserta Dupas (2001, p. 220), um dos objetivos dos direitos sociais é o de buscar a igualdade de oportunidades à população menos favorecida para diminuir a exclusão social. Essa exclusão social está ligada a uma ideia de falta de acesso não só a bens e serviços, mas também a segurança, à justiça e à cidadania.

Já com relação à ordem social Silva (2009, p. 828) leciona:

A Constituição declara que a ordem social tem como *base* o primado do trabalho, e como *objetivo* o bem-estar, a justiça social. Neste particular, a ordem social se harmoniza com a ordem econômica, já que esta se funda também na valorização do trabalho e tem como fim (objetivo) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Percebe-se que no ordenamento jurídico brasileiro os direitos sociais possuem importância ímpar, principalmente porque dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil encontra-se a diminuição da desigualdade social e a construção de uma sociedade justa e igualitária, o que depende dos direitos sociais para a sua efetivação.

Anote-se que a preocupação com a proteção aos menos favorecidos surgiu no século XVIII, quando o economista "Malthus havia defendido o corte de toda ajuda aos pobres, a fim de reduzir o crescimento da população. A proteção deveria ser algo excepcional, exclusivamente restrita aos inválidos" (FALEIROS, 1999, p. 15).

A preocupação com o fim da pobreza foi erradicada na Cúpula Mundial pelo Desenvolvimento Social, em 1995, realizada em Copenhague, tendo como objetivo mostrar o caminho do desenvolvimento econômico mundial. Montoro (2005, p. 21) enumera as "três questões fundamentais que incorporam a ordem do dia da Conferência: a) luta contra pobreza; b) o apoio à integração social dos grupos marginalizados; c) a criação de empregos e oportunidades de trabalho", diante disto a conferência mostra uma preocupação mundial em lutar contra a fome e a pobreza deixando de lado a imparcialidade do Estado Liberal, exigindo então do Estado uma séria atuação no âmbito social.

Para Tavares (2020, p. 61), com o crescimento da atuação do Estado em serviços para atender aos menos favorecidos, houve um crescente aumento nas despesas estatais, ocasionando o "realce das teorias econômicas ultraliberaais, de defesa da redução do Estado a uma configuração mínima de garantidor das liberdades foram adotadas políticas de desregulação privatização e de diminuição da intervenção pública no controle da economia" em alguns países da Europa e, posteriormente, também na América Latina.

Semelhante são os ensinamentos de Enzweiler (2000, p. 60):

[...] houve esgotamento do intervencionismo e o esfacelamento do *Welfare State* porque, antes hegemônico (até os idos de 1970), viu-se incapaz de dar continuidade ao processo de crescimento autossustentado. Foi precisamente o financiamento dos gastos públicos com a manutenção do Estado-Providência o grande responsável pela maioria dos males que hoje nos afligem: *déficit* público, redução da poupança privada, inflação e redução da produtividade.

Quando se cita as palavras miséria e pobreza, retira-se do indivíduo não só os meios básicos para sua subsistência, mas também a dignidade de viver, ou seja, viver sob condição de miséria, as "desigualdades de chances se torna tão evidente a ponto de não haver mais liberdade" (TAVARES, 2020, p.04). Com isso, os desentendimentos entre homem e Estado geram conflitos que se tornam mais sobrecarregados quando o Estado desrespeita os direitos fundamentais conhecidos pelo homem.

Verifica-se que a miséria e a pobreza estão ligadas ao mínimo existencial, e como verificado deve ser respeitado e extinguido pelo Estado. O mínimo existencial não possui conteúdo específico na nossa Constituição, devendo ser buscado através da ideia de liberdade, nos princípios da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, nos direitos humanos e privilégios do cidadão.

Segundo Torres (1999, p. 57) podemos definir o mínimo existencial como um direito às "condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas".

Com isso, tem-se que o mínimo existencial é uma parcela que cada indivíduo necessita para a sua sobrevivência, e que deve ser garantida através da atuação do Estado. Esta parcela constitui um patamar mínimo de efetivação dos direitos sociais de prestação estatal, pois, sem a existência deste mínimo, encerra a possibilidade de sobrevivência do cidadão.

Acontece que os direitos fundamentais, e dentre eles deve-se reconhecer os direitos sociais, pela própria evolução pela qual passou essa categoria de direitos, modificaram a relação Estado e indivíduo, "o qual dantes se mantinha circunscrito ordinariamente a uma esfera negativa e subjetivista de puro teor antiestatal" (BONAVIDES, 2010, p. 581).

Hodiernamente esse âmbito relacional entre Estado e indivíduo aumentou consideravelmente. Logo, toda interpretação de direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais. E esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficaram de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que

faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição, de acordo ainda com (BONAVIDES, 2010, p. 582).

Desta feita, os direitos sociais, consagrados nas Constituições constituem-se em dilema, na atualidade, em razão da necessidade de medidas que visem à redução da exclusão social em contraposição aos interesses econômicos:

De fato, há uma correspondência entre a formulação da constituição dirigente, especialmente a partir da obra de José Joaquim Gomes Canotilho, e a ideia de um direito administrativo voltado à concretização, pela Administração pública, dos ditamos constitucionais e, em decorrência, de políticas públicas. A ideia da Constituição programática-dirigente, cuja atualização deve ser feita pelo legislador com base no conceito de reenvio dinâmico [...]. Assim como Canotilho trata da cooperação do legislador infraconstitucional na 'determinação' e 'conformação material' da Constituição, o enfoque das políticas públicas destaca o papel da Administração na 'determinação formal' material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo (BUCCI, 2002, p. 248-249).

Portanto, evidencia-se que os direitos fundamentais acrescentaram valores às normas constitucionais, a fim de que estas alcancem à concretização no plano real. Para isso, se levam em conta a democracia, a cidadania e o Estado Constitucional de Direito.

Acontece que, na atualidade, muito se questiona acerca da efetividade dos direitos sociais e, por conseguinte, se estes efetivamente são respeitados, pois o Estado vem se demonstrando omissos, e direitos básicos como saúde, educação, lazer, dentre outros, são mitigados, tendo os cidadãos que se valer, não raras vezes, de ações judiciais para conseguir vagas em escolas, ou mesmo a transferências para um determinado hospital, ou o fornecimento de determinada medicação, exemplos estes que demonstram a precariedade dos direitos sociais em um Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário não há como questionar se os direitos sociais estão sendo respeitados como direitos fundamentais, apesar de se encontrarem consagrados no Título destinado à tutela os "direitos e garantias fundamentais" (Capítulo II, do Título II, da Constituição da República de 1988), pois há um claro problema de eficácia e efetividade dessa categoria de direitos fundamentais.

Há, ainda, quem defenda que a não efetividade dos direitos sociais se deve ao fato de se tratar de normas programáticas, e não estarem as mesmas consagradas no rol das cláusulas pétreas, o que acaba desprestigiando este importante rol de direitos.

Em que pese tais argumentos, o simples fato de estarem os direitos sociais consagrados no título da Constituição da República destinados à tutela dos "direitos e

garantias constitucionais" o reveste de tal natureza, o que, somado ao fato de serem tais direitos a segunda dimensão dos direitos fundamentais, como visto alhures, lhes permitem ser caracterizados como tal, e impõem ao Estado o dever de zelar pela sua efetivação.

O que parece o grande problema para a efetivação dos direitos sociais, na atualidade, é o problema do custo dos direitos sociais, e a reserva do possível, invocada pelo Estado para a implementação dos mesmos.

Para Galdino (2005, p. 181), a reserva do possível encaixa-se no "modelo teórico da verificação da limitação dos recursos", ou seja, "o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível".

A respeito da reserva do possível, Silva (2009, p. 183) se manifesta:

[...] os direitos fundamentais sociais devem encontrar limites na riqueza nacional ou na situação econômica de um país visto que não se deve acreditar na utópica inesgotabilidade dos recursos públicos e, por conseguinte, na viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais e na possibilidade de garantir a total felicidade do povo.

Galdino (2005, p. 197-198) acerca da obra de Sunstein e Holmes menciona que os autores fazem uma análise pragmática da implicação dos custos dos direitos as consequências sociais considerando que "o exercício de todo e qualquer direito ou liberdade depende fundamentalmente das instituições públicas, e em grande medida, sendo igualmente público (e custosos)".

Sofre-se no Brasil com problemas decorrentes das mazelas sociais crônicas, e, para implementar esses direitos prestacionais materiais necessitam de desenvolvimento econômico capaz de aferir recursos suficientes para custear a implementação desses direitos.

Mendes, Coelho e Branco (2015, p. 1301) observam que:

O princípio da reserva do financeiramente possível tem especial incidência no terreno da saúde e da educação, cujas normas constitucionais – nisso particularmente influenciadas pelas ideias de constituição dirigente e de Estado provedor -, atribuíram sobretudo ao Poder Público uma vida digna.

Ora, a limitação dos recursos financeiros para atender direitos sociais prestacionais são fixados no orçamento público, nos termos dos arts. 165 a 167 da Constituição da República de 1988, inexistindo direito subjetivo do cidadão frente ao Estado, isto porque, conforme explica Silva (2009, p. 195) "as normas constitucionais relativas aos direitos sociais têm eficácia positiva condicionada ao que for definido nas leis orçamentárias".

Além disso, há de se considerar que esta corrente entende os direitos sociais positivados na Constituição de 1988 como princípios de justiça ou normas programáticas. É o caso dos "artigos 196 e 105 da nossa Constituição ao proclamarem que tanto a saúde como a educação são direitos de todos e deveres do Estado, normas-tarefas do Erário, como diziam os clássicos das finanças públicas" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2015, p. 1301).

Para Galdino (2005, p. 230-231) o reconhecimento dos custos "estimula o exercício responsável dos direitos pelas pessoas". Isto significa que o Estado deve garantir serviços públicos necessários à existência digna do ser humano inserido na coletividade, portanto, no caso do cidadão comum pretender fazer frente ao Estado a prestação positiva em favor daquele, o Poder Judiciário não deve considerar os custos como único referencial às decisões judiciais, porém não há como desconsiderá-los na discussão acerca dos direitos fundamentais sociais.

Cumprе salientar, ainda, que a teoria da reserva possível sofre críticas da doutrina que se opõe ao discurso da inviabilidade dos direitos sociais por escassez de recursos:

Fica, [...], registrado [...] de que os problemas de 'de caixa' não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de 'caixas cheias' do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade do constituinte (CUNHA JUNIOR, 2007, p. 418).

Além disso, para Cunha Junior (2007, p. 418-419) é inadmissível que os direitos sociais se constituam em direitos subjetivos apenas quando:

[...] se circunscreve[m] a tão-somente impedir[em] que os órgãos do poder formulem atos contrários a esses direitos fundamentais sociais; qualquer lei que atente contra os objetivos dos direitos sociais é inconstitucional, surgindo daí o direito subjetivo de recusá-la. [...] Não pode o poder judiciário negar-lhes a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe. Assim, é puramente ideológica, e não científica, a oposição que ainda hoje se faz à efetivação, por via judicial, dos direitos fundamentais.

Já Krell (2000, p. 41) se manifesta no sentido de que no Brasil, assim como em outros países periféricos, é preciso analisar a problemática da legitimidade para se definir o que é ou não possível, pois na "área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos das diferentes entidades federativas", o que implica dizer que, nos problemas de "exclusão social no Brasil que hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia".

Ao tratar da questão, Mendes, Coelho e Branco (2015, p. 675) pontuam:

Como os direitos sociais demandam medidas redutoras de desigualdades – não por acaso o velho Marx dizia que igualdade é *igualação* – e essas medidas dependem quase que exclusivamente de investimentos estatais, até porque a solidariedade não é algo que se possa impor a mentes e corações egoístas, por isso, o grande problema para a efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recursos para viabilizá-los – o chamado limite do financeiramente possível –, perversamente mais reduzidos onde maior é a sua necessidade, ou seja, naqueles países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Nesse cenário, não há como negar que os direitos sociais são direitos fundamentais, embora não se encontrem consagrados nas cláusulas pétreas, o que não retira do Estado a obrigação de adotar políticas públicas para a sua efetivação, o que decorre da própria natureza dos direitos fundamentais de segunda dimensão, não estando a efetividade atrelada a natureza das normas programáticas consagradas na Constituição da República de 1988.

Outrossim, inexistente qualquer hierarquia entre os direitos sociais e os demais direitos fundamentais, o que se dá pelo reconhecimento da indissociabilidade entre os direitos de primeira e de segunda geração, haja vista a inter-relação existente entre eles e a inviabilidade da existência de um, sem a coexistência do outro devendo coexistir harmonicamente no ordenamento jurídico brasileiro, já que se tratam de direitos consagrados ao longo da evolução humana, que prescinde, repita-se, da atuação do poder público.

Não obstante, a pandemia do Covid-19 está fomentando debates quanto a efetividade e proteção dos direitos sociais, como se passa a expor.

4. DIREITOS SOCIAIS E O COVID-19

4.1 A crise do Covid-19 na separação dos Poderes: Federalismo e Autonomia

O Brasil adotou, como forma de Estado, o federalismo, que assegura a independência e autonomia da União, Estados e Distrito Federal, e Municípios. Consagrado na Constituição de 1891, primeira promulgada no Brasil República, o federalismo é consagrado, no atual texto constitucional, dentre as cláusulas pétreas.

Nesse cenário, é o federalismo que assegura a divisão de competências entre os entes federados, ficando a cargo da União dispor sobre questões de interesse nacional, enquanto os Estados e Distrito Federal versam sobre as questões regionais. Os

Municípios, por sua vez, tanto no âmbito administrativo quanto legislativo devem atentar para o interesse local. De fato, há uma descentralização do poder que não fica restrito à órbita federal (TAVARES, 2020, p. 63).

Os problemas vivenciados em virtude do Covid-19, de forma bastante clara, evidenciam o federalismo no Brasil e a autonomia dos entes federados, principalmente porque grande parte dos Estados-membros e Municípios, como amplamente divulgado pelos meios de comunicação, editaram Decretos para tutelar os interesses regionais e locais, tratando de questões como isolamento social e restrições ao funcionamento dos estabelecimentos comerciais.

Vale lembrar que a própria Constituição Federal de 1988 assegura aos entes federados a competência concorrente para legislar sobre a proteção à saúde, nos termos do art. 24 (BRASIL, 1988).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, que questionava a Medida Provisória nº 926, “reafirmou a competência concorrente entre União, Estados e Municípios [...] para fixação de regras que promovam a saúde” (COSTA, 2020, p. 1).

Nesse cenário percebe-se que o Covid-19 acabou por evidenciar e até mesmo intensificar a cooperação e coordenação os chefes do Executivo estadual, demonstrando que o modelo de Estado adotado no Brasil é de cooperação entre os entes federados, ou seja, um modelo democrático (COOPERAÇÃO, 2020, paginação irregular).

Desta feita, não há que se falar em competência exclusiva da União para legislar sobre medidas sanitárias, o que decorre, repita-se, do disposto no art. 24 da Constituição Federal de 1988 e também do modelo descentralizado para a gestão da saúde pública no Brasil. Não obstante, as normas editadas devem ser harmônicas, não podendo os Estados-membros e os Municípios editarem normas que contrariem o texto constitucional ou excedam os interesses regionais ou locais.

Não obstante, a sociedade presencia constates divergências entre opiniões emitidas pelos chefes do Executivo Federal e Estaduais, em especial quanto ao isolamento social para conter a pandemia, evidenciando colisão que gera insegurança jurídica e coloca em questionamento os limites de atuação do Presidente da República no exercício da competência administrativa e legislativa (MARRAFON, 2020, p. 1-5).

Destarte, em decorrência da autonomia de que gozam os entes federado, e do modelo de Estado adotado pelo Brasil, normas que visem resguardar os interesses regionais e locais, editadas para conter o avanço da Covid-19, possuem amparo constitucional, inclusive prevalecendo às editadas pela União se apresentarem maior

conformação com o Constituição Federal de 1988 (COSTA, 2020, p. 1-4).

4.2 Covid-19 e os reflexos nas relações de emprego

O mundo enfrenta, atualmente, a pandemia do Covid-19, que evidenciou, de forma bastante clara, os reflexos no mundo jurídico, mormente nas relações de trabalho e emprego, principalmente porque a Organização Mundial de Saúde recomenda o isolamento social, o que reflete no fechamento de inúmeros estabelecimentos comerciais como medida de prevenção para a disseminação do Covid-19 (FIUZA, 2020, p.1).

Nesse cenário muitas empresas suspenderam suas atividades e outras precisaram adequar-se às exigências do momento, fomentando o home office, por exemplo, ou dedicando-se ao delivery. São apenas exemplos que demonstram as alternativas adotadas para o enfrentamento da crise. E tais medidas acabam por refletir na relação de emprego, seja porque alguns empregadores optaram por férias coletivas, pela antecipação de férias individuais, pela redução da carga horária, dentre outras medidas.

O Estado, no afã de regulamentar essas questões temporárias, até mesmo porque a legislação vigente não apresenta soluções para muitas questões, e no afã de preservar o emprego, compromisso assumido pelo país em suas normas internas e também ao ratificar documentos de Direito Internacional, vem editando algumas normas, como a Medidas Provisória nº 927 (dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, e de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus) e a Medida Provisória nº 936 (instituiu o Programa Emergencial de Manutenção de Emprego e Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecida pelo Decreto Legislativo já citado).

Dentre as disposições legais que veem fomentando diversos questionamentos, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, encontram-se a possibilidade de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, prevista no art. 7º, da Medida Provisória nº 936/2020, e a possibilidade de suspensão temporária do contrato de trabalho, regulamentada no art. 8º do mesmo diploma legal.

Tão logo foram anunciadas as medidas, até mesmo porque a Medida Provisória nº 936 foi publicada no dia 1º de maio, discussões diversas surgiram quanto a própria constitucionalidade das medidas, mormente a redução de salários e a suspensão dos contratos de trabalho.

Para se ter uma ideia, ainda no dia 02 de abril, ou seja, no dia seguinte à publicação da supracitada Medida Provisória, o partido político Rede Sustentabilidade ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, que tramita sob o nº 6.363, argumentando, em apertada síntese, que a redução da remuneração do trabalhador somente seria possível mediante negociação coletiva e para assegurar os postos de trabalho. Logo, no entender do autor da ADI, a possibilidade de acordo individual para redução da remuneração do trabalhador vai de encontro ao princípio da proteção, pois os trabalhadores poderão ser compelidos pelos empregadores, sob pena de ficarem desempregados, a flexibilizar os direitos para assegurar o posto de trabalho. Nesse contexto afirmam a importância de não se dispensar os acordos coletivos (BRASIL, 2020c).

Em decisão liminar o Relator da ADI, Ministro Ricardo Lewandowski, deferiu a cautelar para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º, do art. 11, da Medida Provisória nº 936/2020, para que os acordos individuais que versam sobre a redução da jornada de trabalho e salário, assim como aqueles que tem por objeto a suspensão temporária do contrato, sejam comunicados pelos empregadores aos respectivos sindicatos no prazo de até 10 dias corridos, a contar da celebração (BRASIL, 2020c), isso em 10 de abril de 2020.

Porém, em 17 de abril de 2020 o Tribunal, por maioria dos votos, não referendou a liminar acima mencionada, ao argumento de que exigir eventual deflagração de negociação coletiva acaba por frustrar os objetivos dos instrumentos instituídos pela Medida Provisória nº 936/2020 (BRASIL, 2020c). Por conseguinte, afasta a exigência de manifestação das entidades de classe.

Em meio a esse cenário diversas são as discussões, principalmente quanto à mitigação dos direitos fundamentais do empregado, pois se de um lado há a clara necessidade de se resguardar os direitos sociais, consagrados ao longo de séculos e reconhecidos no texto da Constituição, de outro deve-se buscar alternativas para assegurar a própria manutenção dos postos de trabalho. Conciliar esses interesses, contudo, não é tarefa fácil, o que fomenta inclusive debates no âmbito do Poder Judiciário, como se passa a expor.

4.3 Judicialização da crise

Desta forma, diante do prolongamento da crise instaurada pela pandemia do Covid-19, muitas questões tem sido levadas à apreciação dos Tribunais do país para apreciação. Como dito alhures, as medidas implementadas fomentaram debates acerca da

constitucionalidade da suspensão de contratos de trabalho, da redução da jornada e, por conseguinte, dos salários. Tão logo foi publicada a Medida Provisória, foi o Supremo Tribunal Federal acionado para analisar a constitucionalidade das medidas implementadas.

Trata-se apenas de um exemplo, pois inúmeras outras questões envolvendo direitos sociais e a crise do Covid-19 fomentam debates envolvendo orçamento, eleições, publicidades, omissões do Poder Executivo, sistema carcerário, programas sociais, dentre outros.

Não se pretende, nesse ponto, esgotar a análise das inúmeras ações em tramitação, que versam direta ou indiretamente sobre a crise do Covid-19. O que se busca é demonstrar o papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

Em se tratando de direitos sociais, destaca-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 568, ajuizada em 19 de março de 2020, de autoria da Procuradoria Geral da República. Tal ação tem como relator, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes e discute a destinação de cerca de R\$ 32 milhões para o Estado do Acre custear ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia do coronavírus (covid 19). São medidas de saúde pública e, portanto, inquestionavelmente versa sobre questões sociais.

Ainda, tem-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 662, proposta pela Presidência da República em 24 de março de 2020. Tem como relator o Ministro Gilmar Mendes, e questiona a ampliação do acesso do Benefício de Prestação Continuada, alterada por legislação já no curso das discussões quanto à pandemia.

Aqui cumpre ressaltar que as alterações na legislação previdenciária buscam ampliar o acesso ao BCP, o que, em momento de crise, é difícil de se implementar, mormente a mudança na renda per capita familiar para a concessão do benefício assistencial, haja vista os impactos negativos e a necessidade de se envidar esforços para o enfrentamento da pandemia.

Nesse ponto, portanto, evidencia-se claramente o conflito entre direitos sociais e a imperiosa necessidade de se conciliar os interesses e, sendo impossível tal conciliação, escolher qual deve prevalecer. Assim, é que foi deferida parcialmente a liminar para suspender a ampliação do BCP, privilegiando o interesse coletivo em detrimento daqueles que recebem o referido benefício assistencial.

Tem-se, ainda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6373, ajuizada em 06 de abril de 2020. Proposta pela Confederação Nacional do Trabalho, e de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, questiona a redução das contribuições sociais ao “Sistema S”, pelo

período de três meses. No caso em tela não foi deferida liminar, estando a matéria pendente de análise.

De igual forma, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Ajuizada em 06 de abril de 2020, e de autoria do Partido dos Trabalhadores, a ação questiona o levantamento do saldo de FGTS em razão da calamidade pública, também pendente de julgamento.

Outra ação que versa sobre aspectos sociais relacionados ao Covid-19 é a Ação de Constitucionalidade por missão nº 3359, ajuizada em 12 de março de 2020 pelos Estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piau e Rio Grande do Norte, tem, como relator, o Ministro Marco Aurélio. A ação em comento pleiteia ao Governo Federal a suspensão de cortes no Bolsa Família, enquanto perdurar a calamidade pública em decorrência da pandemia. A liminar, no caso em tela, foi deferida.

Destarte, as ações acima mencionadas decerto não esgotam as questões afetas à pandemia do Covid-19 e os reflexos nos direitos sociais. Contudo, demonstram não apenas a importância de se resguardar tais direitos, mas, também, a importância do Judiciário para a sua efetivação. Em tempos de crise, que reflete na economia do país, conciliar interesses é necessário e, quando não for possível, como dito alhures, é necessário buscar meios para que se efetivem os direitos sociais, privilegiando a coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, como se encontram efetivados e resguardados os direitos sociais frente à crise instaurada pelo Covid-19. Inicialmente pode-se afirmar que sendo os direitos fundamentais valores que além de fundamentais são indisponíveis, não se exaurem. Modificam-se e aperfeiçoam-se no tempo, adaptando-se às exigências de cada época. E, como direitos de defesa, nos planos jurídicos objetivo e subjetivo, consagram normas de competência negativa para o Estado, bem como as liberdades positiva e negativa das pessoas, ou seja, liberdade de exercer os direitos fundamentais e liberdade de exigir omissões por parte do Estado, lembrando, antes de tudo, que ao Estado está reservada certa carga de positividade.

Observou-se que os direitos sociais exigem uma prestação efetiva do Estado, e que passou por uma evolução significativa, já que, por muito tempo, acreditou-se que a defesa dos direitos individuais dos cidadãos, então chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão, estaria assegurada com a simples omissão do Estado (ou seja, não os violando), ou, numa concepção e estágio mais arrojado, com a previsão de instrumentos

voltados a impedir a invasão indevida do Estado na esfera da vida privada das pessoas.

Entretanto, nos dias contemporâneos, é de se ter como impossível, a título exemplificativo, a garantia do direito de “ir e vir”, especialmente às pessoas pobres ou portadoras de necessidades especiais, por exemplo, sem que o Estado disponibilize transporte dentro de valores acessíveis e devidamente adaptados.

Da mesma forma, hoje não estará garantido o direito à liberdade de pensamento, sem que esteja assegurado a todos os cidadãos o acesso à educação formal de qualidade, assim como também não estará assegurado aos cidadãos o direito de participar conscientemente das decisões políticas na sociedade, se não tiverem acesso a informações verdadeiras e de interesse público. Logo, chegou-se à conclusão que não bastava assegurar a liberdade e a igualdade, mas se fazia necessário garantir direitos fundamentais outros.

Ou seja, atualmente, não basta o não fazer do Estado, indo muito além o seu dever, invadindo, de há muito, o campo da positividade, a exigência do atuar, do garantir, de implementar, isso é, efetivamente, promover. Surgiu, portanto, os direitos fundamentais de segunda geração, denominados de direitos sociais, que estão intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana e à cidadania, e que clamam, para a sua efetivação, de uma atuação efetiva do Estado, através de políticas públicas.

A Constituição da República de 1988 consagrou os direitos sociais no título destinado aos "direitos e garantias fundamentais". Não obstante, muito se questiona acerca da sua efetividade, e isso faz com que também seja questionada a fundamentalidade de tais direitos, ou melhor, o reconhecimento dos direitos sociais enquanto direito fundamental.

Em meio à pandemia do Covid-19 a efetividade dos direitos sociais resta questionada, principalmente porque instauram-se situações de conflito, pois para assegurar o direito social à saúde, por exemplo, e assegurar o enfrentamento da crise na saúde pública, medidas precisam ser adotadas, como a possibilidade de reduzir a jornada de trabalho e, conseqüentemente de salário. Há, claramente, uma mitigação de direitos fundamentais, principalmente neste caso de pandemia que o mundo está enfrentando, porque os direitos coletivos estão acima dos direitos individuais, não ferindo o direito de ir e vir do cidadão, como é o caso da determinação do Estado, para que se cumpra o isolamento social.

Tais medidas, porém, são excepcionais. E, tão logo restaurada a normalidade, deve o Estado zelar pela efetivação dos direitos sociais, que representam uma importante evolução da sociedade, conquista que não pode ser ignorada.

Destarte, conclui-se que nesse momento, em meio a pandemia do Covid-19, a adoção de medidas emergenciais, ainda que mitiguem o exercício de direitos sociais fundamentais, são aceitáveis, mas que devem ser cessadas tão logo seja superada a crise relacionada ao coronavírus, dever do Estado de zelar pelo efetivo cumprimento dos direitos sociais, e de todos os outros direitos tanto individuais quanto coletivo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020a**: Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020b**: Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363**, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2020C. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Editora Livraria Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COOPERAÇÃO federativa entre os Estados no Brasil. Efeito imprevisto do Covid-19? **Estadão**, 04 abr. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao->

politica-e-sociedade/cooperacao-federativa-entre-os-estados-no-brasil-efeito-imprevisto-do-covid-19/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

COSTA, Pablo Drews Bittencourt. Federalismo brasileiro em pleno funcionamento em tempos de Covid-19. **A Gazeta**, 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.agazeta.com.br/artigos/federalismo-brasileiro-esta-em-pleno-funcionamento-em-tempos-de-covid-19-0420>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

CUNHA JUNIOR, Dirley. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2007.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

ENZWEILER, Romano José. **Os desafios de tributar na era da Globalização**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FALEIROS, Vicente P. **O que é Política Social**. São Paulo: Brasiliense, 1999.
FIUZA, Michelle. A epidemia ocasionada na relação de emprego pela pandemia do Covid-19. **Migalhas**, 30 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323034/a-epidemia-ocasionada-na-relacao-de-emprego-pela-pandemia-do-covid-19>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

KRELL, Andréas J., Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2018.

MARRAFON, Marco Aurélio. CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus. **Consultor Jurídico**, 30 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. 2. tir., Livraria do advogado, Porto Alegre, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Os direitos fundamentais, sua efetividade e necessidade de declaração. **Migalhas**, 03 out. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FederalismoaBrasileira/124,MI288564,81042-Os+direitos+fundamentais+sua+efetividade+e+necessidade+de+declaracao>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado do Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Os Direitos Humanos e a tributação: Imunidades e Isonomia**, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

A REFORMA TRIBUTÁRIA E A PROPOSTA DA INSTITUIÇÃO DA CBS: CREDITAMENTOS NA NÃO-CUMULATIVIDADE E NA MONOFASIA

Blader Henrique Soares²⁷

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações sobre as principais propostas de reforma tributária. As PECs 45, 110 e o PL 3887; 2 A CBS e os litígios sobre o creditamento do PIS/COFINS sobre insumos. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça; 3 O creditamento da CBS e o regime monofásico. Litígio em relação ao PIS/COFINS. Segurança jurídica; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho analisou as principais propostas de reforma tributária, com ênfase no Projeto de Lei nº 3.887, enviado pelo Governo Federal à Câmara dos Deputados, ainda pendente de análise e de debates, a fim de verificar se a proposta é suficiente para findar litígios atuais sobre o PIS e a COFINS. Utilizando a metodologia descritiva e, quanto aos procedimentos, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foram detalhados as principais sugestões quanto à substituição do PIS e da COFINS pela CBS, o regime não-cumulativo desta, os critérios de apropriação, manutenção, devolução e de utilização dos créditos nas aquisições de bens e serviços, e a insuficiência dessa proposição para simplificar a tributação da receita bruta e findar os atuais litígios sobre o conceito de insumo para aquelas contribuições. Após, foram destacados os litígios e premissas jurídicas a respeito da exclusão do direito de crédito em relação a contribuintes sujeitos ao regime monofásico e verificou-se a premissa adotada no projeto. Este estudo concluiu que as proposições legislativas têm o condão de simplificar, dar transparência, trazer neutralidade e estabilidade jurídica ao sistema tributário nacional, mas necessitam de incrementos, especialmente para que os institutos a serem criados sejam regulados por regras específicas, claras e que evitem a utilização de conceitos indeterminados, sob pena de reavivar os atuais debates analisados.

Palavras-chave: Reforma tributária; CBS; Não-cumulatividade; Regime monofásico.

Abstract: This paper analyzed the main tax reform proposals, with emphasis on Bill No. 3,887, sent by the Federal Government to the Chamber of Deputies, still pending analysis and debate, in order to verify whether the proposal is sufficient to end current litigations on PIS and COFINS. Using the descriptive methodology and, regarding the procedures, the bibliographical and jurisprudential research, the main suggestions regarding the replacement of PIS and COFINS by CBS were detailed, its non-cumulative regime, the criteria for appropriation, maintenance, return and use of credits in the acquisition of goods and services, and the insufficiency of this proposal to simplify the taxation of gross revenue and end the current disputes over the concept of input for those contributions. Afterwards, the litigation and legal premises regarding the exclusion of the credit right in relation to taxpayers subject to the single-phase regime were highlighted and the assumption adopted in the project was verified. This study concluded that the legislative proposals have the power to simplify, provide transparency, bring neutrality and legal stability to the national tax system, but they need increments, especially so that the institutes to be created are regulated by specific, clear rules that avoid use of indeterminate concepts, under penalty of reviving the current debates analyzed.

Key-words: Tax reform; CBS; Non-cumulativeness; Single-phase regime.

INTRODUÇÃO

²⁷ Advogado, especialista em direito tributário e planejamento fiscal, mestrando em Direito. E-mail: bladerhenrique@gmail.com.

O presente estudo buscará analisar o tema da não-cumulatividade e da sistemática da tributação concentrada (regime monofásico) constantes na proposta de instituição da Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS, conforme Projeto de Lei nº 3.887/2020, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, em substituição às contribuições sociais ao PIS e à COFINS, e sua eficiência para solucionar específicos litígios tributários atuais envolvendo aquelas contribuições.

Há uma percepção crescente da população de que a carga tributária é desproporcional à retribuição governamental por meio de serviços públicos de qualidade e incentivos reais ao desenvolvimento da economia, o que torna as normas tributárias regras de rejeição social, razão pela qual, diante do Estado aético (Martins, 2014, 221), cuja “necessidade não conhece princípios” (idem, 227), o adimplemento da obrigação tributária é impulsionado apenas pelas sanções aplicáveis pelo seu descumprimento (ob. cit., 222).

A origem desse sentimento nacional de rejeição lastreia-se nas ineficazes políticas públicas apresentadas e na evidenciação de que a “causa da carga tributária está no gasto público desordenado [...] [que] não consegue fazer face às demandas sociais e econômicas do povo brasileiro” (Pontes, 2008, 150).

Em outros dizeres, arrecada-se muito, mas se gasta ainda mais e muito mal, situação agravada pela busca incessante do Governo na equalização das contas públicas, além dos desvios que atualmente têm sido desvendados, em inobservância ao princípio da neutralidade, criando-se exações com fatos jurídicos complexos (Coêlho, 1998, 203) “que nem o Fisco nem os contribuintes conseguem mais entender [...], circunstâncias [que] favorecem abertamente o planejamento fiscal abusivo e abrem espaço para uma intensa litigiosidade” (Maciel, 2011, p. B-2).

Nesse cenário, atualmente pela pandemia mundial decorrente do Sars-CoV-2 ou da Covid 19, a reforma tributária brasileira é tema que tem ganhado força no último ano.

Dentre os diversos projetos apresentados, destacam-se, em razão de apoio político e técnico, as Propostas de Emenda Constitucional nº 45, em trâmite na Câmara dos Deputados, e nº 110, discutida no Senado Federal, além do referido PPL 3887 (Brasil, 2020a), ainda sem apreciação pela Câmara dos Deputados. Até meados de março do ano corrente, a PEC 45 estava tramitando de forma preferencial, contando com grandes avanços em sua tramitação, com a realização de audiências públicas e, inclusive, elaboração de relatório final pelo seu Relator, deputado Aguinaldo Ribeiro (PP-PB), em 12/05/2021, no qual concluiu pela sua viabilidade para a simplificação e desenvolvimento do sistema tributário brasileiro, reduzindo-se a insegurança jurídica, a guerra fiscal entre

os entes federados e aumento da eficiência e transparência da administração tributária (Brasil, 2021), ao substituir cinco tributos pelo Imposto sobre Bens e Serviços – IBS.

Entretanto, no final de março de 2021, o Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, deputado Marcelo Ramos (PL/AM), apresentou manifestações públicas (CACB, 2021) declarando apoio ao denominado “Projeto Simplifica Já”, cujas propostas legislativas foram aglomeradas na Emenda Substitutiva Global nº 144 à PEC 110 do Senado. Essas declarações foram inusitadas, pois, até então, as atenções e os esforços, inclusive governamentais, estava na mencionada PEC 45, enquanto que aquela Emenda Substitutiva foi apresentada pelos Municípios, apoiados por entidades de classe de fiscais tributários e sindicatos.

Diante dessa intenção articulação política, a proposta inicial apresentada pelo Governo Federal, de substituição do PIS e da COFINS pela CBS não tem gerado grandes debates, o que se comprova pelo pedido de cancelamento da solicitação de atribuição do regime de urgência (art. 64, §1º, CF) ao trâmite do referido PL 3887 pelo Chefe do Executivo Federal, em setembro/2020 (Brasil, 2020a).

No primeiro item, serão sintetizadas e comparadas as principais regras trazidas pelas PECs 45/2019, 110/2019 e PL 3887, possibilitando uma visão geral das propostas de reforma tributária. No capítulo segundo, serão analisadas as alterações sugeridas na instituição da CBS especificamente para a temática de apropriação de créditos no regime não-cumulativo e o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ (2018). No item seguinte, analisar-se-á a proposição da CBS em relação ao regime monofásico e sua compatibilidade com o entendimento firmado pelo STJ (2017; 2021).

A metodologia utilizada será descritiva (Raupp, Beuren, 2006, 81-82) e, quanto aos procedimentos, compreenderá a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PRINCIPAIS PROPOSTAS DE REFORMA TRIBUTÁRIA. AS PECS 45, 110 E O PL 3887

A busca por técnicas de aprimoramento do sistema tributário nacional, por meio de alteração, simplificação e mesmo revogação de suas regras, é medida imperiosa para se reduzir os encargos vinculados à tributação (e não necessariamente a arrecadação em si) e, conseqüentemente, se possibilite a retomada de investimentos, especialmente em setores estratégicos, concretizando-se a eficiência econômica e a simplicidade administrativa, objetivos do Sistema Tributário (Schoueri, 2018, 42-49), já que outros

objetivos desse sistema (como a responsabilidade política e a flexibilidade) dependerão de inovações legislativas e conscientização dos representantes da sociedade.

O sistema tributário deveria, portanto, se basear nos princípios da simplicidade (reduzindo-se as obrigações acessórias existentes, não se utilizando de regras dúbias e de regimes especiais de tributação em excesso), da transparência (quanto à arrecadação e aos gastos, assegurando moralidade pública), da neutralidade (redução do caráter punitivo e da onerosidade excessiva, evitando-se intervenções indiretas na economia e concorrência) e da estabilidade (segurança jurídica e publicidade dos entendimentos administrativos).

A observância real destas premissas poderia ensejar a mudança do comportamento tanto da Administração pública quanto dos contribuintes, tornando a relação jurídica menos contenciosa e mais cooperativa a partir da transparência (Schoueri, 2016, 30-49).

O vigente sistema tributário brasileiro é altamente completo e inobserva aqueles princípios. Aliás, esse reconhecimento consta em todas as propostas legislativas que buscaram a sua reforma, como destacado no relatório final da reforma tributária pela Comissão Mista, elaborado pelo deputado Aguinaldo Ribeiro (Brasil, 2021, 46-52), ao detalhar o histórico daquelas diversas tentativas de reforma tributária após a promulgação da Carta Maior de 1988, concluindo que “persiste a má qualidade da tributação sobre o consumo no país, derivada da ainda presente cumulatividade dos tributos no processo produtivo e da falta de coordenação e cooperação entre os entes federados” (idem, 51).

Atualmente, são quatro as principais propostas legislativas que buscam atualizar, simplificar e modernizar o sistema tributário nacional, a saber: (1) a PEC nº 45 (Brasil, 2019a), em debate na Câmara dos Deputados; (2) a PEC nº 110 (Brasil, 2019b), a ser apreciada pelo Senado Federal; (3) o Projeto de Lei nº 3.887 (Brasil, 2020a) e (4) a Emenda Substitutiva Global nº 144 à PEC 110 (Brasil, 2020b).

A modificação da tributação por meio de alteração constitucional é mais ampla, tem o condão de gerar maior benefício, mas exige apoio político muito maior, até pelo seu quórum de deliberação (art. 60, §2º, CF).

Nas PECs 45 e 110 são propostas regras para extinção de diversos tributos, que seria substituídos pelo Imposto sobre Bens e Serviços – IBS e pelo Imposto Seletivo – IS, sendo que o primeiro incidiria sobre toda e qualquer receita (bruta) auferida em razão da venda de bens (mercadorias) e prestação de serviços, direitos tangíveis e intangíveis, locação de bens, adotando as materialidades, portanto, que hoje constituem as hipóteses de incidência do ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS (PEC 45) e, ainda, o IPI, IOF, Pasep, CIDE-Combustíveis e Salário educação no caso da PEC 110 (mais ampla, portanto). Já o IBS

teria característica seletiva, extrafiscal e desencorajadora de consumo de bens considerados nocivos (“externalidades negativas”) à sociedade (PEC 45) ou meramente arrecadatório (PEC 110), em relação a setores essenciais à economia nacional, como combustíveis, energia elétrica e telecomunicações (Brasil, 2019c, 6-7).

Além de introduzir inúmeras outras regras, como por exemplo, alíquotas nacionais uniformes (PEC 110) ou de referência (PEC 45), prazo para transição da partilha da arrecadação do IBS (15 ou 50 anos, respectivamente) e regras de competência tributária, com valorização do princípio do destino do bem ou serviço, essas proposições legislativas têm como principal objetivo, que lhes é comum, “a racionalização da tributação sobre a produção e a comercialização de bens e prestação de serviços, base tributável atualmente compartilhada” (Brasil, 2019c, 2) por todos os entes federados.

A aprovação de qualquer delas, portanto, torna-se tarefa árdua, complexa, demorada e sujeita a críticas técnicas expressivas, sintetizadas por Rodrigo Orair e Sérgio Gobetti (2019, 12-13) e como destacam Hamilton Dias de Souza, Humberto Ávila e Roque Carrazza, ao pontuarem a incompatibilidade na utilização de alíquota única para o IBS, a “proibição a emendas constitucionais que reduzam a autonomia dos entes federativos” (2019, 5-6) e a insegurança jurídica na criação do IS sem definição de sua hipótese de incidência, cálculo e partilha da sua arrecadação com os demais entes políticos.

Importante acrescentar que a PEC 110 traz outras alterações não previstas na PEC 45, tais como a extinção da CSLL, atribuição da competência tributária do ITCMD para a União e ampliação da materialidade do IPVA para abarcar aeronaves e embarcações (Brasil, 2019c, 7), além de autorizar a instituição de adicional do IBS vinculado à previdência social.

Já a Emenda Substitutiva Global nº 144 (Brasil, 2020b) propõe a integração das administrações tributárias de todos os entes federados, buscando valorizar as informações por meio de uma governança de dados (Brasil, 2020b: 9) e de unificação dos cadastros e obrigações acessórias dos contribuintes, melhorando a transparência e confiança mútuas, especificamente em relação ao ISS e ao ICMS, que não seriam substituídos, mas teriam suas regras atualizadas para modernização do sistema tributário.

Alguns dos principais pontos de destaque dessa proposição são (i) a inclusão de materialidade ao campo de incidência do ISS correspondente à locação de bens móveis, cessões ou oneração de direitos e fornecimento de bens intangíveis, a despeito da Súmula Vinculante nº 31, sob a justificativa de que “o próprio STF não tem seguido os pressupostos dessa súmula, julgando favorável à incidência do ISS sobre bens imateriais [...] como nos casos de leasing e cessão de marcas” (Brasil, 2020b, 15).

E (ii) unificação das legislações estaduais sobre ICMS em uma lei nacional complementar; (iii) unificação do PIS e da COFINS como contribuição sobre valor agregado, de competência da União; (iv) ampliação do creditamento de ICMS, abrangendo indistintamente aquisições relacionadas ao desenvolvimento da atividade econômica “na forma da lei complementar” (idem, 10); (v) apuração do ICMS “por fora”, é dizer, não incidirá sobre si ou outros tributos, vedando-se a redução de sua base de cálculo, mas mantendo-se a exigência de diferencial de alíquotas em operações interestaduais, sem distinção entre a natureza do adquirente (consumidor final ou não); e (vi) busca aprimorar o modelo de tributação sobre a folha, cuja alíquota poderá ser reduzida (“desoneração parcial”) em razão de dados indicadores (salário médio, número de empregados), o que “(i) promove e estimula a empregabilidade; (ii) diminui a informalidade; e (iii) Reduz a pejotização” (Brasil, 2020b, 18).

O Projeto de Lei nº 3.887 (Brasil, 2020a) foi apresentado pelo Governo Federal como forma de simplificação, “unificação dos tributos sobre consumo” e reestruturação das complexas legislações que regulam o PIS e a COFINS, propondo suas extinções e substituição pela Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS, cujo critério material seria a receita bruta, nos termos do art. 12 do Decreto-Lei 1.598/1977, equivalente ao conceito de faturamento, delimitado pelo STF (2008): resultado da venda de bens e serviços, apesar de aquela regra também prever a oneração de receitas advindas da atividade econômica exercida com habitualidade (inciso IV do referido artigo 12) e o art. 2º, §1º, do Projeto determinar a incidência da CBS sobre “receitas decorrentes de acréscimos à receita bruta [...] tais como multas e encargos”, o que não parece observar aquele entendimento do STF (2008).

Esse projeto visa introduzir interessantes regras a respeito da (i) responsabilização das plataformas digitais sobre o recolhimento da contribuição quando o vendedor não emitir nota fiscal (art. 5º); (ii) base de cálculo, que não seria composta por outros tributos (art. 7º); (iii) modernização da não-cumulatividade, que permitirá o creditamento em relação a todas as aquisições de bens e serviços, condicionando-o apenas ao destacamento em documento fiscal e, na hipótese de declaração de inidoneidade, à comprovação da realização de operação de entrada e do pagamento pela aquisição (arts. 9º e 10); e (iv) institui a vedação expressa ao creditamento nas hipóteses de aquisições ou vendas não oneradas pela CBS, por exemplo, no caso da isenção (art. 37) em relação às receitas advindas de produtos submetidos ao regime especial monofásico (arts. 11, 32, 33, 37 e 38).

O presente estudo detalhará, na sequência, as inovações sintetizadas nos itens (iii) e (iv) acima, buscando verificar se serão suficientes à superação dos litígios envolvendo a temática de creditamento de insumos e no regime monofásico, objeto de recentes litígios no âmbito do STJ (2018; 2021), com repercussões no STF (2014).

2. A CBS E OS LITÍGIOS SOBRE O CREDITAMENTO DO PIS/COFINS SOBRE INSUMOS. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Uma das formas possíveis para se amenizar os encargos tributários é sua redução, a partir da tomada e utilização de créditos em operações mercantis sujeitas à sistemática da não cumulatividade do PIS e da COFINS (Harada, 2013, 277), cujo um dos maiores entraves entre contribuintes e a Administração tributária “é o conceito atribuído a insumos [...] já que a Receita Federal vem interpretando as Leis nºs. 10.637/2002 e 10.833/2003 de forma **restritiva**” (Rodrigues, 2013, 102, destaque original).

O princípio da não-cumulatividade atribui neutralidade à tributação dentro de uma cadeia produtiva, cuidando-se de direito constitucional (art. 195, §12, CF), mas de eficácia limitada, pois dependerá da escolha do legislador ordinário sobre os setores econômicos sujeitos a essas contribuições não cumulativas. Em síntese, o adquirente de bens e serviços necessários ao desenvolvimento de sua atividade mercantil registrará créditos de PIS e de COFINS, às alíquotas de 1,65% e 7,60%, respectivamente, sobre o custo de aquisição daqueles, que poderão ser compensados diretamente com débitos dessas contribuições, apurados sobre sua receita bruta.

Com efeito, ao incluir o mencionado parágrafo 12 ao artigo 195 da CF, a Emenda Constitucional nº 42 não estabeleceu qualquer restrição ao creditamento, apenas tendo determinado que competiria ao legislador ordinário a definição dos setores da atividade econômica que estariam sujeitos à sistemática não cumulativa do PIS e da COFINS (Costa, 2013, 301), o que foi procedido pelas Leis nºs 10.637 (art. 8º) e 10.833 (art. 10).

Nada obstante, ao regulamentar aqueles diplomas, a Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB firmou entendimento, por meio das Instruções Normativas nºs 247 e 404 (SRFB, 2002 e 2004), de que *insumos* seriam apenas aqueles bens utilizados na prestação de serviços e na fabricação de produtos destinados à venda, ou seja, a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado. Também seriam insumos os serviços prestados por

pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na fabricação do produto ou na prestação de outros serviços.

Contudo, o termo insumos possui o mesmo sentido e significado na linguagem comum dentro de todo o território nacional - e até no estrangeiro (*input*, em inglês) -, isto é, representa cada um dos elementos, diretos e indiretos, *necessários* à produção de bens e serviços (por exemplo, matérias-primas, maquinário, mão-de-obra, energia elétrica, *marketing*, serviços-meio), o que justifica a afirmação de que, a correta manutenção de créditos sobre esses custos favoreceria todos os setores econômicos sujeitos à não-cumulatividade.

Essa foi a definição estabelecida pelo STJ (2018) ao fixar a tese nos temas nºs 779 e 780, em sede de recurso repetitivo, de que:

4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de *essencialidade ou relevância*, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de terminado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte. (STJ, 2018).

Importante destacar que houve a interposição de recurso, pela Fazenda Nacional, direcionado ao Supremo Tribunal Federal, que foi sobrestado no âmbito do próprio STJ, em razão do reconhecimento da repercussão geral do tema nº 756, nos autos do RE 841.979 (STF, 2014), a evidenciar que a discussão ainda está longe de ser definida.

É nesse contexto litigioso que os artigos 9º e 10 do PL 3.887 (Brasil, 2020a) preveem a não-cumulatividade como regra da CBS, apenas excepcionada em relação às operações imunes (art. 20), isentas (arts. 21 a 29) e sujeitas à tributação concentrada (arts. 32, 33 e 37), assegurando o direito à apropriação – e manutenção, quando apurado créditos antes da instituição da CBS e da vigência da lei instituidora, prevista para seis meses após a publicação, conforme art. 131 da proposição – de créditos em relação à aquisição de quaisquer *bens e serviços* relacionados à atividade empresarial. Confira-se aquelas regras:

Art. 9º A pessoa jurídica sujeita à CBS incidente na forma deste Capítulo poderá apropriar crédito correspondente ao *valor da CBS destacado* em documento fiscal relativo à *aquisição de bens ou serviços*.

Art. 10. A apropriação dos créditos está condicionada à existência de documento fiscal idôneo.

§ 1º Considera-se documento fiscal idôneo aquele que atenda às exigências estabelecidas pela legislação tributária.

§ 2º A pessoa jurídica adquirente de boa-fé, na hipótese de declaração de inidoneidade do documento fiscal ou da pessoa jurídica emitente, poderá apropriar crédito da CBS desde, que comprove a ocorrência da operação e o pagamento do preço. (BRASIL, 2020a).

O creditamento proposto envolveria, inclusive, a aquisição de bens e serviços de pessoas jurídica optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, mas não geraria crédito a estas empresas, tão somente aos adquirentes, como forma de não prejudicar concorrencialmente as micro e pequenas empresas.

A proposta quanto a forma de apropriação de créditos da CDS sobre “aquisição de bens e serviços” adota a premissa de que “todo e qualquer crédito vinculado à atividade empresarial poderá ser descontado da CBS devida e os créditos acumulados serão devolvidos” (Brasil, 2020a), entretanto, não parece dar solução definitiva ao litígio examinado pelo STJ (2018) e pendente no STF (2014), pois dará ensejo à divergência interpretativa sobre o que se considera bens e serviços para o desenvolvimento da atividade empresarial?

Um exemplo recente de discussão similar é a possibilidade de creditamento de PIS e de COFINS sobre taxas pagas a empresas administradoras de cartões de crédito. Defende os contribuintes que, sem esse serviço de intermediação financeira, suas vendas seriam diretamente impactadas, já que, na economia atual, quase a integralidade das transações são realizadas por meios eletrônicos e com o uso de cartões.

O STJ tem se negado a analisar o tema, por entender cuidar-se de questão constitucional (2016a), sendo que o STF enfrentou a matéria, mas à luz de premissa diversa, tendo assentado ser “é constitucional a inclusão dos valores retidos pelas administradoras de cartões na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS devidas por empresa que recebe pagamentos por meio de cartões de crédito e débito” (STF, 2020).

Contudo, é inequívoco que as teses eram complementares e não excludentes: as taxas de cartão de crédito eram receita de terceiros que transitava pela contabilidade da contribuinte, razão pela qual seria inconstitucional sua tributação pelo PIS e pela COFINS. O STF analisou este tema, assentado a sua validade, como exposto.

Remanesce a discussão (STJ, 2016b), a respeito de ser aquele serviço (administração de operações com cartões) essencial e relevantíssimo à maior qualidade no desenvolvimento da atividade econômica, por isso haveria direito ao crédito daquelas contribuições sobre o preço daquele serviço pago pelo contribuinte, qualificável como *insumo*, além de constituir receitas próprias das empresas administradoras dos cartões,

sobre a qual também há incidência do PIS/COFINS. Nessa hipótese, negar o creditamento feriria a não-cumulatividade.

Se a premissa do projeto que instituiu a CBS é de que “todo e qualquer crédito vinculado à atividade empresarial poderá ser descontado” (Brasil, 2020a), então os custos com taxas pagas às administradoras de cartões deveria gerar crédito. Porém, pelo histórico interpretativo da SRFB e teses defendidas pela Fazenda Nacional no âmbito do STJ (2018) e do STF (2014) tornam incerto e obscuro que o tratamento a ser dispensado à regulamentação da CBS, se aprovado o PL 3887, retirando-lhe a segurança jurídica e estabilidade almejada ao sistema tributário nacional.

Poderia o Legislador, desde logo, definir com clareza e precisão técnicas os conceitos de bens e serviços “vinculados à atividade empresarial”, de forma a não gerar novas discussões similares ao conceito de insumo, especialmente considerando que a não cumulatividade da contribuição ao PIS e à COFINS não guarda correlação jurídica com a não cumulatividade constitucional do ICMS e do IPI (Carvalho, 2013, 41; Melo, Lippo, 2008), “vã [a] tentativa de buscar semelhanças entre esses dois dispositivos parece toldar a visão do exegeta para inúmeras diferenças que os particularizam” (Carvalho, 2013, 41).

A esse respeito já esclarecia Ricardo Lodi Ribeiro que:

Diante de todo o exposto, ficou demonstrada que a não-cumulatividade do PIS e da COFINS segue disciplina constitucional própria, diversa daquela destinada ao ICMS e ao IPI, uma vez que as contribuições sociais em questão incidem sobre receita ou faturamento, realidade que não se confunde com a circulação de bens e serviços pela cadeia econômica.

Em consequência, a não-cumulatividade das contribuições incidentes sobre o faturamento é obtida a partir da dedução, em relação ao faturamento, das despesas necessárias para a produção do resultado econômico e auferimento da receita, a partir do modelo de dedução ‘base sobre base’ (RIBEIRO, 2004, 110).

Portanto, se a substituição do PIS/COFINS pela CBS visa, de fato, simplificar sua complexa legislação, modernizar a tributação para alcançar o valor adicionado e, com isto, seguir “as recomendações propostas pela OCDE para melhoria da qualidade do nosso sistema tributário” (Brasil, 2020a), como afirmado na Mensagem do PL 3887, é imprescindível esclarecer, via regras expressas, que *todos os custos* necessários ao desenvolvimento de uma atividade econômica gerarão crédito da CBS, o que, como evidenciado acima, não foi alcançado pela instituição da não-cumulatividade nas contribuições atuais, apesar de ter sido essa a principal preocupação constante na exposição de motivos da Medida Provisória nº 135:

EM n. 197-A/2003 – MF

1.1. O principal objetivo das medidas ora propostas é o de estimular a eficiência econômica, gerando condições para um crescimento mais acelerado da economia

brasileira nos próximos anos. Neste sentido, a instituição da Cofins não-cumulativa visa corrigir distorções relevantes decorrentes da cobrança cumulativa do tributo, como por exemplo a indução a uma verticalização artificial das empresas, em detrimento da distribuição da produção por um número maior de empresas mais eficientes – em particular empresas de pequeno e médio porte, que usualmente são mais intensivas em mão de obra. (BRASIL, 2003)

A questão do conceito de insumos no regime não cumulativo do PIS e da COFINS ainda é circundada pela insegurança jurídica, tanto que nem mesmo o julgamento do tema sob a sistemática de recursos repetitivos no STJ (2018) pacificou a controvérsia, ainda pendente no STF (2014), razão pela qual a proposta de instituição da CBS *deve* definir os conceitos de *bens e serviços vinculados à atividade empresarial*, é dizer, qual o método (base x base ou imposto x imposto) e critério (essencialidade, consumo, incorporação) a ser utilizado para a apuração, registro e utilização do creditamento na não-cumulatividade da CBS.

3. O CREDITAMENTO DA CBS E O REGIME MONOFÁSICO. LITÍGIO EM RELAÇÃO AO PIS/COFINS. SEGURANÇA JURÍDICA

A proposta de creditamento da CBS está condicionada à oneração dos bens e serviços adquiridos e também da receita bruta do contribuinte, nos termos do art. 11 do PL 3887, devendo, neste caso, serem anulados os créditos vinculados. Confira-se a regra sugerida:

Art. 11. É vedada a apropriação de crédito em relação a bens e serviços vinculados a receita não sujeita à incidência ou isenta da CBS, exceto nas hipóteses expressamente permitidas. (BRASIL, 2020a)

Um dos regimes especiais excluídos, portanto, da não-cumulatividade e direito ao creditamento da CBS é o monofásico, cujos setores econômicos a ele submetidos são aqueles estabelecidos nos artigos 8º e 10 das Leis nº 10.637 e 10.833, respectivamente, tendo sido reduzidos pelo artigo 32 do PL 3887 aos seguintes: combustíveis, gás liquefeito de petróleo – GLP, gás natural, cigarros e cigarrilhas. Para estes, a CBS terá alíquota fixa, conforme valores fixados no Anexo II do referido projeto (Brasil, 2020a), conforme art. 33.

Conquanto a proposta demonstre evolução legislativa em relação à legislação do PIS/COFINS por vedar, expressamente, que aqueles setores econômicos submetidos ao regime de tributação concentrada tenham direito ao creditamento de CBS, inobserva o método *base x base* “aplicado no regime não cumulativo da COFINS/PIS (muito diferente do método *imposto x imposto* adotado no ICMS/IPI e no IVA europeu)” (Afonso, Castro,

2020, 25), o que também foi destacado pela Ministra Regina Helena (STJ, 2018), a partir da interpretação sistemática do art. 17 da Lei nº 11.033 e do art. 3º das Leis nº 10.637 e nº 10.833.

Não se mostra razoável vedar o creditamento a partir de técnica manifestamente inaplicável às contribuições a serem substituídas pela CBS, especialmente se considerado que o tema já é litigioso, tendo sido reavivado no âmbito do STJ (2017), ao ter reconhecido o direito ao creditamento a partir da análise e interpretação sistemática do art. 17 da Lei nº 11.033, tendo prevalecendo o entendimento da Ministra Regina Helena, para quem os contribuintes no regime monofásico também têm direito àquele crédito de PIS e da COFINS.

Esse regime pode ser definido como uma técnica de tributação, na qual se concentra a incidência do PIS e da COFINS em uma única fase, no início ou no fim da cadeia produtiva, aplicando-lhe uma alíquota diferenciada (ad valorem ou fixa), mais elevada, sendo este encargo (majorado) incorporado ao preço final do bem adquirido para revenda ao consumidor final. As operações posteriores ou anteriores, respectivamente, são tributadas à alíquota 0%.

Como destacado por Karem Jureidini Dias (2013, 231), enquanto o ICMS e o IPI são impostos que incidem efetivamente sobre cada uma das operações mercantis realizadas pelas empresas, repercutindo o encargo financeiro sobre o consumidor final, pode-se dizer que a contribuição ao PIS e à COFINS afeta as operações de maneira indireta, uma vez que incidem sobre as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas e acabam refletindo no valor da operação por conta das regras de composição do custo da mercadoria vendida e/ou do serviço prestado.

Embora os créditos de PIS/COFINS se revistam de características ora de créditos físicos (efetiva entrada de bens/insumos), ora de créditos financeiros (com base em custos e despesas) e ora de créditos presumidos (expressamente concedidos e classificados pelas leis que regem as contribuições), se tratam nitidamente de créditos outorgados, revestidos das características de subvenção estatal (Scharlack, 2005, 67-68).

Até o julgamento do STJ (2017), estava uniformizado o seu entendimento no sentido de que não haveria direito a esse creditamento de PIS/COFINS neste regime concentrado, diante da aparente incompatibilidade entre os regimes não-cumulativo e monofásico, além da suposta inaplicabilidade do mencionado art. 17 da Lei nº 11.033/2004, que assim dispõem:

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

Em recentíssimo julgamento, o STJ, por maioria, reformou o entendimento firmado por sua 1ª Turma para declarar a incompatibilidade entre aqueles regimes monofásico e não-cumulativo porque “a carga tributária concentra-se numa única fase, sendo suportada por um único contribuinte, não havendo cumulatividade a se evitar” (STJ, 2021). Porém, ainda se encontram pendentes de análise recurso de embargos de declaração, apresentados pelo contribuinte, sendo, ademais, provável que a tese venha a ser analisada pelo STF.

A proposta de vedação expressa constante no citado art. 11 do PL 3887 não apresenta solução definitiva ao litígio em que se encontra envolto o tema do creditamento em regime monofásico do PIS e da COFINS, apesar de observar o entendimento firmado pelo STJ (2021), mas desconsiderar a especificidade daquelas contribuições e que não deixará de acompanhar a CBS, diante da sua natureza tributária e também por apresentar fundamento de validade (art. 195, CF) idêntico.

CONCLUSÃO

Conclui-se, no presente trabalho, que o tema reforma tributária brasileira sempre foi sensível, trabalhoso e enfrenta resistências técnicas e políticas. Porém, as PECs 45 e 110, bem como a sua Emenda Substitutiva nº 144 e o Projeto de Lei 3.887, apesar de todas as particularidades sintetizadas no primeiro item, contêm sugestões que buscam aproximar a atual legislação tributária aos princípios que devem reger este sistema, quais sejam: simplicidade, transparência, neutralidade e estabilidade jurídica.

As mudanças legislativas devem configurar contínua progressão, incentivando o desenvolvimento quantitativo e qualitativo da economia, sendo que mudanças mais pontuais, apesar de menos abrangentes, podem se tornar mais eficientes no curto e médio prazos, tornando mais complexas e incertas as mudanças sugeridas nas referidas Propostas de Emenda Constitucional, o que se evidencia pelo prazo de transação nelas indicado: 50 anos (Brasil, 2019a) ou 15 anos (Brasil, 2019b).

Especificamente em relação ao Projeto de Lei nº 3887 (Brasil, 2020a), foram analisadas as principais mudanças necessárias à substituição das contribuições ao PIS e à COFINS pela CBS, cuja hipótese de incidência proposta simplificaria a forma de tributação da receita bruta – faturamento, conforme definido pelo STF (2008) –, do

aproveitamento de créditos e realização da não-cumulatividade, excluindo-se os contribuintes sujeitos à regime especial monofásico de tributação pela CBS.

Entretanto, como destacado no tópico 2, a sugestão normativa de que “todo e qualquer crédito vinculado à atividade empresarial poderá ser descontado da CBS devida e os créditos acumulados serão devolvidos” (Brasil, 2020a) não soluciona definitivamente o que poderá ser equivalente aos atuais litígios judiciais sobre o conceito de insumos e o creditamento do PIS e da COFINS, a despeito do entendimento firmado pelo STJ (2018), diante da sua pendência no STF (2014).

Portanto, é necessário que sejam definidos com clareza e precisão técnicas os conceitos de bens e serviços “vinculados à atividade empresarial”, evitando-se a reiteração de discussões judiciais quanto à aplicabilidade dos conceitos de não cumulatividade do IPI, do ICMS ou mesmo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica à CBS.

No último tópico foi ponderado que a exclusão, expressa, dos contribuintes sujeitos à tributação concentrada do creditamento não-cumulativo da CBS é uma nítida evolução legislativa e poderia por fim à discussão atual (STJ, 2021).

Contudo, conquanto a premissa apresentada no PL 3887, especialmente nos artigos 11 e 37, adote a conclusão do STJ de que “a carga tributária concentra-se numa única fase, sendo suportada por um único contribuinte, não havendo cumulatividade a se evitar” (2021), não parece ter considerado que a não-cumulatividade do PIS e da COFINS adota o método base x base (Afonso, Castro, 2020, 25), já que não há referência sobre o tema no Projeto e nem mesmo na Mensagem de apresentação enviada ao Congresso (Brasil, 2020a).

O tema ainda encontra-se pendente no STJ, mas é provável que venha a ser enfrentado no âmbito do STF, cujo entendimento a ser firmado poderá impactar diretamente na proposta legislativa ou em inúmeros novos litígios, caso já esteja vigente, o que torna importante que, desde logo, sejam esclarecidos estes temas por regras claras e expressas.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto; CASTRO, Kleber. Automação e atenção fiscal. **Conjuntura Econômica**. Rio de Janeiro, v. 74, p. 22-25, 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n. 135, de 30 de outubro de 2003**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD11DEZ2002.pdf#page=173>>. Acesso em: 21/05/2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 45, de 03 de abril de 2019.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258196> Acesso em: 18/05/2021.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº 110, de 09 de julho de 2019.** Brasília: Senado Federal, 2019b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137699> Acesso em: 18/05/2021.

BRASIL. Congresso. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. **REFORMA TRIBUTÁRIA: COMPARATIVO DA PEC 45/2019 (CÂMARA) E DA PEC 110/2019.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2019c. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019> Acesso em: 20/05/2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.387, de 21 de julho de 2020.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258196> Acesso em: 18/05/2021.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Emenda Substitutiva Global nº 144, de 10 de agosto de 2020.** Brasília: Senado Federal, 2020b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137699> Acesso em: 18/05/2021.

BRASIL. Congresso. Comissão da Reforma Tributária. **Relatório Final.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/12/comissao-mista-da-reforma-tributaria-aprova-relatorio-final-e-encerra-trabalhos>. Acesso em: 18/05/2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Aspectos Polêmicos de PIS-COFINS** / coordenador Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Lex Editora: Centro de Extensão Universitária, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed., 1998.

Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil [CACB]. Notícias Simplifica Já. Disponível em <https://cacb.org.br/vice-presidente-da-camara-propoe-a-criacao-de-um-pacto-tributario-nacional/>, acesso em 21/05/2021.

COSTA, Mário Oliveira. **Aspectos Polêmicos de PIS-COFINS** / coordenador Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Lex Editora: Centro de Extensão Universitária, 2013.

DIAS, Karem Jureidini. **Aspectos Polêmicos de PIS-COFINS** / coordenador Ives Gandra da Silva Martins ; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Lex Editora: Centro de Extensão Universitária, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Aspectos Polêmicos de PIS-COFINS** / coordenador Ives Gandra da Silva Martins ; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Lex Editora: Centro de Extensão Universitária, 2013.

SOUZA, Hamilton Dias de; ÁVILA, Humberto; CARRAZZA, Roque Antônio Carrazza. **A reforma tributária que o Brasil precisa** - parte I. Consultor Jurídico (CONJUR). Opinião. 8 de novembro de 2019, 6h01.

MACIEL, Everardo. **Política Fiscal à Deriva.** Artigo publicado no jornal “O Estado de S. Paulo”, em 03/10/2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Grandes questões atuais de Direito tributário**. 18ª volume, São Paulo: Dialética, 2014.

MELO, José Eduardo Soares; LIPPO, Luiz Francisco. **A não cumulatividade tributária**. São Paulo: Dialética, 2008.

ORAIR, Rodrigo O.; GOBETTI, Sérgio W. **Reforma Tributária e Federalismo Fiscal**: Uma Análise das Propostas de Criação de um Novo Imposto sobre o Valor Adicionado para o Brasil. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, dezembro de 2019.

PONTES, Helenilson Cunha. **Ensaio de direito tributário**, volume II, São Paulo: MP editora, 2008.

RAUPP, F. M.; BEUREN, I. M. **Metodologia da pesquisa aplicável às Ciências Sociais**. In: BEUREN, I. M. Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 81-82; p.89; p.92.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Não-cumulatividade das Contribuições Incidentes sobre o Faturamento na Constituição e nas Leis**, Revista Dialética de Direito Tributário n. 111. São Paulo: Dialética, 2004.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **Aspectos Polêmicos de PIS-COFINS** / coordenador Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Lex Editora: Centro de Extensão Universitária, 2013.

SCHARLACK, José Rubens. **A Natureza Jurídica dos Créditos de PIS e Cofins Apurados no Regime de 'Não-cumulatividade'**, Revista Dialética de Direito Tributário n. 115. São Paulo: Dialética, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento**. In Gomes, Marcus Lívio, Schoueri, Luis Eduardo (org). V1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29-54.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 8ª edição, 2018).

Secretaria da Receita Federal do Brasil [SRFB]. **Instrução Normativa n. 247**, 26 de novembro de 2002. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15123>. Acesso em: 20/05/2021.

Secretaria da Receita Federal do Brasil [SRFB]. **Instrução Normativa n. 404**, 15 de março de 2004. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15304&visao=anotado>. Acesso em: 20/05/2021.

Superior Tribunal de Justiça [STJ]. **Recurso Especial n. 1.518.752/SC**, Relator: Ministro Herman Benjamin, acórdão publicado em 05/02/2016a. Brasília – DF. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2021.

Superior Tribunal de Justiça [STJ]. **Recurso Especial n. 1.642.014/RS**, Relator: Ministro Og Fernandes, autuado em 02/12/2016b. Brasília – DF. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23/05/2021.

Superior Tribunal de Justiça [STJ]. **Recurso Especial n. 1.051.634/CE**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Relatora para Acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Brasília – DF, publicado em 27/04/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2021.

Superior Tribunal de Justiça [STJ]. **Recurso Especial n. 1.221.170/RJ**, Relator: Ministro Napoleão Nunes, acórdão publicado em 24/04/2018. Brasília – DF. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2021.

Superior Tribunal de Justiça [STJ]. **Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.768.224/RS**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília – DF, publicado em 12/05/2021. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22/05/2021.

Supremo Tribunal Federal [STF]. **Recurso Extraordinário n. 585.235**, acórdão publicado em 28/11/2008. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília – DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2021.

Supremo Tribunal Federal [STF]. **Recurso Extraordinário n. 841.979**, distribuído em 09/10/2014. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília – DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2021.

Supremo Tribunal Federal [STF]. **Recurso Extraordinário n. 1.049.811**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2020. Brasília – DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23/05/2021.

OS DIREITOS INDÍGENAS EM DISPUTA NA ADPF 709: HÁ CAMINHOS POSSÍVEIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

*Erick Kiyoshi Nakamura*²⁸

SUMÁRIO: Introdução; 1. O controle judicial de constitucionalidade brasileiro: premissas, funções e limites do controle concentrado, em geral, e, em particular, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; 2. Os direitos dos povos indígenas na Constituição de 1988, as conquistas e as pendências de efetivação; 3. A destruição da promessa constituinte: a situação dramática dos povos indígenas no cenário corrente; 4. A proteção aos grupos vulneráveis posto à prova: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, tentativas de diálogos e buscas por tutela; Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo explora, por meio da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709, se o controle judicial de constitucionalidade concentrado permanece como instrumento hábil para que o Supremo Tribunal Federal atue, no cenário corrente, em prol da proteção de grupos vulneráveis, notadamente os povos indígenas. Para isso, empreende uma análise bibliográfica e documental sobre as premissas, funções e limites do controle concentrado, em geral, e, em particular, da ADPF; dos direitos garantidos aos povos indígenas pela Constituição; e da quebra da promessa constituinte. A partir disso, examina as movimentações processuais da ADPF nº 709, até o final de junho de 2021, para responder ao problema, em vista das virtudes e dos possíveis ensinamentos da ação. Demonstra-se que, nesta temática de constantes disputas, o projeto de destruição da promessa constituinte aos povos indígenas permanece na dianteira. E que, como um dos mecanismos de salvaguarda da Constituição, cabe à jurisdição constitucional, por meio de ações universalizáveis e dentro de sua esfera de competência, exercer o seu papel de concretizar e resguardar direitos fundamentais e humanos.

Palavras-chave: ADPF 709; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); Direitos dos povos indígenas; Jurisdição constitucional.

INDIGENOUS RIGHTS IN DISPUTE ON ADPF 704: ARE THERE PATHWAYS IN THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION?

ABSTRACT: This article seeks to explore, by analyzing the Breach of Fundamental Precept (ADPF) nº 709, the discussion of the concentrated judicial review, if it remains as an instrument capable for the actuation of the Federal Supreme Court, in the current scenario, on the protection of vulnerable groups, notably the indigenous peoples. Therefore, through a bibliographical and documentary analysis, it explores the premises, functions, and limits of the concentrated judicial review, in general, and, in particular, of the ADPF; the rights guaranteed to the indigenous peoples by the Constitution; and the breakdown of the constituent promise. After that, this paper analyses the procedural movements of the ADPF nº 709, until the end of June, to answer the problem, in view of the virtues, and the possible lessons from the case. Thus, it is concluded that, in a theme of permanent disputes, the project of destruction of the constituent promise remains strong. Also, as one of the instruments of protection of the Constitution, it is an obligation of the constitutional jurisdiction, by universalizable actions and in its jurisdiction competence, to exercise its job to realize and grant fundamental and human rights.

Keywords: ADPF 709; Breach of Fundamental Precept (ADPF); Rights of the indigenous peoples; Constitutional jurisdiction.

²⁸ Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com bolsa CAPES/PROEX. Pós-Graduando em Direito Constitucional pela ABDCOnst. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Editor-executivo da Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Editor Acadêmico da Revista Antinomias. E-mail: : erick.k.nakamura@gmail.com/erick.k.nakamura@protonmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8985-7267>

INTRODUÇÃO

São previstos importantes aportes na Constituição brasileira, promulgada em 1988, em relação aos direitos dos povos indígenas, frutos de intensos processos de luta que se refletem, mas não se esgotam, na constituinte. O paradigma por ela estabelecido rompe com a visão integracionista e a política assimilacionista até então vigentes na ordem jurídica e é arejado com o sistema protetivo dos direitos humanos no plano internacional.

Nas disposições constitucionais são estabelecidos o regime jurídico das terras indígenas, os deveres prescritos à União e os legitimados a pleitear, em juízo e fora dele, a garantia dos direitos. As terras de ocupação tradicional indígena, de posse permanente das comunidades, devem ser demarcadas e zeladas pela União, que igualmente deve proteger as suas diferentes organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições.

Importantes foram as conquistas, mas ainda mais candentes são as pendências. A advertência da Constituição Radical é aqui vista: a mera constitucionalização não basta, pois as disputas permanecem. Desde a promulgação da Constituição, as instituições (gradativa e insuficientemente) cumpriam os deveres constitucionais previstos quanto à matéria, destacando-se a atuação do Ministério Público Federal na fiscalização e na cobrança aos poderes constituídos.

Porém, novos desafios são apresentados à ordem constitucional e às instituições democráticas. Ainda que as gestões do Executivo Federal sempre tenham sido marcadas pela insuficiência de políticas públicas em relação aos povos indígenas e às comunidades tradicionais, leva-se, a partir de 2019, a cabo um projeto explícito de retroação de seus direitos fundamentais e humanos.

O advento da pandemia da COVID-19 em 2020 ressalta as muitas vulnerabilidades que esses povos vivenciam e que clamam por respostas: conforme apontado na Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, o surto é marcado pelas graves deficiências do sistema de saúde indígena e por falhas e omissões de órgãos estatais, bem como por um aumento exponencial, aquiescido e estimulado pelo governo federal, de violência às comunidades, invasões aos territórios, queimadas e desmatamento ilegal.

O controle de constitucionalidade é previsto para a garantia da supremacia da Constituição, em diferentes formas, agentes e momentos. Ainda que não seja uma opção ontologicamente ligada ao constitucionalismo, adota-se, no Brasil, o controle judicial como uma das possibilidades de controle e o controle concentrado como uma das possibilidades de controle judicial.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma das ações do controle concentrado, que permite o questionamento, de forma subsidiária, de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, para o fim de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental dele resultante.

Desde 2015, a utilização deste instrumento tem crescido substancialmente. O processo foi intensificado a partir de 2019, com demandantes, especialmente os de oposição, levando questões das quais saíram perdedores no debate político e que se constituiriam em violações aos direitos fundamentais ao controle judicial.

A ideia do Supremo Tribunal Federal como o principal, ou mesmo o único, meio de resguardo à Constituição é falha e em nada ajuda na discussão. A possibilidade de resposta da jurisdição constitucional aos assombros institucionais requer, primeiramente, o reconhecimento de suas falhas e de seus limites.

Certamente o Tribunal deu importantes decisões sobre direitos fundamentais nos últimos anos. Porém, na dramática situação da pandemia da COVID-19 aos povos indígenas, a tutela dada por meio da ADPF nº 709 se demonstrou suficiente para coibir a violação do governo federal em cumprir com o seu mandamento constitucional? A jurisdição constitucional e este mecanismo ainda guardam potencialidades para a resistência ao desmonte da ordem pátria?

São estas as perguntas que este artigo enfrenta. Para isso, são exploradas, no primeiro item, as premissas, funções e limites do controle concentrado, em geral, e, em particular, da ADPF. Alude-se, em seguida, aos aportes constitucionais conferidos aos povos indígenas na Constituição de 1988, suas conquistas e pendências de efetivação, bem como a dramática situação dos povos indígenas no presente cenário. Por fim, é explorada a ADPF nº 709, suas tentativas de diálogos e buscas por tutela, para responder à questão central levantada.

1. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: PREMISSAS, FUNÇÕES E LIMITES DO CONTROLE CONCENTRADO, EM GERAL, E, EM PARTICULAR, DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Os Estados Democráticos de Direito contemporâneos exigem respeito à supremacia da Constituição. Exigem, vale dizer, obediência a um conjunto de normas que distribuam o poder a diferentes órgãos estatais e que garantam direitos fundamentais. Esta premissa, mesmo que atualmente vista sob perspectiva crítica, na qual também se questiona a

legitimidade dos diferentes processos constituintes e o conteúdo substantivo dos textos constitucionais (LANDAU *et. al.*, 2019), mantém-se como um importante ponto de partida do constitucionalismo.

De partida, não de chegada. As discussões quanto às diferentes formas de se garantir a supremacia da Constituição não se reduzem ao controle judicial de constitucionalidade. Ao contrário, este sequer é condição lógica daquele, mas uma opção política compatível com a democracia, com suas virtudes e seus limites (MENDES, 2008; GODOY; CHUEIRI, 2017).

Os debates a respeito de quem seria o proeminente guardião da Constituição permearam as discussões teóricas do século XIX e do início do século XX. Na Alemanha no pós-Primeira Guerra Mundial, o maior protagonismo existente no Parlamento e o controle judicial de constitucionalidade foram alvo de críticas por Carl Schmitt (SCHMITT, 2007; 2008). Para ele, seria o Chefe do Poder Executivo, no caso, o Presidente do *Reich*, que deveria atuar como o “guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão”; ideário adotado naquele país, conforme observa Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, frente à derrocada do Parlamento de Weimar, “sequestrado pelo potencial desagregador dos partidos políticos” (FERREIRA, 2019, p. 71).

Ligado à ideia de Constituição no seu sentido político, a resistência de Schmitt ao controle judicial de constitucionalidade se dá pelo entendimento de que “a essência da Constituição não está contida em uma norma jurídica”, mas se fundamenta numa “decisão política do poder constituinte” (BERCOVICI, 2003, p. 196).

Hans Kelsen, por outro lado, apresenta críticas às teorizações schmittianas, apontando as incoerências de se conferir ao Presidente da República o poder de guarda da Constituição (KELSEN, 1998; 2003). O paradigma por ele apresentado confiava num Tribunal Constitucional o papel de desafiar os atos emanados pelos demais poderes, inaugurado com a Constituição austríaca de 1920.

A manutenção deste modelo em diversos países, como no Brasil, demonstra, como exemplificam Miguel Gualano de Godoy e Vera Karam de Chueiri (2016, p. 44), como “a influência de Kelsen na teoria constitucional permanece vigorosa”. Fato é, porém, que a Constituição de 1988 não adotou o modelo de Tribunal Constitucional pensado por Kelsen ao Supremo Tribunal Federal, mas conferiu a este um leque diverso de competências, dentre as quais se encontra a realização do controle concentrado de constitucionalidade.

Esta modalidade não é a única modalidade de controle judicial de constitucionalidade existente na ordem jurídica brasileira. Tampouco a única forma de controle, que se desenha em diferentes formas, agentes e momentos, mas uma delas.

Nela, concentra-se num órgão a possibilidade de expurgar normas e atos omissivos e comissivos do ordenamento que se repute inconstitucionais, seja por vícios quanto à forma, seja por vícios quanto à matéria.

As novas possibilidades que se abriram com a promulgação da Constituição no tocante à jurisdição constitucional, ainda que não exercidas em plenitude pelo Tribunal no início dos anos 90 (ARGUELHES, 2014), fizeram ganhar força na literatura a “doutrina brasileira da efetividade”. Esta, inspirada nos pensamentos de Konrad Hesse, defendia “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”; sendo este também um dever da jurisdição (BARROSO, 2014, p. 5).

O Poder Judiciário e, em especial, a jurisdição constitucional passaram a ter maior relevância na arena institucional, calcados na necessidade de se dar concretude às disposições constitucionais, notadamente quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais. Entretanto, este influxo levou a uma posição na qual o próprio Supremo Tribunal Federal se arrogou a uma posição de intérprete final da Constituição; paradigma que, como demonstram Miguel Godoy e Vera Chueiri (2017, p. 114-161), não se sustenta da reconstrução histórica do controle judicial de constitucionalidade e da leitura dos arranjos estabelecidos pela Constituição.

Os autores (2017, p. 134-137) apontam como é falsa a ideia pré-concebida de que este tipo de controle garante por si só a uma proteção de minorias e de direitos fundamentais, em referência à pesquisa “A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?”, que examinou todas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo STF no período de 1988 até 2012. Nesta, chegou-se à conclusão de que o controle concentrado, ao menos no período, “possui uma predominância jurisprudencial de argumentos formais ou de organização do Estado, cumulada com uma atuação ligada a direitos fundamentais cuja maior parte é ligada à garantia de interesses corporativos” (COSTA; BENVINDO, 2013, *online*).

Referidas críticas não têm como intuito deixar de lado a atuação do Judiciário. Ao contrário, reconhece-se que ele é um dos atores na tarefa de definição dos sentidos da Constituição, mas que essa deve ser “uma tarefa compartilhada entre os Poderes, as instituições e entre estes e o povo” (GODOY; CHUEIRI, 2017, p. 123). Não é, assim, o guardião da Constituição, mas deve ser um deles – deve aprimorar os seus processos decisórios e proferir, sem exceções, decisões que respeitem e obriguem o respeito à Constituição, sempre dentro da sua esfera de atuação.

No cenário corrente, o Tribunal assim tem sido chamado para atuar. Conforme

levantamento realizado por Carolina Brígido e Amanda Almeida, do *O Globo*, em 2019, uma tendência se demonstrou: das 333 ações referentes ao controle concentrado constitucionalidade, 91 foram ajuizadas por partidos políticos, sendo os de oposição ao governo federal os que mais o fizeram (BRÍGIDO; ALMEIDA, 2020). O padrão se repetiu em 2020, com os partidos políticos, especialmente os adversários ao governo, levando questões das quais saíram perdedores no debate político ao controle concentrado de constitucionalidade (BORGES; VIEGAS, 2020).

Como aludido, o acionamento da jurisdição constitucional se confere por meio de ações específicas, que possuem, cada qual, os seus legitimados e os seus ritos próprios. Dentre essas, encontra-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), acionada com frequência nos últimos cinco anos.

Nas discussões constituintes, referida ação passou a constar no texto a partir da apresentação da Emenda Substitutiva do Centrão nº 02040, na votação do primeiro turno em plenário, do Deputado Eraldo Tinoco, do Partido da Frente Liberal da Bahia, ao artigo que dispunha sobre a competência do Supremo Tribunal Federal. Aprovou-se, então, a proposta de inclusão de um parágrafo para dispor que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”, sem quaisquer modificações nas fases subsequentes da Constituinte (BRASIL (b), 2021, *online*).

A regulamentação desta ação – lacônica no texto constitucional – adveio onze anos depois, por meio da Lei nº 9.882/1999, fruto de um processo legislativo que, da proposição à sanção presidencial, levantou questões muito instigantes sobre o que consistiria (e sobre o que poderia consistir) (MENDES; BRANCO, 2016, p. 1294-1340). Por meio dela se pode desafiar, de forma subsidiária, lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, para o fim de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental dele resultante.

A utilização deste instrumento tem sido importante para que violações a direitos fundamentais sejam questionadas e combatidas. Por meio dela, por exemplo, o Tribunal entendeu ser inconstitucional a criminalização da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF nº 54, 2012) e impediu a prática de atos judiciais ou administrativos que possam violar a manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários (ADPF nº 548, 2018-20).

Para Thiago Luiz da Costa, a possibilidade dada pela jurisprudência de cabimento da ação “quando não existir outro instrumento mais eficaz para sanar a controvérsia”, abriu uma larga via de acesso que tem sido utilizada num crescente desde 2015. Em sua

avaliação, apesar das críticas ao uso político e ao alargamento das hipóteses de cabimento da ADPF, isso permite aos partidos políticos “acessar a jurisdição constitucional para tentar salvaguardar direitos de minorias – que nem sempre são considerados no Congresso” (HAIDAR, Rodrigo, 2021, *online*).

Fato é que há de se ter, conforme discorrido, uma visão menos idealista e ingênua do Supremo como o principal, ou mesmo o único, meio de resguardo à Constituição. Primeiro, porque em nada ajuda a visão do Tribunal como o guardião e o detentor da última palavra sobre os sentidos constitucionais. Segundo, porque igualmente prejudica vê-lo como o foro mais seguro para o combate às violações de direitos fundamentais e humanos, a despeito dos mecanismos processuais e materiais a seu dispor, dos limites dispostos à volatilidade de entendimentos frente à alteração de sua composição e do contexto político no qual esse se insere.

Inegável, portanto, que a jurisdição constitucional e este mecanismo devem – apesar de no plano real nem sempre serem – ser uma possibilidade, dentre muitas, para a garantia da supremacia constitucional. Emerge daí a necessidade de, tendo consciência dos limites destes instrumentos, vislumbrar se neles se afiguram potências para concretizar, ou ao menos resguardar, os direitos de grupos vulneráveis reconhecidos na Constituição.

2. OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, AS CONQUISTAS E AS PENDÊNCIAS DE EFETIVAÇÃO

Os direitos dos povos indígenas na Constituição brasileira, promulgada em 1988, não são banais ou meras repetições de textos anteriores. Ao contrário, as previsões textuais foram conquistadas por meio de intensas reivindicações desses povos, recheadas de lutas, resistências, retrocessos e avanços – das quais é importante se discorrer.

No período republicano, que se inicia em 1889, o direito dos “silvícolas” à posse permanente de suas terras e ao usufruto exclusivo de suas riquezas foi constitucionalmente previsto desde a Constituição de 1934. Entretanto, como analisa Luiz Henrique Eloy Amado (2015, p. 72-75), a ideia de todos esses atos normativos²⁹ foi a de uma visão integracionista, que entendia que a identidade sociopolítico cultural de cada comunidade desapareceria à medida em que essa se incorporasse à cultura hegemônica, considerada superior.

²⁹ A saber, do Código Civil de 1916, das Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, da Convenção nº 107 da OIT, de 1966, e do Estatuto do Índio de 1973.

O regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio foi devastador aos indígenas na Ditadura Militar. Sob a política desenvolvimentista da década de 1970, o governo militar buscou “emancipar” os índios que supostamente estariam integrados à comunidade, para “destituí-los de sua condição indígena e, por conseguinte, dos direitos sobre suas terras que desde a Colônia lhes eram assegurados”; ou seja, como “uma forma disfarçada de liberar as terras que ocupavam” (CUNHA, 2018, p. 430-431).

A resistência foi, como durante toda a história brasileira, uma constante; neste período, advieram importantes Organizações e Movimentos Indígenas, como a União das Nações Indígenas (UNI), criada em 1979. Com o declínio do regime militar e a expectativa de instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte, que iniciou seus trabalhos em 1987, os indígenas e os seus aliados batalharam, conforme ilustra Pádua Fernandes (2015, p. 150), sob intensa oposição, pela construção de um texto que refletisse verdadeiramente os seus direitos.

Essas disputas, iniciadas muito antes da constituinte, igualmente a marcaram, com severas resistências, conquistas e recuos durante toda a elaboração do texto constitucional (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 1-25). Na Comissão de Sistematização, o primeiro substitutivo apresentado pelo Relator da Constituinte, Deputado Bernardo Cabral, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro do Amazonas, sinalizou um severo retrocesso dos trabalhos realizados pelas Comissões anteriores (BRASIL (a), 2021, *online*). A redação, mantida até a votação em primeiro turno no plenário, foi alvo de pressões ainda mais intensas dos indígenas para que fosse alterada, as quais surtiram resultados (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 11-19).

Promulgada em 1988, a Constituição rompe com a visão integracionista e a política assimilacionista até então vigentes na ordem jurídica brasileira. Além dos artigos esparsos que tratam do tema, dedica, pela primeira vez nos textos constitucionais, um capítulo próprio à tutela jurídica indígena.

São reconhecidos aos indígenas os direitos originários, e imprescritíveis, sobre as terras em que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231, *caput*, §§ 1º e 4º e art. 67 do ADCT). As terras, bens da União, são inalienáveis e indisponíveis e se destinam à posse permanente dos povos, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 20, XI, e art. 231, § 2º). O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais podem, de forma excepcional, ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas,

ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (art. 231, § 3º).

Todos os atos, anteriores ou posteriores à Constituição, que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras, ou a exploração das riquezas naturais, são considerados nulos e extintos, ressalvado relevante interesse público da União, conforme dispuser lei complementar. Nestes casos, apenas as benfeitorias decorrentes de ocupação de boa-fé geram direito à indenização (art. 231, § 6º). A remoção dos povos de suas terras é autorizada tão-somente em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (art. 231, § 5º).

As culturas dos povos indígenas passam a não ser mais consideradas como transitórias, ou seja, como manifestações que futuramente sucumbirão à cultura hegemônica, num paradigma integracionista e assimilacionista. São, ao contrário, reconhecidas as diferentes organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições dos indígenas, sendo incumbência do Estado de as proteger (art. 231, *caput*, art. 215 e art. 216).

Incrementam-se as possibilidades de concretização desses direitos. Em sepultamento ao regime tutelar, os indígenas, suas comunidades e organizações passam a possuir legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (art. 232). A função de resguardá-los é, também, atribuída ao Ministério Público, em atuação extrajudicial, enquanto legitimado ativo e/ou enquanto terceiro interessado (art. 127, *caput*, e art. 232).

Portanto, são estabelecidos o regime jurídico das terras indígenas, os deveres prescritos à União e os legitimados a pleitear a garantia dos direitos previstos. Ainda, a temática se abre ao bloco de constitucionalidade, ou seja, é somada ao sistema protetivo dos direitos humanos no plano internacional por meio da cláusula de abertura constitucional (art. 5º, § 2º).³⁰

Então basta que a Constituição, enquanto norma hierarquicamente superior do ordenamento, compreendida em sua potência como bloco de constitucionalidade, seja cumprida pelos poderes constituídos – tendo, para isso, a jurisdição constitucional como um dos instrumentos possíveis?

Há que se levar em consideração a advertência feita por Vera Chueiri ao tratar sobre

³⁰ Dentre os instrumentos importantes à temática, destacam-se a a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, esta enquanto *soft law*.

a Constituição Radical. Há uma constante tensão entre “a constituinte (promessa) e a Constituição (real efetivação)”, razão pela qual é ingênua a crença “de que a Constituição é um texto ou outra, mais ingênua ainda, de que suas normas apaziguam as tensões do campo da política”, bastando a constitucionalização das relações sociais para que elas se realizem conforme a prescrição normativa (CHUEIRI, 2013, p. 25-26).

Esta tensão está presente neste tema. Nele, as disputas, prévias e concomitantes ao momento constituinte, não se acabaram; ao contrário, constantemente se transformam entre a Constituição efetiva (direitos e garantias constitucionais, jurisdição constitucional) e a como promessa (do jogo de forças entre diferentes projetos de poder relativos aos povos indígenas e suas terras).

3. A DESTRUIÇÃO DA PROMESSA CONSTITUINTE: A SITUAÇÃO DRAMÁTICA DOS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO CORRENTE

A partir da promulgação da Constituição, em 1988, surgiu um novo desafio: o de dar potencialidade aos direitos duramente conquistados pelos povos indígenas durante o processo constituinte. A questão contempla muitas complexidades e possibilidades de análise, uma vez que os deveres atribuídos à União em relação aos povos indígenas guardam, cada qual, severas contendas a serem dirimidas.

E são essas disputas que interessam a este artigo. O intuito deste item não é o de resumir tudo o que se realizou (e o que se deixou de realizar) no período pós-1988 até este momento. É o dar um breve panorama das constantes querelas entre diferentes atores políticos, das quais se obtiveram frutificações, mas, também, limitações e empecilhos à concretização de direitos.

O prazo previsto para demarcação das terras indígenas, de cinco anos a partir da promulgação da Constituição, vem sendo sistematicamente descumprido pelo Poder Executivo Federal. Em 2018, segundo levantamento do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) (2018, p. 36-39), das 1.290 terras indígenas, ao menos 821 aguardavam alguma providência do governo, o que corresponde a 63% do total.

A insuficiência de políticas públicas para a titulação e para a proteção dos indígenas e de suas terras levou por muitas vezes ao acionamento do sistema protetivo de direitos fundamentais e humanos, em âmbito nacional, por via do Poder Judiciário, e, em âmbito internacional, por via dos Tribunais Internacionais. A demora no processo de regularização das terras relativas ao Povo Indígena Xucuru, iniciado em 1989 e concluído apenas em 2007, foi considerada excessiva pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte

IDH), em violação ao direito à garantia judicial de prazo razoável (art. 8.1, CADH). Ainda, foi considerada injustificável a persistência, em 2018, de invasores do território, em descumprimento estatal ao direito à proteção judicial e ao direito à propriedade coletiva (artigos 25 e 21, CADH).

Neste período pós-redemocratização, vê-se que, mesmo que existentes, em alguma medida, ações para o cumprimento das ordens constitucionais, suas exiguidades estiveram presentes em governos federais de diferentes matizes ideológicos. A média anual de homologações de terras indígenas por gestão presidencial, por exemplo, demonstra que essas vinham ocorrendo segundo os trâmites administrativos, mas de forma aquém ao prazo estabelecido (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI), 2018, p. 39).

A situação, nesta medida, sempre passou longe do confortável ou do esperado, colocando-se num contexto de pressões de fazendeiros, posseiros ilegais e invasores das terras. Há, porém, outro ator institucional importante. Reestruturado enquanto órgão independente e autônomo, o Ministério Público Federal atribuiu à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão a defesa dos direitos e interesses dos povos indígenas e das comunidades tradicionais; câmara marcada por históricas atuações em favor desses grupos.

Verifica-se, assim, que, a despeito de não serem as ideais, as conquistas foram as possíveis num ambiente de constantes disputas entre os atores institucionais e sociais com diferentes projetos de poder e variadas forças para os impor. No governo Temer, a força da bancada ruralista e do agronegócio já se mostrava mais nitidamente, mas os avanços autoritários se colocaram de forma escancarada a partir das eleições presidenciais de 2018.

Num clima marcado por erosões democráticas em diversos países do mundo, por meio de fenômenos de constitucionalismo abusivo, de legalismo autoritário e de *lawfare*,³¹ uma candidatura guiada por ideais anti-democráticos e anti-constitucionais se projetou em 2018 no cenário brasileiro. Esta expressava explicitamente o seu projeto de retroação dos direitos de grupos vulneráveis, notadamente dos povos indígenas e das comunidades tradicionais.

Com a sua vitória nas eleições ao Executivo Federal, medidas contrárias à Constituição em face dos povos indígenas foram colocadas em prática. A demarcação de terras não só não é feita desde 2019, como tem a Funai sido “paulatinamente sendo

³¹ Estes fenômenos têm sido estudados pela literatura recentemente, frente a seus avanços em diversos países do globo. Para uma leitura inicial, ver: (LANDAU, 2013; SCHEPPELE, 2018; TIEFENBRUN, 2010).

fragilizada, seja na diminuição dos seus recursos orçamentários, seja no desmantelamento de sua estrutura fundiária, responsável pelos procedimentos demarcatórios”. Os procedimentos demarcatórios foram paralisados, tendo vinte e sete sido devolvidos à Funai pelo Ministério da Justiça para adequação à tese do marco temporal, a despeito da medida cautelar concedida dias antes no Recurso Extraordinário nº 1017365 (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI), 2020, p. 51-52).

A violência às comunidades, as invasões aos territórios por garimpeiros ilegais e por missionários, as queimadas e o desmatamento ilegal cresceram exponencialmente e, ainda mais, após o advento da pandemia da COVID-19 no Brasil em março de 2020, que devastou as comunidades. Segundo estimativa do Comitê Nacional pela Vida e Memória Indígena (2020, p. 4), “até novembro de 2020, mais de 41 mil indígenas foram contaminados pelo novo coronavírus, afetando mais da metade dos 305 povos que vivem no Brasil”.

Esta dramática situação ensejou o acionamento do sistema protetivo de direitos fundamentais e humanos, em diferentes frentes. A situação dos Povos Yanomami foi exposta por Davi Kopenawa perante o Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 02 de março de 2020; e não se encerrou ali. Entre aquele ano e o ano de 2021, os pedidos de tutela e as denúncias de violações de direitos foram levados ao âmbito internacional, frente à OEA e ao TPI. Além disso, os povos buscaram e buscam resguardar e garantir os seus direitos por meio do contato direto com as autoridades do Executivo Federal, dos canais de protestos à sociedade civil e do acionamento da jurisdição constitucional – como se deu na ADPF nº 709, tratada no item seguinte.

4. A PROTEÇÃO AOS GRUPOS VULNERÁVEIS POSTO À PROVA: A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 709, TENTATIVAS DE DIÁLOGOS E BUSCAS POR TUTELA

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), em conjunto com partidos políticos representados no Congresso Nacional (PSB, PSOL, PCdoB, REDE, PT, PDT), propuseram, no dia 1º de julho de 2021, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para que o Supremo Tribunal Federal determinasse à União Federal a tomada imediata de medidas frente à dramática situação da pandemia da COVID-19 em terras indígenas.

Em relação aos povos indígenas isolados ou de recente contato, postulou que fosse obrigada a tomar as medidas necessárias para que fossem instaladas e mantidas barreiras

sanitárias para proteção das terras e a providenciar Sala de Situação para gestão de ações de combate à pandemia, a qual deveria contemplar, em sua composição, representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas indicados pela APIB.

Em relação aos povos indígenas em geral, requereu que fosse determinado que o ente federativo tome todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores de sete terras indígenas,³² inclusive, se for o caso, com o auxílio das Forças Armadas; estenda os serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS a todos os indígenas no Brasil, inclusive os não aldeados (urbanos) ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas; e que ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) seja atribuída a tarefa de elaboração, homologação e fiscalização de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos, em vinte dias e com medidas concretas, com a participação de representantes dos povos e o auxílio técnico da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO).

Distribuída ao Ministro Roberto Barroso, este determinou a intimação do Presidente da República, do Procurador-Geral da República e do Advogado Geral da União, para manifestação no prazo comum e impostergável de 48 horas sobre o pedido de cautelar.

Prestadas informações nos autos, o Ministro, no dia 6/07/2021, deferiu parcialmente os pedidos liminares. Nesta, foi reconhecida a legitimidade ativa da APIB, em superação ao entendimento pregresso que limitava as entidades de classe às de representação de categoria profissional e econômica, e foram considerados preenchidos os requisitos de existência de ameaça a preceito fundamental e de subsidiariedade da ação.

A decisão estabeleceu como premissas a urgência da proteção do direito à vida e à saúde dos povos indígenas, sob os princípios da precaução e da prevenção; a necessidade de estabelecimento de um diálogo institucional entre o Judiciário e o Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e a imprescindibilidade de um diálogo intercultural entre os realizadores das políticas e os povos indígenas, com fulcro na Constituição de 1988 e na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A ideia de um diálogo institucional é trazida pelo Ministro Relator em razão das possíveis limitações das capacidades institucionais do Tribunal, uma vez que são imprescindíveis a expertise técnica e experiência de múltiplas instituições e agentes para

³² Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-EuWau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trinchira Bacajá.

a elaboração das políticas, pois muitos dos problemas apresentados existem há décadas. Entendeu, por isso, ser imprescindível a interlocução proposta, sempre com a participação dos afetados.

A partir disso, determinou a criação de uma Sala de Situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas isolados ou de recente contato, composta por autoridades indicadas pela União, membro da Procuradoria-Geral da República (PGR), da Defensoria Pública da União (DPU) e por representantes indígenas indicados pela APIB, com o estabelecimento de prazos para a indicação de membros e para a convocação, designação e realização da primeira reunião.

A extensão dos serviços do Subsistema do SUS foi imediatamente determinada aos povos aldeados situados em terras não homologadas e aos povos indígenas localizados em área urbana, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral. À União foi atribuído o dever de, no prazo de 30 dias, elaborar e monitorar um *Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros*, com a participação do CNDH e dos representantes das comunidades. Este plano, a ser homologado em juízo, deveria obrigatoriamente incluir a criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em territórios de povos indígenas isolados ou de recente contato, ouvidos os membros da Sala de Situação, e, em relação aos povos indígenas em geral, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades ou providência alternativa apta a evitar o contato.

Desde então, a liminar, referendada pelo Plenário do Tribunal,³³ e a sua execução têm ensejado severas discussões na literatura. De um lado, é festejado o reconhecimento da legitimidade ativa da APIB para o acionamento da jurisdição constitucional, como uma possibilidade de “aprimoramento da participação democrática e da dimensão deliberativa da democracia” (GOMES *et. al.*, 2020, *online*), bem como a admissão de diferentes entidades como *amicus curiae*. Por outro, são alvo de críticas as dificuldades apresentadas para o cumprimento das medidas, ainda presentes no momento de redação deste artigo, pela letargia da União em delinear e cumprir com medidas efetivas e, diante deste cenário, pelo passivismo judicial, oficialmente justificado por uma atuação institucional dialógica.

O Plano apresentado pela União no dia 29/07/2020 foi encaminhado para a APIB, a PGR, a DPU e o CNJ, que se manifestaram. Com base nisso, no dia 06/08/2020, o Ministro solicitou adequações, no tocante às barreiras sanitárias, e a informação sobre o cumprimento da cautelar, no que diz respeito à extensão do Subsistema de Saúde

³³ Restaram parcialmente vencidos o Ministro Edson Fachin, que deferia os pedidos em maior extensão, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que atentava aos seus pares à necessidade de fixação de prazos.

Indígena, a serem apresentados em até oito dias corridos.

Apresentada segunda versão do Plano no dia 14/08/2020, foi determinada a colheita de manifestações dos interessados e a complementação de informações pela União, no prazo de 48 horas. Novamente insuficiente e genérico, abriu-se prazo à União para a disponibilização de dados epidemiológicos até 28/08/2020; e até 07/09/2020 para apresentação de uma terceira versão do Plano.

O Ministro, no dia 31/08/2020, homologou parcialmente o Plano de Barreiras Sanitárias apresentado pela União, realizando diversos ajustes de objeto, prazo e condições, conforme as demandas das entidades. Determinou, ainda, o restabelecimento da Sala de Situação, com reuniões periódicas, para o seu contínuo aprimoramento e monitoramento.

Apresentado um segundo Plano Geral, e colhidas manifestações, o Ministro pontuou, no dia 21/10/2020, que, neste particular (Plano Geral, e não Plano de Barreiras Sanitárias), “tem-se encontrado enorme dificuldade de avançar”, razão pela qual determinou a elaboração de uma terceira versão, no prazo máximo de 20 dias, além de outras medidas.

No dia 1/12/2020, o Ministro consignou que, se confirmado o quadro de não implantação de barreiras sanitárias em Terras Indígenas (TIs), estaria caracterizado o descumprimento da medida cautelar; determinando-se à União a convocação de reunião extraordinária da Sala de Situação; a informação de todas as barreiras sanitárias integrantes das Prioridades 1 e 2 pendentes de implementação ou suspensas; e o esclarecimento e comprovação das razões do descumprimento da decisão.

Com a apresentação da terceira versão do Plano Geral, o Ministro entendeu, no dia 18/12/2020, ser necessária sua execução provisória pela União, mas negou a homologação, determinando-se a apresentação de novo Plano até 08/01/2021, com ajustes específicos.

Ao analisar as movimentações da ação até este momento, Luiz Guilherme Arcaro Conci e Bruno Luis Talpai concluíram que a “disposição ao diálogo e à construção coletiva das políticas públicas exigida não tem ocorrido a contento, o que mostra, claramente, que a postergação de decisões coercitivas, neste caso, tem produzido resultados insuficientes para a proteção das comunidades”; sendo, no particular, necessária a adoção de uma postura coercitiva, pois apesar de sempre existir conflitos de interesses em construção de políticas públicas, a urgência restaria candente em razão da pandemia (CONCI; TALPAI, 2020, p. 24-36).

No início de 2021, o Ministro determinou que fosse expedido ofício à PGR e ao

Ministério da Justiça e Segurança Pública para a apuração de indícios da oferta à venda de porção de terra alegadamente localizada na Terra Indígena Uru Eu Waw Waw, conforme veiculação jornalística. Na sequência, suspendeu a Resolução nº 4/2021 da Funai, que impôs critérios de heteroidentificação aos povos indígenas, e homologou parcialmente o Plano Geral, determinando a apresentação, em apartado, de Plano de Isolamento de Invasores, no prazo de 5 dias, e de Plano de Monitoramento, no prazo de 15 dias. Apresentadas, todas estas foram rejeitadas em decisão de 16/06/2021.

Ainda, deferiu-se nova cautelar, em face de novas informações apresentadas pelas entidades, para determinar à União a adoção imediata de todas as medidas necessárias à proteção da vida, da saúde e da segurança das populações indígenas que habitam as TIs Yanomami e Mundurucu, posteriormente referendada pelo Plenário, no dia 21/06/2021, em Sessão Virtual.

Ao tratar do assunto, o relator consignou em decisão que registrava “com desalento o fato de que as Forças Armadas brasileiras não tenham recursos para apoiar uma operação determinada pelo Poder Judiciário para impedir o massacre de populações indígenas”. Para Conrado Hubner Mendes, a resignação choca, e este processo demonstra que um “diálogo institucional”, de boa-fé, não funciona com governo de má-fé”, sendo do interesse do governo este “inconsequente ping-pong do STF”; pois, neste diálogo, “um finge que manda, o outro finge que obedece” (MENDES, 2021, *online*).

Passados mais de doze meses do deferimento da primeira cautelar, e a despeito das movimentações processuais constantes, não há apresentação de Plano Geral, nos termos definidos pelo Relator, nem de Plano de Isolamento de Invasores e de Plano de Monitoramento. Homologadas parcialmente, a terceira versão do Plano de Barreiras Sanitárias e a quarta do Plano Geral guardam severos indícios de descumprimento pela União, não mostrando sequer ser possível contar com os auxílios, de forma integral, dos órgãos indigenistas e das Forças Armadas.

CONCLUSÃO

Na dramática situação da pandemia da COVID-19, as buscas por tutela dos povos indígenas na ADPF nº 709 não arrogaram ao Supremo Tribunal Federal o papel de único guardião da Constituição. Ao contrário, as decisões proferidas pelo Ministro Barroso foram pautadas pela busca de diálogos com os poderes competentes; do Tribunal como um facilitador, confiante “na capacidade de o governo e as comunidades indígenas construir um consenso”.

A posição tem um claro viés prático. A despeito de a Constituição vigente promover uma mudança paradigmática sobre os direitos dos povos indígenas e trazer potencialidades, a situação sempre passou longe do confortável ou do esperado. Ao mesmo passo em que eram lentas as suas conquistas, diuturnas se mostravam as violações aos seus direitos. Há, aqui, um demonstrativo da Constituição Radical: a tensão no tema não se esgotou com a promulgação da Constituição, mas permaneceu, de diferentes formas, em diferentes contextos. A situação atual de ameaça aos direitos de grupos vulneráveis não é ignorada nos cálculos estratégicos do Ministro e nas suas decisões.

O descumprimento dos deveres da União atribuídos pela Constituição para a proteção dos povos indígenas, que se demonstra de forma patente na pandemia da COVID-19, não é ocasional, fruto de incompetência ou mesmo de conivência de acordos com determinados setores sociais. É de assunção de um projeto Anti-Índígena pelo Poder Executivo Federal, que invariavelmente contamina órgãos indigenistas e setores das Forças Armadas.

Este é um dos desafios que se coloca ao cenário constitucional brasileiro. No caso, a demanda urge, pois trata de direito à vida e à saúde das comunidades indígenas, e, neste contexto pandêmico, de sua própria existência. Se estes problemas, complexos e persistentes, não eram facilmente equacionados, tem de ser resguardados num cenário ainda mais desafiador.

Há, aqui, de se retomar as ideias iniciais: os direitos têm de ser reivindicados, como os povos indígenas e seus aliados têm feito, por diferentes meios, nacionais e internacionais, institucionais e de protestos, dentre os quais pode se encontrar a jurisdição constitucional. A análise da ação guarda frustrações, mas demonstra caminhos possíveis.

A admissão da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) como legitimada ativa para a propositura de ações do controle concentrado, numa superação à jurisprudência defensiva do Supremo, e a admissão de diferentes entidades como *amicus curiae* abrem importantes portas para a democratização da jurisdição constitucional. A prolação das decisões sobre a análise dos Planos apresentados pela União posteriormente à manifestação da APIB, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e do Conselho Nacional de Justiça, também.

Isso porque estas entidades e órgãos não falaram no vazio. Seus argumentos foram e estão sendo considerados não apenas para a homologação ou não do Plano, mas para a sua incorporação e/ou retificação, e para a apuração de novas denúncias. Internamente o diálogo institucional e intercultural tem se mostrado frutífero, na medida em que as vistas

são abertas com prazo certo e as decisões, expedidas com celeridade e com clareza redacional, consideram e dialogam com as manifestações exaradas.

Externamente, não se goza da mesma sorte. Conquanto sejam justificáveis as realizações de reajustes dos Planos, o não atendimento das determinações específicas pela União deve ser passível de sanções processuais, como, por exemplo, a fixação de *astreintes* até o atendimento do determinado judicialmente e/ou a correção de ofício e homologação dos Planos, nos termos requeridos, como já se procedeu. Ainda pior, o desatendimento dos planos homologados deve acarretar aos agentes públicos responsáveis as consequências do descumprimento de decisões judiciais, inclusive em termos criminais, respeitados o funcionamento do sistema de justiça e as limitações e imunidades constitucionais.

Se sempre se encontra num cenário de disputas, de tensão entre constituinte e constituído, infelizmente, nesta temática, o projeto de destruição da promessa constituinte aos povos indígenas permanece na dianteira. À jurisdição constitucional cabe, por meio de ações universalizáveis e dentro de sua esfera de competência, exercer o seu papel de concretizar e resguardar direitos fundamentais e humanos; a vida, pois, requer da gente coragem.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, Júlio José. O processo constituinte de 1987/1988 e a leitura intercultural da Constituição. **Revista Eletrônica da OAB-RJ**, Edição Especial de Direito e Povos Indígenas, 2018, v. 1, p. 1-25.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, nº 1, p. 25-45, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: DEL NERO, Patrícia Aurélia; GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da. (Org.). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. 1 ed. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2014, p. 1-27.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003.

BORGES, Laryssa; VIEGAS, Nonato. Partidos criticam judicialização, mas entram com mais de 300 ações no STF. **Revista Veja**, 30 dez. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/partidos-criticam-judicializacao-mas-entram-com-mais-de-300-acoes-no-stf/>. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. **Quadro histórico artigo 231 da Constituição Federal de 1988**. [Mensagem institucional]. 2021a. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/36880>. Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. **Quadro histórico artigo 102 da Constituição Federal de 1988**. [Mensagem institucional]. 2021b. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37379>. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão do Ministro Roberto Barroso). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF**. Requerentes: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e PSB, PSOL, PCdoB, REDE, PT, PDT. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 08 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF**. Requerentes: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e PSB, PSOL, PCdoB, REDE, PT, PDT. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, julgado em: 05 ago. 2020, DJe: 07 out. 2020.

BRÍGIDO, Carolina; ALMEIDA, Amanda. Em 2019, partidos foram mais ativos do que a própria PGR em ações no STF. **O Globo**, 04 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/em-2019-partidos-foram-mais-ativos-do-que-propria-pgr-em-aco-es-no-stf-24171369>. Acesso em: 05 jul. 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 58, p. 25-36, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison**: uma leitura crítica. Curitiba: Juruá, 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano. A atualidade de Kelsen para pensar a jurisdição constitucional no Brasil, o velho debate sobre o guardião da Constituição. In: Cecilia Caballero Lois; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). **Da Teoria da Norma à Teoria do ordenamento**: o positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016, v. 1, p. 44-55.

COMITÊ NACIONAL PELA VIDA E MEMÓRIA INDÍGENA (Org.) **Nossa luta é pela vida**. [S.l.]: APIB, 2020. 110 p.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; TALPAI, Bruno Luis. Um estudo sobre a ADPF 709: entre legitimidade democrática e paralisia decisória. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 04, n. 61, Curitiba, p. 728-732, 2020.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI) (Org.). **Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2018**. [S.l.]: CIMI, 2019. 156 p.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI) (Org.). **Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2019**. [S.l.]: CIMI, 2020. 216 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Publicado em 05 fev. 2018.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (2013). **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Relatório de Pesquisa financiada pelo CNPq (2011-2013).

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 429-443, dez. 2018.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. TERRA INDÍGENA E legislação indigenista no Brasil. **Cadernos de Estudos Culturais**, v. 7, n. 13, p. 65-84, abr. 2015.

FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. **InSURgência: Revista De Direitos E Movimentos Sociais**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 142-175, 2015.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: o caso brasileiro no divã. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

GOMES, Camilla; LOPES, Eduardo; PONTES, João. Democracia e saúde: o acesso dos povos indígenas ao Supremo Tribunal Federal na pandemia da Covid-19. **Blog DADOS**, 21 ago. 2020. Disponível em: <http://dados.iesp.uerj.br/democracia-e-saude-dos-povos-indigenas/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

HAIDAR, Rodrigo. "ADPF é usada para colocar em movimento debates barrados no Poder Legislativo". **Consultor Jurídico**, 12 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-12/entrevista-thiago-luiz-costa-pesquisador-uso-adpfs>. Acesso em: 05 jul. 2021.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LANDAU, David E. Abusive Constitutionalism. **Davis Law Review**, v. 47, nº 1, p. 189-260, 2013.

LANDAU, David E.; DIXON, Rosalind; ROZNAI, Yaniv. From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras. **Global Constitutionalism**, v. 8, n. 1, p. 40–70, março 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Quando o STF finge que manda, governo finge que obedece. **Folha de S. Paulo**, 09 jun. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2021/06/quando-o-stf-finge-que-manda-governo-finge-que-obedece.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 85, n. 2, p. 545-584, 2018.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TIEFENBRUN, Susan W. The semiotic definition of lawfare. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 43. n. 1, p. 29-60, 2010.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DAS CORTES SUPREMAS NAS DEMOCRACIAS

Fernando Natal Batista³⁴

“(…) a jurisdição constitucional opera na interface de legislação e aplicação do direito, direito e política” (Dieter Grimm. *Constituição e Política*. Editora Del Rey, 2006, p. 16).

Sumário: 1. Introdução ao tema; 2. Contextualização da jurisdição constitucional; 3. A depreciação no emprego popular do termo ativismo judicial para mitigar o exercício da jurisdição constitucional pelas Cortes Supremas; 4. A tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia: o seu viés negativo consubstanciado quando há uso ideológico-partidário das Corte Supremas; 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO AO TEMA.

O presente estudo tem como escopo discorrer brevemente sobre a teoria da jurisdição constitucional (*judicial review*), que legitimou a adjudicação das questões políticas pelas Corte Supremas, consolidando a judicialização dos direitos fundamentais como um fenômeno constitucional irreversível no âmbito do Estado de Democrático de Direito. Como recorte metodológico, aborda-se, sobretudo na crise democrática, à luz do trabalho desenvolvido por DAVID LANDAU, professor do *College of Law* da *Florida State University*, o seu papel potencialmente abusivo na legitimação de governos antidemocráticos.

O tema se justifica dada a sua atualidade e relevância contextual, bem como tem gerado reflexões sobre o papel proativo nas democracias da jurisdição constitucional, partindo, para tanto, da premissa defendida pelo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO³⁵ de que “a *idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes*”.

Por fim, após a exposição da jurisdição constitucional como ferramenta fundamental na transformação dos valores fundamentais, mormente por oferecer os mecanismos

³⁴ O autor é Assessor de Ministro do STJ. É Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa - IDP (linha de pesquisa: Direito Processual Civil na Ordem Constitucional). É membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil - ABPC. É autor do livro: A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimação do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional, publicado pela Editora JusPodivm (2018). É professor da Graduação em Direito, da Especialização em Direito Processual Civil do IDP e do curso de L.L.M. Processo e Recursos nos Tribunais do IDP. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1575-7383>

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >. Acesso em: 01 de agosto de 2021.

necessários para a efetivação de uma sociedade mais justa e digna, examinou-se as hipóteses em que, de fato, o seu exercício pode provocar a ruptura da democracia, particularmente quando há o uso ideológico e partidário das Corte Supremas.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como leciona RAINER WAHL³⁶, a ideia de que a Constituição constitui a autoridade máxima de um dado ordenamento jurídico positivo é tão antiga como a própria ideia de Constituição e a luta para a fixação expressa de *normas fundamentais*. Todavia, as figuras da *inconstitucionalidade* e da *hierarquia* das normas jurídicas não foram desde o início devidamente consideradas no pensamento jurídico-constitucional.

Historicamente, as premissas da atuação judicial na esfera da política pública remontam às ideias expostas e defendidas por ALEXANDER HAMILTON, no *federalist paper* n.º LXXVIII, de que a Constituição **é e deve ser** considerada pelos magistrados como lei fundamental e, ainda, que “todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade”³⁷; competindo, portanto, aos tribunais judiciários e aos juízes determinarem o sentido da Constituição e a interpretação da legislação em sua conformidade, inobstante o *judicial review*, ainda hoje, receba críticas de doutrinadores, podendo-se elencar, por exemplo, o posicionamento defendido por JEREMY WALDRON³⁸ que, no artigo *The Core of the Case Against Judicial Review*, publicado no *The Yale Law Journal*, sustenta a ideia de que não há razoabilidade na afirmação de que os direitos individuais ou fundamentais teriam maior proteção no âmbito do judiciário do que nas arenas políticas e, independentemente do resultado alcançado pelos juízes, ele seria democraticamente ilegítimo³⁹.

³⁶ WAHL, Rainer. A primazia da Constituição. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60193/58510>. Acesso em 01 de agosto de 2021.

³⁷ HAMILTON, Alexander. *O federalista / Hamilton, Madison e Jay*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 459.

³⁸ WALDRON inicia o artigo citado com uma pergunta crucial: *Should judges have the authority to strike down legislation when they are convinced that it violates individual rights?* E responde: *in many countries they do*. Contudo a proposta do estudo é outra: *this essay will argue that judicial review of legislation is inappropriate as a mode of final decisionmaking in a free and democratic society*. (WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review in: The Yale Law Journal*, n. 115, 2006, p. 1346-1406).

³⁹ WALDRON (2006, p. 1.353): “*In this Essay, I shall argue that judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights*”.

Não obstante, contrapondo-se ao pensamento acima alinhavado, JÜRGEN HABERMAS⁴⁰, por meio de sua teoria da democracia deliberativa (o discurso enquanto agir comunicativo), de forma conciliadora, argumenta que existe um espaço para um controle de constitucionalidade judicial desde que se promova a maior participação dos afetados no processo de tomada de decisões (por meio da interação da autonomia pública e privada).

A politização das Supremas Cortes decorre do próprio exercício interpretativo da Constituição, de modo que, como afirma RONALD DWORKIN, a democracia não pode ser reduzida apenas à regra do sufrágio da maioria, pois existem hipóteses em que a posição majoritária deve ser limitada pelo sistema jurídico no intuito de se preservar o Estado e proteger os direitos sensíveis à continuidade da democracia constitucional. No mesmo sentido, DOMINIQUE ROUSSEAU, professor da *Université Panthéon-Sorbonne*, ao explicar a teoria da *démocratie continue*⁴¹ (democracia continuada), afirma que “a constituição que apoia a democracia já não é a constituição que garante os direitos fundamentais através da separação dos poderes, mas que os garante por meio do controle judicial de constitucionalidade”, ou seja “já não é a constituição-separação de poderes, mas a constituição-direitos fundamentais.”

Com efeito, a jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele, pois, como pondera HANS KELSEN⁴², a anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição.

No constitucionalismo, constituiu-se, portanto, legítima a interferência da jurisdição constitucional nas decisões políticas de outros poderes, quando, mediante provocação, as Cortes Supremas atuam na implementação de direitos fundamentais baseada na ordem jurídica vigente (princípios e regras), pois, como leciona LUIZ GUILHERME MARINONI⁴³, “as Cortes Supremas, atualmente, não têm função de investigar e declarar a norma contida

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Trad. Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁴¹ ROUSSEAU (2008): “*Puisque la protection des droits n’est pas mécaniquement garantie par le jeu de la séparation des pouvoirs, elle le sera donc par un mécanisme spécial, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, c’est-à-dire, la possibilité pour un juge de sanctionner les atteintes portées par le législateur aux droits constitutionnels. La constitution qui porte la démocratie n’est donc plus la constitution qui garantit les droits fondamentaux par la séparation des pouvoirs, mais qui les garantit par le contrôle de constitutionnalité; ce n’est plus la constitution-séparation des pouvoirs mais la constitution-droits fondamentaux.*” (ROUSSEAU, Dominique. *Constitutionnalisme et démocratie. Essais de 19 de septembre de 2008*. Disponível em: <https://laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>. Acesso em 01 de agosto de 2021).

⁴² KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

na lei, mas de editar a partir do texto da lei – mediante valoração e decisão – a norma que melhor responde à Constituição e o valores da sociedade”.

Isso porque, como arremata⁴⁴:

A evolução da teoria do direito e da teoria da interpretação, bem como o impacto do constitucionalismo sobre o conceito de direito, deixam claro que o intérprete elabora a norma jurídica a partir do texto da lei. A ideia de interpretação que revela o sentido exato da lei é substituída pela de atribuição de sentido ao direito, passando a ser essa a função das Cortes Supremas. Embora todos os juízes interpretem a lei, é a Corte Suprema quem define a sua interpretação e, nesses termos, atribui-lhe sentido.

Logo, no Estado Democrático de Direito, fundado no texto constitucional, é indispensável que o Judiciário, dentro de suas competências constitucionais, atribua sentido real aos textos legais e garanta a concretização dos direitos fundamentais nos termos dos valores que norteiam a vida social.

2. A DEPRECIAÇÃO NO EMPREGO POPULAR DO TERMO ATIVISMO JUDICIAL PARA MITIGAR O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PELAS CORTES SUPREMAS.

O termo doutrinário “ativismo judicial”, como alerta o professor PAULO GUSTAVO GONET BRANCO⁴⁵ foi concebido de forma superficial e, dado o seu apelo midiático, rapidamente difundido:

A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a Fortune, “entre propagandas de whisky e Aqua Velva”. O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao Tribunal. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade.

Em cinco páginas, o autor separava os juízes em dois grupos diferenciados pelos rótulos de “ativistas judiciais” e de “campeões da auto-contenção” (*self-restraint*). A nenhuma dessas etiquetas era devotada alguma reflexão conceitual ou metodológica. Não havia explicação por que, por exemplo, Hugo Black e William Douglas haviam recebido o carimbo de ativistas, senão, no que é interpretado como um impulso de rivalidade universitária. Schlesinger, de Harvard, atribuiu a Black laços com o “cinismo sobre um Judiciário objetivo, particularmente dominante na Escola de Direito de Yale”.

⁴⁴ MARIONI, 2017, p. 81.

⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

O ativismo judicial passou, posterior e prosaicamente, a ser nominado sempre que o Poder Judiciário, ainda que dentro de sua esfera institucional de atuação, buscasse uma sobreposição de posicionamento político (até mesmo pessoal) em detrimento de outro ramo de poder⁴⁶, podendo, ainda, ser descrito como uma atitude, uma escolha ou um comportamento dos magistrados e dos tribunais no sentido de revisar temas e questões, *prima facie*, de competência de outros poderes⁴⁷.

O protagonismo constitucional das Corte Supremas, todavia, não pode ser reduzido ou confundido como a mera opção de vaidade dos atores envolvidos. Traduz-se, na verdade, na transformação e na evolução da moderna teoria da separação dos poderes, tendo o ordenamento constitucional modificado sensivelmente o relacionamento entre os ramos de poder, levando para o âmbito de atuação dos tribunais o exame pontual das políticas sociais juridicamente asseguradas à sociedade.

Resta, porém, a dúvida semântica: como se pode conceituar o **ativismo judicial**? E, ainda, como podemos afirmar tecnicamente que determinada corte judicial, seja ela constitucional ou não, adotou um comportamento ativista?

A doutrina apresenta, para tanto, duas soluções: uma concepção **unidimensional** e outra **multidimensional** de como se verificar e compreender o ativismo judicial.

CASS SUNSTEIN⁴⁸, festejado professor de Harvard, adota uma concepção **unidimensional** associando o termo à frequência pela qual uma corte judicial anula as ações políticas dos demais poderes de governança erigidas após o processo democrático, substituindo-as pelas suas próprias decisões.

⁴⁶ “No direito, o momento da tentação da política, segundo R. Bork, é o momento da escolha, quando o operador do direito percebe que o seu ponto de vista de justiça, ou de moral, pessoalmente imperativo, não foi total ou suficientemente abrigado pela lei, ou em algum dispositivo da Constituição. Ele tem de escolher então entre sua versão de justiça e sua vinculação à norma de direito” (GUEDES, Néviton. *O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao> >. Acesso em: 01 de agosto de 2021).

⁴⁷ BARROSO: “(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (Obra citada).

⁴⁸ “Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível” – livre tradução - (SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes: Why extreme right-wing Courts are wrong for América*, New York: Basic Books, 2005, p. 32).

Por sua vez, BRADLEY CANON⁴⁹ defende uma proposta multifacetada de **seis dimensões** sobrepostas para se identificar a postura ativista dos tribunais.

São elas: 1) **majoritarismo** – invalidação pelas cortes de justiça de decisões políticas tomadas no exercício do poder democrático; 2) **estabilidade interpretativa** – frequência com a qual o tribunal modifica seus julgamentos ou interpretações anteriormente expostas; 3) **fidelidade interpretativa** – grau em que os dispositivos constitucionais são interpretados de modo contrário às intenções do legislador; 4) **distinção entre o processo substantivo e democrático** – o grau em que as decisões judiciais impõem políticas substantivas ao invés de preservar o processo político democrático; 5) **especificidade de política** – quando a decisão judicial estabelece, por si só, políticas públicas, substituindo o exercício da discricionariedade de outras agências governamentais ou de particulares; e, por último, 6) **disponibilidade para substituição das decisões políticas tomadas por outros agentes** – grau com que uma decisão judicial substitui decisões políticas sobre a mesma questão firmada por uma agência do governo.

A adoção da concepção **multidimensional** do ativismo judicial torna-se recomendada, enquanto opção metodológica, **por representar a busca de um exame neutro**, ante a adoção de parâmetros prévios e objetivos, desconstituindo o intérprete de preconceitos sobre a atuação da Corte Judicial em determinado julgamento que envolva leis ou diretrizes de política pública.

A judicialização da política, enquanto faceta da jurisdição constitucional, tem expressa previsão na própria Constituição Federal de 1988, pois a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV). Assim, esse princípio, definido por KAZUO WATANABE como “corolário da proteção judiciária”, é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado Democrático de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem negligenciadas ou desrespeitadas, sem que algum órgão estatal não estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância.

Em atenção à independência dos Poderes, não cabe ao Judiciário usurpar as funções discricionárias do administrador ou o papel do legislador. Mas pode e deve, sim, determinar ajustes à atuação governamental quando não adequada ao que preceitua a Constituição Federal e o normativo complementar. A jurisdição constitucional, portanto, se

⁴⁹ CANON, Bradley. *Defining the Dimensions of Judicial Activism*. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/judica66&div=46&id=&page=> > Acesso em: 01 de agosto de 2021.

vê na obrigação de interpretar o ordenamento jurídico infraconstitucional em conformidade com a Constituição da República e tal atitude ou função faz com que se encontre constantemente na iminência de judiciar por intermédio de princípios; o que termina por lhe imprimir postura proativa na aplicação de um comando legal preexistente, porém renegado em sua efetivação.

A jurisdição constitucional é, portanto, uma ferramenta fundamental na transformação da sociedade, mormente por oferecer os mecanismos necessários para a criação de uma sociedade mais justa e digna, extirpando as desigualdades e alavancando o desenvolvimento social, objetivo imanente das normas do atual direito brasileiro.

Nesse sentido, preconiza o Ministro CELSO DE MELLO que “a prática do *judicial review* - ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – não pode ser considerada uma indevida interferência jurisdicional na esfera orgânica do Poder Legislativo”, porquanto a jurisdição constitucional se qualifica como importante fator de contenção de eventuais excessos ou omissões manifestamente transgressores do texto da Constituição da República, “não importando a condição institucional que ostente o órgão estatal – por mais elevada que seja sua posição na estrutura institucional do Estado - de que emanem tais condutas” (MC MS n.º 33.920/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 09/12/2015).

Corroborando este pensamento, o Ministro GILMAR MENDES afirma categoricamente que “com o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição como corolário do Estado Constitucional e, conseqüentemente, com a ampliação do controle judicial de constitucionalidade, consagrou-se a ideia de que nenhum assunto, quando suscitado à luz da Constituição, poderá estar previamente excluído da apreciação judicial” (Decisão monocrática na MC MS 32.033/DF, rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 29/04/2013).

3. A TENSÃO ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRACIA: O SEU VIÉS NEGATIVO CONSUBSTANCIADO QUANDO HÁ USO IDEOLÓGICO-PARTIDÁRIO DAS CORTE SUPREMAS.

Nos regimes democrático-constitucionais, almeja-se a construção e o aperfeiçoamento de um governo moderado e ordenado para o bem comum, a partir do controle e da fiscalização dos atos praticados pelos seus mandatários. A democracia, assim, é protegida por um sistema de neutralização e de conformação das funções típicas de poder (*check and balances*), os quais se combinam, conforme a teoria montesquiana,

para evitar a degeneração institucional e, em casos extremos, a tirania (ditadura), pois, nas próprias palavras de Montesquieu⁵⁰ “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, o do povo, exercesse esses três poderes”.

Dieter Grimm⁵¹ defende que a democracia e a jurisdição constitucional não são, em regra, contraditórias ou excludentes: há, entre elas, uma **interdependência**. Isso porque, como explica, as constituições são frutos de processos revolucionários populares e, estabelecido o novo regime, é necessário legitimá-lo positivamente na ordem dos direitos sociais e individuais.

Tem-se, portanto, que o governo democrático é legitimado pelas Constituições e, como ressalva Dieter Grimm, as constituições colocam a política sob restrições e os tribunais constitucionais existem para fazer cumprir essas restrições, visto que, quando a Constituição deixa de cumprir sua função de orientar e limitar o governo majoritário, há lesão ao Estado Democrático de Direito ante a supressão e sufocamento da minoria.

Igualmente, Dominique Rousseau⁵² sustenta que no constitucionalismo contemporâneo, a democracia não se restringe ao voto, sendo esta visão histórica e ultrapassada, pois, segundo a sua teoria da *démocratie continue* (democracia continuada), ela assume várias formas, incluindo a forma jurídica, para dizer que a Constituição é o lugar onde esses diferentes ritmos, eleitoral e não eleitoral, se tornam coerentes e passam a fazer sentido para a estabilização social e política de um Estado.

Por sua vez, Dieter Grimm⁵³ ainda nos adverte que a jurisdição constitucional se encontra em constante perigo, mormente quando os políticos, mesmo que tenham

⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

⁵¹ “Democratic government and fundamental rights were the goal of both the American and the French revolution. Constitutions were the means to make them effective. However, this does not mean that constitutions are necessarily democratic or committed to fundamental rights. Once the constitution had been invented, it became possible to use the form without subscribing to the substance. One can find constitutions with fundamental rights, but without democracy; one can find constitutions with democracy, but without fundamental rights; and one can even find constitutions that lack both rights and democracy” (GRIMM, DIETER. *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*. *European Law Journal*, vol. 21, no. 4, July 2015, p. 461).

⁵² “Cette manière d’appréhender le sens du constitutionnalisme contemporain conduit à la naturalisation d’une forme historique de démocratie qui empêche de penser le temps présent. La forme électorale de la démocratie, produit de l’histoire, est une forme dépassable de la démocratie, tel est l’esprit de la notion de « démocratie continue » que j’ai proposée en 1992. « Continue » pour dire que la démocratie ne s’arrête pas aux seuls moments électoraux, pour dire qu’elle se construit en démultipliant les rythmes politiques, pour dire que cette démultiplication prend des formes variées dont la forme juridictionnelle, pour dire que la constitution est ce lieu où ces différents rythmes, électoraux et non électoraux, peuvent être mis en cohérence et prendre sens. Pour dire aussi, et plus modestement, que la démocratie reste un horizon!” (ROSSEAU, Dominique. *Constitutionnalisme et démocratie*. Essais de 19 de septembre de 2008. Disponível em: <https://laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>. Acesso em 01 de agosto de 2021).

⁵³ “The existence of a constitutional court alone, however, is not sufficient to guarantee that politicians respect the constitution. Just as constitutionalism is an endangered achievement constitutional adjudication is in danger as well. Politicians, even if they originally agreed to establish judicial review, soon find out that its

concordado originalmente em estabelecer a revisão judicial no sistema constitucional de *check and balances*, descobrem que o seu exercício pelas Cortes Supremas costuma ser oneroso politicamente para as suas pretensões.

Passa-se, nesse momento, ao ataque político⁵⁴ da Corte Suprema, na tentativa de suplantá-la e, assim, uma quebra da representividade constitucional.

O problema funcional e institucional da democracia, de fato, surge, nesse cenário, quando as Cortes Supremas são utilizadas como forma de legitimação de governos autoritários, em Estados Democráticos fragilizados ou polarizados, por meio de uma atuação excessiva e direcionada da jurisdição constitucional. Diante disso, o processo democrático se encontra acorrentado e a política pública é reduzida a uma execução de prescrições constitucionais, mediante a marginalização do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário cooptado.

David Landau, na obra⁵⁵ *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, apresenta a definição de jurisdição constitucional abusiva como a interpretação constitucional, promovida por juízes, que ataca intencionalmente o núcleo mínimo da democracia, provocando a sua erosão e a mudança para um governo autoritário. Nesse cenário distópico, as Cortes Supremas desempenham um papel-chave no avanço dos projetos antidemocráticos, promovendo e efetivando os objetivos de líderes autoritários, seja por meio da coação ou da captura dos magistrados por atores antidemocráticos e, assim, tornam-se parte de um regime cesarista.

exercise by constitutional courts is often burdensome for them. Constitutions put politics under constraints and constitutional courts exist in order to enforce these constraints. Not everything that politicians find necessary - be it for themselves or their party, be it for what they deem good for the common interest - can be effectuated if the court sees it not in line with the constitution. Politicians therefore have a general interest in a constitutional court that, to put it mildly, is at least not adverse to their objectives and plans. But there is also a specific interest in the outcome of constitutional litigation on which the implementation of a certain policy depends" (GRIMM, Dieter Grimm. *Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: Between Law and Politics*, 4 NUJS L. REV. 15, 2011).

⁵⁴ "Assim, como identificar autoritarismo em políticos que não têm um histórico obviamente antidemocrático? Aqui, nós nos voltaremos para o eminente cientista político Juan Linz. Nascido em Weimar, na Alemanha, e criado em meio à guerra civil na Espanha, Linz conheceu bem até demais os perigos de perder a democracia. Como professor em Yale, ele dedicou grande parte de sua carreira a tentar entender como e por que as democracias morrem. Muitas das conclusões de Linz podem ser encontradas num livro pequeno, mas seminal, intitulado *The Breakdown of Democratic Regimes*. Publicado em 1978, o livro salienta o papel dos políticos, mostrando que seu comportamento pode reforçar a democracia ou colocá-la em risco. Ele também propôs, mas nunca desenvolveu plenamente, uma 'prova dos nove' para identificar políticos antidemocráticos. Baseados no trabalho de Linz, desenvolvemos um conjunto de quatro sinais de alerta que podem nos ajudar a reconhecer um autoritário. Nós devemos nos preocupar quando políticos: 1) rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; 2) negam a legitimidade de oponentes; 3) toleram e encorajam a violência; e 4) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia" (LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Editora Zahar, 2018, p. 23)

⁵⁵ LANDAU, David. *Abusive Judicial Review: Courts against democracy*. Disponível: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/53/3/53-3_Landau_Dixon.pdf. Acesso em: 01 de agosto de 2021.

Elenca, ainda, como técnicas comuns de controle das Cortes Supremas: a alteração do número de seus integrantes, a modificação de forma de nomeação, a remoção compulsória ou a modificação de regras de aposentadoria, a redução orçamentária de sua estrutura e a promessa de vantagens ou favorecimentos pessoais.

Identifica, por fim, que a revisão judicial constitucional abusiva pode ser fraca ou forte. A **fraca** ocorre quando os tribunais apoiam a legislação ou a ação executiva que prejudica significativamente o núcleo mínimo democrático e os direitos fundamentais, legitimando assim movimentos prejudiciais empreendidos por atores políticos. De outro lado, é **forte** quando os próprios tribunais agem para remover ou minar as proteções democráticas e esse comportamento é interpretado pelo público em geral como uma afirmação da legitimidade dos atos antidemocráticos.

Nesse cenário, há um constitucionalismo abusivo⁵⁶ na medida em que há o uso deturpado de mecanismos institucionais (a jurisdição constitucional) para tornar um Estado significativamente menos democrático, implicando, na maioria das vezes, em retrocesso na esfera eleitoral (quebra de igualdade de condições entre os antagonistas políticos) e nas questões de direitos fundamentais (enfraquecimento da proteção jurídica dos grupos minoritários).

David Landau, em seu texto, ainda analisa, como exemplos da revisão judicial abusiva, dois contextos políticos recentes: **a)** o primeiro é transnacional e analisa as decisões judiciais que legitimam a remoção dos limites do mandato presidencial ou ativamente removê-los, em vários países da América Latina (Costa Rica, Equador e Bolívia) e da África; e, **b)** o segundo é um estudo de caso de um único país: olhamos para uma série de decisões de tribunais superiores na Venezuela para anular o poder da Assembleia Nacional eleita depois que a oposição ganhou o controle em 2015.

No primeiro caso, verificou-se a legitimação das propostas constitucionais que eliminaram inteiramente os limites dos mandatos presidenciais quanto à reeleição. Além disso, as alterações dos limites de mandato foram acompanhadas de outras medidas

⁵⁶ LANDAU: “I define ‘abusive constitutionalism’ as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before. In referring to the mechanisms of constitutional change, I focus here on formal rather than informal methods of change — constitutional amendment and constitutional replacement. In referring to maneuvers that make a regime “significantly less democratic”, I conceptualize democracy on a spectrum, acknowledging that there are various kinds of hybrid or competitive authoritarian regimes between full authoritarianism and full democracy. Finally, in referring to the degree of democracy in a given country, I focus on two distinct dimensions: (1) the electoral sphere and the extent to which incumbent and opposition figures compete on a level playing field, and (2) the extent to which the rights of individuals and minority groups are protected. Conceptually, these two dimensions are independent and could diverge, but in the regimes discussed here, backsliding in the electoral realm appears to be highly correlated with backsliding on rights questions” (LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 01 de agosto de 2021).

formais e informais, como ataques à independência judicial e aos meios de comunicação, ou alterações às regras eleitorais, que também constituíram ataques ao núcleo mínimo democrático.

O raciocínio em cada decisão sustentou que a flexibilização ou eliminação dos limites de mandatos avançou, em vez de colidir com a estrutura fundamental ou direitos fundamentais encontrados na Constituição existente, porque esta flexibilização ou eliminação foi uma reivindicação do momento político vigente.

O segundo exemplo coloca a Suprema Corte Venezuelana como o principal aliado político do governante na supressão do poder legislativo, porquanto chancelou e legitimou todas as mudanças legais e constitucionais favoráveis ao governo chavista, tendo, inclusive, suprimido garantias

Pode-se, assim, afirmar que Estados, que se encontrem diante dessas interferências em curso ou concretizadas, experimentam sensível **erosão** ou **crise** política estabelecida dentro do regime democrático constitucional.

CONCLUSÕES

No Estado Democrático de Direito é indispensável que o Judiciário, enquanto ramo de poder, dentro de suas competências constitucionais, atribua sentido real aos textos legais e garanta a concretização dos direitos fundamentais nos termos dos valores que norteiam a vida social e contidos na Carta Política.

A revisão judicial abusiva é, portanto, um tema de grande importância no direito constitucional, pois, o fantasma ou a ameaça de Cortes Supremas destruindo, em vez de proteger, a democracia liberal representa o desafio a ser afastado e evitado nos regimes constitucionais, porquanto, como exposto, mediante a utilização abusiva da jurisdição constitucional, as Cortes Supremas podem se transformar em mecanismos de demolição voltados contra a ordem democrática.

Instituições políticas fortes consolidadas são infensas aos ataques antidemocráticos e capazes de manter os valores constitucionais que traduzem, no Estado Democrático de Direito, a representividade de vontade originária popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01 de agosto de 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

CANON, Bradley. **Defining the Dimensions of Judicial Activism**. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/judica66&div=46&id=&page_ Acesso em: 01 de agosto de 2021.

GUEDES, Néviton. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em: 01 de agosto de 2021.

GRIMM, Dieter Grimm. Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: Between Law and Politics, 4 **NUJS L. REV.** 15, 2011.

_____. **The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case**. *European Law Journal*, vol. 21, no. 4, July 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Trad. Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander. **O federalista / Hamilton, Madison e Jay**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 01 de agosto de 2021.

_____. **Abusive Judicial Review: Courts against democracy**. Disponível: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/53/3/53-3_Landau_Dixon.pdf. Acesso em: 01 de agosto de 2021.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Editora Zahar, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROSSEAU, Dominique. **Constitutionnalisme et démocratie. Essais de 19 de septembre de 2008**. Disponível em: <https://laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>. Acesso em 01 de agosto de 2021.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: Why extreme right-wing Courts are wrong for América**, New York: Basic Books, 2005.

WAHL, Rainer. **A primazia da Constituição**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60193/58510>. Acesso em 01 de agosto de 2021.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review *in: The Yale Law Journal*, n. 115, 2006, p. 1346-1406.

AGÊNCIA BRASIL. **Veja as dicas da OMS para se proteger do novo coronavírus.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-02/veja-dicas-da-oms-para-se-proteger-do-coronavirus>>. Acesso em: 16 set. 2020.

APUFPR. **18M: APUFPR sugere oito medidas para o Brasil enfrentar a pandemia do Coronavírus** APUFPR, 18 mar. 2020. Disponível em: <<https://apufpr.org.br/2020/03/18/18m-apufpr-sugere-oito-medidas-para-o-brasil-enfrentar-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 27 set. 2020

ARGENTINA. **Precios Cuidados.** Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/precios-cuidados>>. Acesso em: 27 maio. 2021.

BARROSO, L. R. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS. **Revista dos Tribunais**, v. 795, p. 55–76, jan. 2002.

BASTAGLI, F. et al. The Impact of Cash Transfers: A Review of the Evidence from Low- and Middle-income Countries. **Journal of Social Policy**, v. 48, n. 3, p. 569–594, 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 771, de 2020 - Pesquisas - Senado Federal.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141124>>. Acesso em: 14 maio. 2020a.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1610, de 2020 - Pesquisas - Senado Federal.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141450>>. Acesso em: 14 maio. 2020b.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1453, de 2020 - Pesquisas - Senado Federal.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141412>>. Acesso em: 14 maio. 2020c.

BRASIL. CADE. DEE. **NOTA TÉCNICA Nº 16/2020/DEE/CADE**, 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus Brasil.** Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

BRASIL. SENACON. **Nota Técnica n.º 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**, 2020.

CLARÍN.COM. **Los Precios Cuidados suben más que el resto: por qué.** Disponível em: <https://www.clarin.com/economia/precios-cuidados-suben-resto_0_e1-z4A5f9.html>. Acesso em: 27 maio. 2021.

COMPARATO, F. K. REGIME CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DE PREÇOS NO MERCADO. In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Eds.). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6p. 429–446.

DUQUE, D. **Uma avaliação do Auxílio Emergencial: Parte 1 | Blog do IBRE.** Disponível em: <<https://blogdoibre.fgv.br/posts/uma-avaliacao-do-auxilio-emergencial-parte-1>>. Acesso em: 4 out. 2020.

FERREIRA, A. **Procon interdita farmácia que vendia 500 ml de álcool gel por R\$ 49,90 no DF.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/03/20/procon-intendida-farmacia-que-vendia-500-ml-de-alcool-gel-por-r-4990-no-df.ghtml>>. Acesso em: 16 set. 2020.

FGV. **IGP-M varia 1,51% em abril de 2021.** Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/igpm-abril-2021>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

FRIEDMAN, M. **Capitalism and Freedom.** Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2002.

G1. **Como se prevenir do coronavírus?** Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/02/27/como-se-prevenir-do-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 16 set. 2020a.

G1. **Polícia realiza operação em seis estados e expõe superfaturamento de compras na Saúde.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/quadros/cade-o-dinheiro-que-tava-aqui/noticia/2020/05/10/policia-realiza-operacao-em-seis-estados-e-expoe-superfaturamento-de-compras-na-saude.ghtml>>. Acesso em: 15 maio. 2020b.

G1. **Mapa da vacinação contra Covid-19 no Brasil | Vacina.** Disponível em: <<https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>>. Acesso em: 24 maio. 2021a.

G1. **Produtores argentinos fazem greve contra o fim das exportações de carne.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2021/05/20/produtores-argentinos-fazem-greve-contr-o-fim-das-exportacoes-de-carne.ghtml>>. Acesso em: 27 maio. 2021b.

GALBRAITH, J. K. Reflections on Price Control. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 60, n. 4, p. 475–489, ago. 1946.

GRAU, E. R. Notas Sobre o Ordenamento Jurídico dos Preços. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 22, p. 139–176, 1979.

GUEDES FILHO, E. M.; ROSSI, C. INFLAÇÃO NAS DÉCADAS DE 80 E 90 E OS PLANOS DE ESTABILIZAÇÃO. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 44, p. 193, 2009.

HAYEK, F. A. The Use of Knowledge in Society. **The American Economic Review**, v. 35, n. 4, p. 519–30, 1945.

IBGE. **Desemprego | IBGE.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>>. Acesso em: 24 maio. 2021a.

IBGE. **Inflação | IBGE.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php>>. Acesso em: 24 maio. 2021b.

INSTITUTO PÓLIS. **Raça e covid no Município de São Paulo.** Instituto Pólis, 2020. Disponível em: <<https://polis.org.br/estudos/raca-e-covid-no-msp/>>. Acesso em: 4 out. 2020

ISTOÉ. **Compras emergenciais para combate à Covid-19 são investigadas em 11 Estados - ISTOÉ Independente.** Disponível em: <<https://istoe.com.br/compras-emergenciais-sao-investigadas-em-11-estados/>>. Acesso em: 15 maio. 2020.

KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada na era digital consumo, dados e concorrência.** 2020. 279 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MAGNANI, R. **Faltantes en las góndolas: entregan menos productos en medio de la puja por el control de precios.** Disponível em: <https://www.clarin.com/sociedad/faltantes-gondolas-entregan-productos-medio-puja-control-precios_0_2Dkqb-ksl.html>. Acesso em: 27 maio. 2021.

MANKIW, G. **Principles of Microeconomics.** 8. ed. Boston: Cenage Learning, 2018.

MARTELLO, A. **Dívida bruta do setor público sobe para 89,3% do PIB em 2020, novo recorde.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/01/29/divida-bruta-do-setor-publico-sobe-para-893percent-do-pib-em-2020.ghtml>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

MARTINS-COSTA, J. O direito privado como um “sistema em construção” - As cláusulas gerais

no projeto do Código Civil. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Eds.). **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MARX, K. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MENDES, L. **Há pouco ou nenhum espaço para novo auxílio emergencial, diz presidente do BC**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/ha-pouco-ou-nenhum-espaco-para-novo-auxilio-emergencial-diz-presidente-do-bc/>>. Acesso em: 27 maio. 2021a.

MENDES, M. O financiamento do auxílio emergencial: medidas excepcionais para tempos excepcionais. **INSPER**, p. 1–17, 2021b.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus: Ministério da Saúde lança campanha de prevenção**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/coronavirus-ministerio-da-saude-lanca-campanha-de-prevencao>>. Acesso em: 7 out. 2020.

MORRIESEN, C. **Coronavírus em Joinville: fábrica clandestina de álcool gel é descoberta pela polícia**. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/noticias/coronavirus-em-joinville-fabrica-clandestina-de-alcool-gel-e-descoberta-pela-policia>>. Acesso em: 16 set. 2020.

MUCELIN, G.; D'AQUINO, L. S. O PAPEL DO DIREITO DO CONSUMIDOR PARA O BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO BRASILEIRA E O ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE COVID-19. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129, p. 17–46, 2020.

NEVES, R. S. O ESTADO REGULADOR: A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO INFORMADOR DA REGULAÇÃO DO MERCADO. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 44, p. 209–223, 2003.

OAB-AP. **Presidente da OAB Amapá sugere o congelamento de preços de produtos para prevenção ao coronavírus**. Disponível em: <<https://www.oabap.org.br/noticias/presidente-da-oab-amapa-sugere-o-congelamento-de-precos-de-produtos-para-prevencao-ao-coronavirus>>. Acesso em: 27 set. 2020.

OAB-CE. **OAB-CE recomenda ao Governo Federal congelamento de preços dos produtos de prevenção ao Coronavírus**. OAB-CE - Ordem dos Advogados do Estado do Ceará, 2020. Disponível em: <<http://oabce.org.br/2020/03/oab-ce-ira-recomendar-ao-governo-federal-congelamento-de-precos-dos-produtos-de-prevencao-ao-coronavirus/>>. Acesso em: 14 maio. 2020

PIMENTEL, M. P. ASPECTOS NOVOS DA LEI DE ECONOMIA POPULAR. **Revista dos Tribunais**, v. 607, p. 263–271, 1986.

PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. **Microeconomics**. Harlow: Pearson, 2018.

RAMOS FILHO, C. A. DE M. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: LIMITES E MODALIDADES À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 88, p. 60–90, 2009.

RIBEIRO, L. **Camex zera tarifa de importação de álcool em gel, máscaras e respiratórios**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/03/18/camex-zera-tarifa-de-importacao-de-alcool-em-gel-mascaras-e-respiratorios.htm>>. Acesso em: 16 set. 2020.

RIOS, F.; SECOM. **Brasil confirma primeiro caso da doença**. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>>. Acesso em: 7 out. 2020.

ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas Abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSÁRIO, M. **Coronavírus: álcool em gel será vendido sem lucro em supermercados de SP**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/coronavirus-doria-governo-medidas/>>. Acesso em: 16 set. 2020.

SALOMÃO, K. **A corrida do álcool em gel: como o produto foi da escassez ao excesso**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/depois-de-corrída-por-alcool-em-gel-estoque-estabilizou-e-ha-ate-sobra/>>. Acesso em: 14 maio. 2020.

SAYEG, R. H. PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 7, p. 37–58, 1993.

SEABRA, C. **Polícia faz operação para apurar suspeita de fraude em compra milionária de respiradores em SC**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/policia-faz-operacao-para-apurar-suspeita-de-fraude-em-compra-milionaria-de-respiradores-em-sc.shtml>>. Acesso em: 15 maio. 2020.

SENA, T. **Coronavírus: 375 frascos falsificados de álcool em gel são apreendidos em fábrica clandestina em SP**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/02/coronavirus-375-frascos-falsificados-de-alcool-em-gel-sao-apreendidos-em-fabrica-clandestina-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 16 set. 2020.

SHADY, N.; FISZBEIN, A. **Conditional Cash Transfers: Reducing Present and Future Poverty**. Washington: The World Bank, 2009.

TIMM, L. B. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VARIAN, H. R. **Intermediate Microeconomics: A modern approach**. 9. ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2014.

WALLACE, D. Price Control and Rationing. **The American Economic Review**, v. 41, n. 1, p. 60–62, mar. 1951.

O RECONHECIMENTO FACIAL COMO INSTRUMENTO DE REFORÇO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Alisson Possa⁵⁷

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar a possível relação de aprofundamento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro através da adoção de algoritmos de reconhecimento facial para fins de segurança pública. Através de uma análise dos pressupostos reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 e dos indícios de existência de viés racial nos algoritmos de reconhecimento facial amplamente divulgadas pela mídia e em estudos recentes, será estudada a hipótese de que a utilização de sistemas com essa tecnologia acaba por agravar a situação reconhecida na decisão.

Palavras-chave: Estado de Coisa Inconstitucional. Sistema carcerário brasileiro. Reconhecimento facial. Segurança Pública. Discriminação algorítmica.

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate the possible relationship of deepening the Unconstitutional State of Things in the Brazilian prison system through the adoption of facial recognition algorithms for public security purposes. Through an analysis of the assumptions made by the Federal Supreme Court in ADPF 347 and the evidence of the existence of racial bias in the facial recognition algorithms, the hypothesis studied will be that the use of systems with this technology ends up aggravating the situation recognized in the decision.

Keywords: Unconstitutional State of Thing. Brazilian prison system. Facial recognition. Public security. Algorithmic discrimination.

INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas que ocorrem no mundo estão trazendo ao Brasil novas possibilidades para soluções de problemas antigos. Um exemplo é a ideia de que a solução de muitos dos problemas do setor público brasileiro é a adoção de novas tecnologias. Entretanto, na área de combate ao crime e investigações criminais, o uso de algoritmos para combater os níveis elevados de violência do país podem aprofundar mais ainda problemas estruturais da sociedade.

O presente artigo propõe uma análise sobre a adoção de tecnologias de reconhecimento facial para investigações criminais e/ou solução para a diminuição dos índices de violência do país, e os possíveis riscos para direitos fundamentais em escala massificada dentro da realidade carcerária brasileira.

A adoção de tecnologias de reconhecimento facial em áreas públicas, principalmente por forças policiais, vem sendo alvo de críticas e exposição de abusos no mundo inteiro. Problemas envolvendo vieses raciais, acurácia de identificações para minorias étnicas e abusos repressivos do Estado são as principais críticas já

⁵⁷ Mestrando no IDP. E-mail: alisson.possa@gmail.com

comprovadas⁵⁸ por pesquisas. No Brasil, a adoção dessas tecnologias está tomando força nos últimos anos pelas forças policiais⁵⁹, mesmo com os problemas sendo expostos cotidianamente por entidades de defesas de direitos humanos.

O escopo desse trabalho é uma análise sobre a relação entre os problemas decorrentes dos vieses raciais e étnicos das tecnologias de reconhecimento facial e o Estado de Coisas Inconstitucional do problema carcerário brasileiro nas violações de direitos humanos, principalmente no que diz respeito à presunção de inocência e ao direito à igualdade de pessoas negras. Também será analisado o efeito de regulações em proteção de dados e inteligência artificial no Brasil afetam a utilização dessas tecnologias no âmbito persecutório.

Para tanto, a pergunta que o trabalho busca responder é: de que forma as tecnologias de reconhecimento facial trazem um novo elemento de aprofundamento do Estado de Coisas Institucional na realidade carcerária brasileira?

A hipótese trabalhada é que as tecnologias de reconhecimento facial podem reforçar o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, notadamente a o racismo existente, através do viés racial reproduzido algoritmicamente.

Para solucionar o problema proposto, a metodologia utilizada é predominantemente bibliográfica e documental através de pesquisa jurisprudencial, doutrinária e jornalística.

O marco teórico utilizado foi a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro com enfoque nos problemas envolvendo as violações de direitos de minorias e presunção inocência.

Inicialmente é analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal acima citada sendo identificado os elementos caracterizados de uma situação em estado de coisas inconstitucional.

Em seguida, será exposto como as tecnologias de reconhecimento facial possuem viés racial, seja por erros de reconhecimento, seja por serem frutos de um racismo estrutural da sociedade, e acabam por ser mais um meio de violação de direitos fundamentais de populações negras.

Também serão analisadas as possíveis consequências das novas regulações de

⁵⁸ Uma pesquisa da Georgetown Law School em 2016 indicou vieses raciais em algoritmos de reconhecimento facial utilizados por forças policiais nos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/apr/08/facial-recognition-technology-racial-bias-police>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁵⁹ No dia 28/01 foi inaugurado o Laboratório de Identificação Biométrica – Facial e Digital em São Paulo para auxiliar a polícia do estado em investigações criminais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/policia-paulista-usara-reconhecimento-facial-investigacoes>. Acesso em: 25 jun. 2021.

Inteligência Artificial e Proteção de Dados Pessoais que estão despontando em vários países no mundo e no Brasil na análise dos sistemas de reconhecimento facial e seus efeitos em direitos fundamentais na realidade brasileira.

Por fim, será estabelecida a relação entre as tecnologias de reconhecimento facial e o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro sendo demonstrado o preenchimento dos três requisitos identificados pelo Supremo Tribunal Federal para a caracterização da figura.

1 – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma figura de violação permanente de direitos fundamentais, inicialmente desenvolvido pela Suprema Corte Colombiana⁶⁰ em 1997. As violações possuem três elementos em comum, conforme Machado (2020, p. 631-664) (i) são “o resultado de uma causa estrutural ou histórica” que (ii) “não pode ser atribuída a um único ente mas ao Estado em seu conjunto” e que (iii) “exige a adoção de medidas de longo prazo”.

No Brasil, a figura foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida liminar da ADPF 347 em 2015 no sistema carcerário brasileiro.

O ponto de partida para o reconhecimento foi do voto do relator que listou as condições que os presos estão sujeitos no país, de acordo com o Ministro Marco Aurélio:

superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual (AURELIO, 2015, p. 23).

Tais condições, segundo o ministro, criaram nos presídios um ambiente de estigmas, uma vez que aqueles sujeitos ao ambiente prisional se tornam “lixo do pior tratamento possível” e lhes são negados direitos básicos à existência mínima dentro do cárcere, segundo o ministro Marco Aurélio (2015, p. 25). Mas o estigma não termina aí, uma vez fora do ambiente prisional, a ressocialização não se concretiza, sendo comum a reincidência e perpetuando o problema (AURELIO, 2015).

Essa situação afeta principalmente pessoas negras, segundo os dados

⁶⁰ Por ocasião da Sentença 559 de 1997 que reconheceu vários elementos como estruturantes de um Estado de Coisas Inconstitucional.

apresentados no 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública: é relatado que em 2019 os negros representavam 66,7% da população carcerária brasileira. Segundo os dados do Anuário:

Por outro lado, quanto à raça/cor, identificamos também uma forte concentração entre a população negra. Em 2019, os negros representaram 66,7% da população carcerária, enquanto a população não-negra, aqui considerados brancos, amarelos e indígenas, segundo a classificação adotada pelo IBGE, representou 33,3%. Isto significa que para cada não-negro preso no Brasil em 2019, 2 negros foram presos. É um pouco mais que o dobro, quando comparado aos não-negros, em especial os brancos (ANUÁRIO, 2020, p. 307).

Isso não só reforça o argumento de um racismo estrutural no sistema carcerário brasileiro como também é consequência de um sistema estigmatizante, pois, ao negar o status de indivíduos dentro do cárcere, a sociedade perpetua o estereótipo de criminoso como um indivíduo de pele negra.

Em voto na mesma decisão, o ministro Luís Fachin também proferiu a mesma conclusão:

Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetive - um dia - reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência (FACHIN, 2015, p. 56).

O trecho acima reconhece jurisprudencialmente o que os números acima citados demonstram: que o sistema carcerário brasileiro tem como característica a segregação racial. Esse reconhecimento é importante quando da análise de pesquisas que indicam a reprodução do racismo através de algoritmos.

Ainda, é característica reconhecida pelos ministros na decisão em análise que o Estado de Coisas Inconstitucional não é atribuído a um ato ou a um Poder, mas sim é uma falha sistêmica, através de ações e omissões, de todos os Poderes e entes da federação. Nesse sentido, em sua preliminar, o ministro Marco Aurelio trouxe a seguinte visão panorâmica:

Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial (AURELIO, 2015, p. 22).

Na mesma linha, o ministro Luís Fachin também alude como pressuposto de um Estado de Coisas Inconstitucional a falha sistêmica do Poder Público como um todo:

As questões atinentes ao sistema penitenciário nacional há muito não encontram espaço fértil ou adequado de tratamento pelos poderes Executivo e Legislativo. Os

direitos dos encarcerados não encontram qualquer espaço na criação e implementação de políticas públicas (Executivo) e tampouco em qualquer atuação legislativa (Legislativo) (FACHIN, 2015, p. 50).

Portanto, é seguro concluir que a decisão, ao reconhecer a figura de inconstitucionalidade permanente no sistema carcerário, traz como pressuposto, conforme o reconhecimento de falhas dos três Poderes e dos entes da federação, que existam ações fora do sistema carcerário que contribuem para essa figura de violação estrutural de direitos fundamentais.

O reconhecimento das falhas pelos três poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal é importante quando falamos de segurança pública, considerando que a adoção de sistemas de reconhecimento facial acontece em níveis municipais, estaduais e federais através de políticas estabelecidas pelos respectivos executivos, validadas pelos legislativos e as prisões delas decorrentes validadas pelos judiciários.

É nesse sentido que será demonstrado que as tecnologias de reconhecimento facial são mais uma maneira de perpetuação dessa situação no Brasil.

2 – AS TECNOLOGIAS DE RECONHECIMENTO FACIAL COMO REFORÇO AO RACISMO ESTRUTURAL

Primeiramente é necessário delinear como o debate sobre utilização da vigilância algorítmica passou a ser central no contexto da segurança pública no Brasil. Esse debate passa pelo desenvolvimento de tecnologias como Internet das Coisas e algoritmos com treinamentos baseados em estatísticas.

A evolução da tecnologia junto à evolução da internet como sistema de interconexão entre pessoas e máquinas resultou em meios de coleta de dados de forma massificada e em grande escala. Atualmente, principalmente impulsionado pelo interesse de mercado na utilização de dados como mecanismo de alcance de seus produtos e melhora na eficiência de seus resultados financeiros, todos os dispositivos que possuem acesso à uma conexão de internet coletam dados para finalidades que, em muitos casos, podem não ser claras.

Uma definição sobre Internet das Coisas é:

Um mundo onde objetos físicos são perfeitamente integrados em uma rede de informações, e onde objetos físicos se tornam participantes ativos nos processos negociais. Serviços são disponibilizados para interagir com esses "objetos inteligentes" pela Internet, consultar seu estado e informações associadas a eles, levando em conta problemas de segurança e privacidade (HALLER *et al.*, 2008).

O elemento de interconexão entre objetos físicos é de extrema importância, pois ele

permite a coleta de dados em maneira massificada, principalmente em áreas públicas, tanto de tipos quanto de quantidade de dados.

O atual estado de desenvolvimento da Internet das Coisas facilita a coleta de imagens sem que indivíduos tenham conhecimento, trazendo problemas de ordem da privacidade e no caso de reconhecimento facial para fins de segurança pública. Essa relação tem a ver com a falta de transparência e controle:

Entretanto, usuários frequentemente não tomam conhecimento de tecnologias de Internet das Coisas, uma vez que não existem mecanismos uniformes para a descoberta deles, muitos menos acessar as configurações de privacidades que essas tecnologias podem suportar. Por exemplo, não existe uma maneira padronizada para determinar se uma área está sobre vigilância de vídeo e quais algoritmos são aplicados nas imagens coletadas pelas câmeras (por exemplo, reconhecimento facial, reconhecimento de expressões faciais, reconhecimento de cenas, mensuração de engajamento com produtos⁶¹ (DIAS *et al.*, 2018, p. 35-46).

A coleta desses dados fornece material para desenvolvimento de tecnologias com base em estatísticas, como as tecnologias de reconhecimento facial. O desenvolvimento dessas tecnologias acontece há mais décadas, mas é com a possibilidade de interconexão de objetos que as atuais tecnologias passaram a ter elevados graus de acerto e seu uso expandido para áreas como segurança pública.

Isso decorre do fato que é possibilitado ao Estado coleta de dados de imagem através de várias câmeras em locais públicos, garantindo a possibilidade de identificar qualquer indivíduo que transite pelo local.

As tecnologias de reconhecimento facial contam com algoritmos que realizam o uso dos dados da imagem de um indivíduo para realizar a identificação biométrica, algo que é também chamado de vigilância algorítmica (INTRONA; WOOD, 2004, p. 177-198).

Todavia, o mundo passou a ver com olhos críticos o desenvolvimento desses sistemas automatizados.

Em 2020, a IBM, uma das maiores empresas de tecnologia do mundo abandonou o desenvolvimento de tecnologias de reconhecimento facial em massa em consequência do potencial de perpetuação do racismo pelos algoritmos nesses sistemas e fez um apelo ao

⁶¹ Tradução livre. No original; “Instead, users are often unaware of the presence of IoT technologies, as there is no uniform mechanism for discovering them, let alone accessing any privacy settings these technologies might support. For instance, there is no standardized way of determining whether an area is under video surveillance and what algorithms might be applied to the footage captured by cameras (for example, facial recognition, facial expression recognition, scene recognition, measuring engagement with products)”

Congresso norte-americano por regulação na área.⁶²

Na Europa, as duas autoridades responsáveis pela supervisão de aplicação das legislações de proteções de dados pessoais, European Data Protection Board e European Data Protection Supervisor, se posicionaram em junho de 2021 pela proibição de utilização de algoritmos de inteligência artificial para reconhecimento facial em ambientes públicos por seus riscos, principalmente para minorias:

Levando em conta os riscos extremamente altos impostos por identificação biométrica remota de indivíduos em espaços públicos, a EDPB e a EDPS clamam por um banimento geral em qualquer uso de inteligência artificial para reconhecimento automatizado de características humanas em espaços públicos, como reconhecimento facial, padrão de caminhada, digitais, DNA, voz, digitação ou outros sinais biométricos ou comportamentais, em qualquer contexto. Similarmente, a EDPB e a EDPS recomendam o banimento de sistemas de inteligência artificial que utilizam biometria para caracterizar indivíduos em grupos baseados em etnicidade, gênero, orientação política ou sexual, ou qualquer outros critérios em que a discriminação é proibida pelo Artigo 21 da Carta de Direitos Fundamentais.⁶³ (tradução nossa).

Entretanto, no Brasil a tendência segue na contramão⁶⁴. A sociedade brasileira clama por maneiras de diminuir a violência nos grandes centros urbanos, passando a ter um grau elevado de adesão a medidas autoritárias, resultando em uma propensão social em aceitar a utilização de sistemas de reconhecimento facial em espaços públicos como maneira de combate ao crime.

Segundo pesquisa conduzida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2015, intitulado Medo da Violência e o Apoio ao Autoritarismo no Brasil – Índice de Propensão ao apoio a Posições Autoritárias:

E é com base nestas medidas de medo e de autoritarismo que o FBSP reitera o papel do medo da violência e da segurança pública na determinação dos rumos e sentidos do debate político brasileiro nos próximos meses. O modo como o tema será incorporado e priorizado pelos diferentes atores e pela sociedade civil deve determinar a maior ou menor probabilidade de sucesso de discursos radicais na agenda eleitoral que se avizinha. **Os resultados do índice de autoritarismo**

⁶² Notícia que foi divulgada mundialmente em grandes veículos de informações: IBM abandons 'biased' facial recognition tech. BBC. Londres. 09 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-52978191>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁶³ Nota conjunta das autoridades: EDPB & EDPS call for ban on use of AI for automated recognition of human features in publicly accessible spaces, and some other uses of AI that can lead to unfair discrimination. European Data Protection Board. Brussels. 21 de junho de 2021. Disponível em: https://edpb.europa.eu/news/news/2021/edpb-edps-call-ban-use-ai-automated-recognition-human-features-publicly-accessible_en. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁶⁴ Notícia pela jornalista Tailane Muniz demonstrando que o reconhecimento facial já é utilizado para realização em prisões: Reconhecimento facial já prendeu 35 na Bahia; 3 mil são alvos da polícia. Correio 24 Horas. Salvador. 01 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/reconhecimento-facial-ja-prendeu-35-na-bahia-3-mil-sao-alvos-da-policia/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

sugerem que segmentos que enxergam na aniquilação autoritária da cidadania e da liberdade a forma de impor e manter a ordem, a moral e os bons costumes parecem ganhar eco a partir das incertezas sociais e políticas em que vivemos. No entanto, como vivemos em uma sociedade dinâmica e plural, é possível supor que quem melhor administrar as expectativas e for capaz de propor um projeto político e institucional que faça frente ao medo e à insegurança tende a levar vantagem até mesmo em relação aos grupos mais radicais. (grifo nosso)

A utilização desses sistemas em espaços públicos garante vigilância constante do Estado, podendo monitorar as atividades de todos os cidadãos e violar a privacidade individual em nome do discurso de maior segurança.

Essa vigilância algorítmica para finalidade de segurança pública, seja em investigações criminais, seja para a prevenção de crimes, passou a ser adotada há alguns anos no Brasil e estudos já foram realizados demonstrando problemas de ordem racial. Em 2019 o Relatório Retratos da Violência – Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas produzido pela Rede Observatório de Segurança analisou 151 casos de prisões com base em reconhecimento facial em quatro estados do Brasil e verificou que no estado da Bahia 90,5% dos presos eram negros.

Ocorre que algumas pesquisas recentes indicam erros de reconhecimento (troca de um indivíduo por outro ou não reconhecimento do indivíduo) que acontecem com maior frequência envolvendo pessoas negras. Isso leva a uma possível conclusão de que os algoritmos reproduzem preconceitos raciais da sociedade.

Em 2018 foi anunciado que um estudo conduzido pela pesquisadora Joy Buolamwini através do Massachusetts Institute of Technology encontrou taxa de erros de 0.8% em sistemas de reconhecimento facial para reconhecimento de homens de pele clara, enquanto para mulheres negras a taxa de erro ficou em 34%.⁶⁵

Esses erros decorrentes da execução do algoritmo que causam a identificação errada, trocando um indivíduo pelo outro, levam a violações de direitos fundamentais de toda a população negra, pois acaba por atingir pessoas que podem não estar envolvidas em crimes. Isso já ocorreu em 2020 com a prisão incorreta através de erro de algoritmo de reconhecimento facial com Robert Williams, um estadunidense negro na cidade de Detroit.⁶⁶

⁶⁵O estudo teve suas conclusões publicadas por Larry Hardesty na página de notícias da universidade: Study finds gender and skin-type bias in commercial artificial-intelligence systems. MIT News Office. Cambridge. 11 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://news.mit.edu/2018/study-finds-gender-skin-type-bias-artificial-intelligence-systems-0212>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁶⁶A notícia foi publicada mundialmente pelas repercussões no discurso de igualdade racial: Polícia dos EUA prende injustamente homem negro identificado por tecnologia de reconhecimento facial. [S.L]. 25 de junho de 2020. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/policia-prende-homem-negro-reconhecimento-errado/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

Esses algoritmos, no Brasil, acabam por apresentar uma maneira de perpetuar o racismo estrutural que já é amplamente reconhecido no sistema penal:

Isso porque, a seletividade do sistema penal, demonstrada previamente, comprova que a população negra já sofre diuturnamente com o estereótipo de criminoso, desde microagressões que envolvem uma excessiva vigilância em estabelecimento comercial, cuja intencionalidade é facilmente negada, até casos de prisões indevidas e injustas. Com uma tecnologia em que o próprio algoritmo cumprirá este papel de indicar pessoas negras, equivocadamente, como potenciais suspeitas de um crime, novamente elas estarão “sujeitas à automatização de constrangimentos e violências, como abordagens policiais indevidas e atribuição inverídica de antecedentes criminais” (SILVA; SILVA, 2019, p. 12).

Ou seja, essa perpetuação do racismo estrutural via algorítmica tem como consequência a violação de direitos como igualdade e presunção de inocência, uma vez que indivíduos negros podem ser apontados como suspeitos de crimes como consequência de uma discriminação racial (*racial bias*) em seu treinamento.

Um exemplo utilizado Alex Najibi no cenário da polícia dos Estados Unidos da América ajuda a esclarecer o conceito de viés racista nos treinamentos algorítmicos:

Americanos negros possuem maior propensão à prisão e encarcerados por crimes de menor potencial ofensivo do que Americanos brancos. Consequentemente, Americanos negros são super-representados em bancos de fotos de prisão que algoritmos de reconhecimento facial utilizam para previsões. A presença de negros nesses sistemas cria um ciclo de realimentação em que estratégias policiais racistas levam à índices desproporcionais de prisão de negros, que por sua vez são objetos de vigilância (NAJIBI, 2020).

Esse tipo de erros decorrentes de discriminação racial nos algoritmos já foi verificado em grandes redes sociais, como o caso em que cortes de fotos na rede social Twitter dava preferência a pessoas brancas (CAPUTO, 2021).

Já existem estudos comprovando a discriminação racial em algoritmos:

Em 2016, um estudo da ProPublica demonstrou que uma das ferramentas mais utilizadas nos EUA para avaliação de risco de reincidência criminal, conhecida como COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), apresentava viés racial, classificando pessoas brancas como menos arriscadas e negras como mais arriscadas do que de fato eram, além de identificar afrodescendentes como duas vezes mais propícios do que os brancos ao cometimento de crimes violentos.⁸ Tal diferenciação ocorre principalmente em razão da utilização de dados históricos de prisões e condenações anteriores, que acabam por perpetuar práticas policiais e judiciais racistas, exacerbando as disparidades raciais enraizadas na sociedade (GUEDES, 2019, p. 2).

Com esses problemas, seja pela predisposição de um sistema indicar uma pessoa negra como possível autora de crime, seja pela identificação errada de uma pessoa negra

por outra, fazem dos sistemas de reconhecimento facial uma fonte de violações sistemáticas à direitos fundamentais como igualdade e presunção de inocência por parte do Estado, responsável pela adoção desses algoritmos ou pela omissão dele em não coibir a utilização dos sistemas.

3 – O EFEITO DAS REGULAÇÕES EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROTEÇÃO DE DADOS NO PROBLEMA EM ESTUDO

Uma das grandes tendências regulatórias do século XXI tem sido regulações para novas tecnologias que podem trazer danos à direitos fundamentais de indivíduos e minorias.

É preciso levar em conta como essas regulações podem afetar a utilização de sistemas de reconhecimento facial e as consequências no Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Destarte, a proteção de dados pessoais é, dentre os dois tipos de regulações, a mais antiga, mas que as recentes mudanças na lógica normativa incorporaram as preocupações de coletas massificadas e decisões automatizadas.

As regulações de proteção de dados pessoais remontam às décadas de 70 e 80 em países europeus como Alemanha, Áustria, Dinamarca, França, Noruega e Suécia (RUDGARD, 2019, p. 13).

Em 2016 foi aprovada a Diretiva 2016/680 na União Europeia, que trata sobre a proteção de dados pessoais no contexto investigativo, e como considerando trouxe as novas tendências tecnológicas:

(3) A rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais. A partilha e a recolha de dados pessoais registaram um aumento significativo. A tecnologia permite o tratamento de dados pessoais numa escala sem precedentes para o exercício de funções como a prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais e a execução de sanções penais.

No Brasil, o efeito disso foi a aprovação da Lei nº 13.709/2018, com entrada em vigor em setembro de 2020. Ocorre que a legislação não se aplica às atividades de segurança pública e atividades de investigação e repressão penal.⁶⁷

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em maio de 2020, julgou as ADIs 6.387,

⁶⁷ Segundo o artigo 4º, inciso II, alíneas “a” e “d”.

6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 que contestavam a Medida Provisória 954/20 pois ela demandava o compartilhamento de dados pessoais constantes nos bancos de dados das companhias telefônicas para o IBGE a fim de realizar o censo de 2020.

O julgamento reconheceu a autodeterminação informativa e a proteção de dados pessoais como direitos fundamentais depreendidos da Constituição Federal. O ministro Luis Fux expôs o seguinte raciocínio:

A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988 (FUX, 2020, p. 59).

Autodeterminação informativa remonta à decisão semelhante do Tribunal Constitucional Alemão de 1983:

Dessa forma, o Tribunal Constitucional Federal constata que o art. 2 §1 combinado com o art. 1 §1 LF resultaria um direito fundamental à autodeterminação informativa que garantiria “o poder do indivíduo em determinar fundamentalmente por si mesmo sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais (MENDES, 2019, p. 188).

Assim, ainda que a legislação infraconstitucional brasileira não seja aplicada à coleta de dados para as finalidades do art. 4º, inciso II, alíneas “a” e “d” cujos objetos são justamente o que é analisado no presente artigo, a proteção no nível constitucional existe.

Fica garantido aos alvos de tecnologias de reconhecimento facial na esfera criminal o direito de controle sobre o uso de seus dados biométricos como um direito de ordem constitucional.

A leitura que pode ser feita, portanto, é de um argumento no nível constitucional de que as tecnologias de reconhecimento facial não só trazem consequências de agravamento Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, mas também reforça a inconstitucionalidade da utilização desses sistemas pelo poder público no contexto analisado.

A segunda grande tendência regulatória que acaba por trazer maior possibilidade de análises sobre o uso de reconhecimento facial como instrumento de segurança pública trata sobre o desenvolvimento de algoritmos de inteligência artificial, utilizados nos sistemas de monitoramento para a identificação.

A União Europeia busca garantir a vanguarda desse tipo de regulação, lançando a

primeira proposta de Regulação em Inteligência Artificial em 21 de abril de 2021. Nos considerandos 18 e 19 da proposta regulatória são expostas as preocupações com essas tecnologias, requerendo, inclusive, o seu banimento (com exceção de 3 casos específicos).⁶⁸

Deve-se fazer uma ressalva: a União Europeia não sofre com o estado precário de sua estrutura carcerária que acaba por violar sistematicamente direitos de minorias raciais como o Brasil. Esse contexto, se analisado sob o prisma que até mesmo países com estruturas que não ofendem direitos fundamentais como o nosso reconhecem a necessidade de limitação/proibição de algoritmos de reconhecimento facial, acaba por reforçar a conclusão de extrema potencialidade de ofensa dessas tecnologias em países com situação de violação sistemáticas de direitos fundamentais de minorias no contexto criminal.

Por sua vez, o Brasil, em 06 de julho de 2021, aprovou o regime de urgência para a tramitação do PL 21/2020, que institui o Marco Legal de Inteligência Artificial. Todavia, diferente da diretiva europeia, ele não possui previsões sobre vedações de utilização para desenvolvimento de algoritmos utilizados na identificação facial, ainda que traga entre seus princípios a não discriminação como impossibilidade de uso dos sistemas para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos (redação do art. 6º, inciso III do texto original).

Ao contrário, a proposta estimula a adoção das tecnologias de inteligência artificial

⁶⁸ Segundo o considerando 18 :A utilização de sistemas de IA para a identificação biométrica à distância «em tempo real» de pessoas singulares em espaços acessíveis ao público para efeitos de manutenção da ordem pública é considerada particularmente intrusiva para os direitos e as liberdades das pessoas em causa, visto que pode afetar a vida privada de uma grande parte da população, dar origem a uma sensação de vigilância constante e dissuadir indiretamente o exercício da liberdade de reunião e de outros direitos fundamentais. Além disso, dado o impacto imediato e as oportunidades limitadas para a realização de controlos adicionais ou correções da utilização desses sistemas que funcionam «em tempo real», estes dão origem a riscos acrescidos para os direitos e as liberdades das pessoas visadas pelas autoridades policiais. Já o considerando 19 pede a proibição geral da utilização de algoritmos para reconhecimento facial para manutenção da ordem pública, listando três exceções: “Como tal, deve ser proibida a utilização desses sistemas para efeitos de manutenção da ordem pública, salvo em três situações enunciadas exaustivamente e definidas de modo restrito, em que a utilização é estritamente necessária por motivos de interesse público importante e cuja importância prevalece sobre os riscos. Essas situações implicam a procura de potenciais vítimas de crimes, incluindo crianças desaparecidas, certas ameaças à vida ou à segurança física de pessoas singulares ou ameaças de ataque terrorista, e a deteção, localização, identificação ou instauração de ações penais relativamente a infratores ou suspeitos de infrações penais a que se refere a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho 38 , desde que puníveis no Estado-Membro em causa com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos e tal como definidas pela legislação desse Estado-Membro. Esse limiar para a pena ou medida de segurança privativa de liberdade prevista no direito nacional contribui para assegurar que a infração seja suficientemente grave para justificar potencialmente a utilização de sistemas de identificação biométrica à distância «em tempo real». Além disso, das 32 infrações penais enumeradas na Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, algumas são provavelmente mais pertinentes do que outras, já que o recurso à identificação biométrica à distância «em tempo real» será previsivelmente necessário e proporcionado em graus extremamente variáveis no respeitante à deteção, localização, identificação ou instauração de ação penal relativamente a um infrator ou suspeito das diferentes infrações penais enumeradas e tendo em conta as prováveis diferenças em termos de gravidade, probabilidade e magnitude dos prejuízos ou das possíveis consequências negativas.”

no Poder Público como um todo para diminuição de custos e aumento de eficiência, sem distinções de objetos e finalidades, o que é possível interpretar como um estímulo à adoção de algoritmos de reconhecimento facial nas atividades persecutórias públicas.

Assim, temos em nível de legislativo infraconstitucional a possibilidade de um estímulo à utilização de tecnologias que reproduzem uma estrutura de racismo social, o que foi um dos argumentos explorados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais no sistema carcerário brasileiro: todos os poderes acabam por adotar práticas e se omitir em suas competências que afetam a estrutura da segregação racial no cárcere brasileiro.

Portanto, até mesmo sob a análise das novas tendências regulatórias é possível encontrar argumentos que reforçam o caráter prejudicial das tecnologias de reconhecimento facial.

CONCLUSÃO

O ensaio partiu da conceituação da figura do Estado de Coisa Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal que verificou a existência dos três requisitos: o resultado de uma causa estrutural ou histórica; que não pode ser atribuída a um único ente, mas ao Estado em seu conjunto e que exige a adoção de medidas de longo prazo.

Em seguida, foi demonstrado como os algoritmos de sistemas de reconhecimento facial utilizados para identificação biométrica podem afetar direitos fundamentais, principalmente para indivíduos negros, considerando erros dos algoritmos e a predisposição desses sistemas apontarem pessoas negras como autoras de crimes, em consequência de um racismo estrutural que é replicado por algoritmos.

Ainda, com essa relação entre a predisposição de algoritmos de reconhecimento facial indicarem pessoas negras como autoras de crimes ou errar a pessoa reconhecida por problemas envolvendo a análise da cor de pele e, é criada mais uma maneira de levar indivíduos de pele negra para o sistema carcerário brasileiro, uma ofensa permanente ao direito fundamental da presunção de inocência para negros.

Por sua vez, dentro do sistema carcerário, o estereótipo social de pessoas negras como criminosas reforça o Estado de Coisa Inconstitucional dentro e fora do cárcere, renegando negros à uma subcategoria de pessoas, ofendendo o direito fundamental da igualdade.

Assim, fica evidenciado que a utilização dessas tecnologias reforça o Estado de Coisas Inconstitucional no seu primeiro requisito.

Também é possível verificar que a adoção desses sistemas reforça a figura em seu segundo requisito, pois os três Poderes acabam por estar envolvidos: o Executivo, através das forças policiais, que realiza a contratação e utilização dos sistemas; o Legislativo, através da omissão de proibição legal de utilização de sistemas de reconhecimento facial em locais públicos e para utilização em matéria penal; e o Judiciário, que valida as prisões em que os sistemas foram empregados.

O último requisito para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional acaba reforçado por essas tecnologias pois elas perpetuam o racismo estrutural que ainda faz parte da sociedade brasileira e demandará muitos anos de luta por igualdade racial e pela predisposição da sociedade em aceitar medidas autoritárias e invasivas, como utilização de algoritmos para possibilitar a perda de liberdade em prol de segurança pública.

Por fim, a análise das novas tendências regulatórias reforça o argumento de que os algoritmos para reconhecimento facial encontram resistências de ordem constitucional sob o prisma do direito à igualdade, dignidade da pessoa humana e de autodeterminação informativa, principalmente de minorias raciais que sofrem em um sistema carcerário que viola sistematicamente esses direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGWIN, Julia; KIRCHNER, Lauren; LARSON, Jeff; MATTU, Surya. Machine Bias: **There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks.** ProPublica, 23 mar. 2016. Disponível em: www.propublica.org/article/machine-bias-riskassessments-in-criminal-sentencing. Acesso em: 30 jun. 2021.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2020. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Ano 14. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão.** Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. referendo. medida provisória nº 954/2020. emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (covid-19). compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o instituto brasileiro de geografia e estatística. fumus boni juris. periculum in mora. deferimento. Brasília, DF, 7 de maio de 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358567>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CAPUTO, Manuela. Racismo algorítmico e o trabalho de pesquisadores da área para obterem reconhecimento. **MediaLab UFRJ**. Rio de Janeiro, 24 de maio de 2021. Disponível em: <http://medialabufrj.net/blog/2021/05/racismo-algoritmico-pesquisadores/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia 559/97**. Bogotá, 6 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.cor-teconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.html>. Acesso em: 29 jun. 2020.

DAS, Anupam; DEGELING, Martin; SMULLEN, Daniel; SADEH, Normal. Personalized privacy assistants for the internet of things: providing users with notice and choice. **IEEE Pervasive Computing**. Los Alamitos, Estados Unidos, v. 17, n. 3, p. 35-46. 2018.

EDPB & EDPS call for ban on use of AI for automated recognition of human features in publicly accessible spaces, and some other uses of AI that can lead to unfair discrimination. **European Data Protection Board**, Bruxelas, 21 de junho de 2021. Disponível em: https://edpb.europa.eu/news/news/2021/edpb-edps-call-ban-use-ai-automated-recognition-human-features-publicly-accessible_en. Acesso em: 30 jun. 2021.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública (org.). **Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil**: índice de propensão ao apoio a posições autoritárias. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/04/FBSP_indice_propensao_apoio_posicoes_autoritarios_2017_relatorio.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

GUEDES, Paula. Discriminação tecnológica: desmistificando a neutralidade da Inteligência Artificial em meio à crise de inclusão e de diversidade nas tecnologias emergentes. **ITS Rio**, Rio de Janeiro. 2020. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/Discriminação-tecnológica_Paula_Guedes.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

HALLER, Stephan; KARNOUSKOS, Stamatis; SCHROTH, Christoph. The internet of things in an enterprise context. **First Future Internet Symposium - FIS 2008**, Vienna, 2008. Disponível em: www.researchgate.net/publication/221142742_The_Internet_of_Things_in_an_Enterprise_Context. Acesso em: 30 jun. 2021.

HARDESTY, Larry. Study finds gender and skin-type bias in commercial artificial-intelligence systems. **MIT News Office**, Cambridge, 11 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://news.mit.edu/2018/study-finds-gender-skin-type-bias-artificial-intelligence-systems-0212>. Acesso em: 30 jun. 2021.

IBM abandons 'biased' facial recognition tech. **BBC News**, Londres, 9 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-52978191>. Acesso em: 30 jun. 2021.

INTRONA, Lucas; WOOD, David. Picturing algorithmic surveillance: the politics of facial recognition systems. **Surveillance & Society**, v. 2, p. 177-198. 2004. Disponível em: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssolar-200675>. Acesso em: 30 jun. 2021.

KIMBALL, Whitney. Polícia dos EUA prende injustamente homem negro identificado por tecnologia de reconhecimento facial. **Gizmodo Brasil**, 25 de junho de 2020. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/policia-prende-homem-negro-reconhecimento-errado/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do poder judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, [S.L.], v. 7, n. 2, p. 631. 2020. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60692/41975>. Acesso em: 29 jun. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12, n. 39, p. 185-216. 2019. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/655/905>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MUNIZ, Tailane. Reconhecimento facial já prendeu 35 na Bahia; 3 mil são alvos da polícia. **Correio 24 Horas**, Salvador, 1 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/reconhecimento-facial-ja-prendeu-35-na-bahia-3-mil-sao-alvos-da-policia/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

NAJIBI, Alex. Racial discrimination in face recognition technology. **Science in the news**, Harvard, Boston, 24 de outubro de 2020. Disponível em: <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. Retratos da violência: cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. Fortaleza: CESEC, 2019. Disponível em: https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2019/11/Rede-de-Observatorios_primeiro-relatorio_20_11_19.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

RUDGARD, Sian. Introduction to european data protection. **European data protection: law and practice**. 2. ed. International Association of Privacy Professionals (IAPP). 2019. Disponível em: <https://iapp.org/resources/article/european-data-protection/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SILVA, Rosane Lea; SILVA, Fernando dos Santos Rodrigues. Reconhecimento facial e segurança pública: os Perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro. **Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Santa Maria – RS: Universidade Federal de Santa Maria, 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/5.23.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PRECIFICAÇÃO: UMA VISÃO A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO⁶⁹

Bruno Soares Koga⁷⁰

SUMÁRIO: Introdução. 1. Formas de intervenção nos preços por parte do Estado e seus impactos microeconômicos. 2. Panorama legislativo e projetado de controle de preços. 3. Meios alternativos de solução dos problemas no mercado. 4. Teste do tempo: 2020 e 2021. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Situações em que há desequilíbrio entre oferta e demanda podem ocasionar clamores populares por intervenção do Estado na precificação de produtos. Este quadro se agrava em cenários de pandemia tal como o vivenciado por conta da COVID-19. A intervenção do Estado nos preços de produtos e serviços através de congelamento, tabelamento ou fixação de bandas máximas e/ou mínimas pode majorar os prejuízos suportados pelos consumidores ao longo do tempo, causando escassez, criação de mercados paralelos ou disparada abrupta de preços tão logo a intervenção cesse. Por conta disso, o presente artigo discute os instrumentos de intervenção do Estado na precificação constantes no Código de Defesa do Consumidor, os Projetos de Lei motivados pela pandemia causada pela COVID-19 e as Notas Técnicas do CADE e da SENACON para debater a legislação vigente e projetada, além de suas implicações nas relações de consumo. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta de exame da legislação sobre precificação termina por demonstrar que os diplomas existentes e projetados não se atentam às complexidades da economia de mercado e podem influir negativamente na situação de minorias e consumidores em geral. Ao final, discute políticas públicas alternativas ao controle de preços. Assim, através de método dedutivo, com abordagem qualitativa e apoio em pesquisa bibliográfica e exploratória, o artigo busca apresentar novos prismas na discussão jurídica sobre controle de preços, especialmente pela utilização de ferramentas microeconômicas, as quais devem ser consideradas conjuntamente aos vetores axiológicos que orientam a interpretação e aplicação do Direito.

Palavras-chave: Tabelamento de preços; Congelamento de preços; Práticas abusivas; Análise Econômica do Direito.

STATE INTERVENTION IN PRICING: A VIEW FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

ABSTRACT: Situations in which there is an imbalance between supply and demand can cause popular outcry for State intervention in the pricing of products. This situation is aggravated in pandemic scenarios such as that experienced by COVID-19. State intervention in the prices of products and services through freezing, tabulation or fixing maximum and / or minimum bands can increase the losses borne by consumers over time, causing scarcity, the creation of parallel markets or an abrupt surge in prices as soon as the intervention ceases. Because of this, this article discusses the instruments of State intervention in pricing contained in the Consumer Protection Code, the Draft Laws motivated by the pandemic caused by COVID-19 and the Technical Notes of CADE and SENACON to debate the current legislation and projected, in addition to its implications for consumer relations. The use of Economic Analysis of Law as a tool for examining pricing

⁶⁹ Artigo Científico apresentado à no I Seminário de Pesquisa de pós-graduandos em Direito do Centro-Oeste com ligeiras alterações em relação à versão original.

⁷⁰ Doutorando em Direito Constitucional (IDP), Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento (IDP/SP), Master in Business Economics (FGV), Especialista em Direito Empresarial (FGV) e graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado em São Paulo. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1571-2436>

legislation ends up demonstrating that existing and projected diplomas do not pay attention to the complexities of the market economy and can negatively influence the situation of minorities and consumers in general. Finally, it discusses alternative public policies to price control. Thus, through a deductive method, with a qualitative approach and support in bibliographic and exploratory research, the article seeks to present new prisms in the legal discussion on price control, especially through the use of microeconomic tools, which must be considered together with the axiological vectors that guide the interpretation and application of Law.

Keywords: Price fixing; Price freezing; Abusive practices; Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

Ao passo que a COVID-19 deixava de ser uma doença que afetava apenas países da Ásia e da Europa, o Ministério da Saúde tratou de comunicar meios eficazes de higienização para conter a propagação do coronavírus em território nacional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020), no que foi acompanhado pela imprensa (AGÊNCIA BRASIL, 2020); (G1, 2020a). Em comum, destacou-se que o álcool em gel e máscaras de proteção seriam meios eficazes de profilaxia.

Ainda que o primeiro caso nacional de COVID-19 tenha sido confirmado em 26 de fevereiro de 2020 (RIOS; SECOM, 2020), entre os meses de março e abril já havia notícia de aumento de preço de álcool em gel e máscaras (SALOMÃO, 2020), instalação de fábricas clandestinas (MORRIESEN, 2020); (SENA, 2020), autuações dos órgãos de proteção do consumidor (FERREIRA, 2020), parcerias para que o álcool em gel fosse vendido sem margem de lucro em supermercados no Estado de São Paulo (ROSÁRIO, 2020) e alíquota zero em Imposto de Importação para a aquisição de diversos produtos relacionados à profilaxia (RIBEIRO, 2020).

A repentina escassez de produtos para higienização se deu por um aumento da quantidade demandada e manutenção da quantidade ofertada no curto prazo, o que não impediu recomendações de que o Estado brasileiro interviesse na precificação (APUFPR, 2020); (OAB-AP, 2020); (OAB-CE, 2020), medida esta que foi adotada em diferentes níveis por países como Venezuela⁷¹, França⁷² e Argentina⁷³.

Neste quadro, o presente artigo visa discutir os instrumentos previstos no Código de Defesa do Consumidor (CDC) para o controle de exigência de vantagem manifestamente excessiva e de elevação sem justa causa de preços previstas no art. 39,

⁷¹ Na Venezuela, o instrumento primário de controle de preços tem sido a *Ley Constitucional de Precios Acordados*, publicada em 22.11.17.

⁷² Decreto de nº 2020-506 de 02 de maio de 2020 fixou o preço de máscaras de proteção no atacado e no varejo em território francês.

⁷³ Cf. *Decreto de Necesidad y Urgencia* (DNU) 690/2020.

V e X, os Projetos de Lei gestados durante a pandemia e as Notas Técnicas produzidas pela SENACON e pelo CADE durante a crise ocasionada pelo coronavírus sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED).

Deve-se entender aqui a AED como a utilização das ferramentas da microeconomia ortodoxa visando analisar as possíveis consequências no comportamento dos agentes econômicos a partir da inserção de uma norma (KOGA, 2020, p. 23).

Por conta disto, o artigo foca nas repercussões da intervenção do Estado na precificação de produtos, dado que as medidas como o congelamento de preços, tabelamento ou ainda a fixação de bandas máximas estão ligadas a cenários de escassez, criação de mercado informal, redução da qualidade do produto e/ou elevação de preços tão logo o controle de preços cesse (MANKIW, 2018, p. 112–114); (PINDYCK; RUBINFELD, 2018, p. 327–331); (VARIAN, 2014, p. 264–267).

O método utilizado foi dedutivo, amparado por análise bibliográfica e exploratória, baseando-se na literatura existente a respeito do controle de preços e da doutrina jurídica brasileira que trata das relações de consumo.

Dado o lapso de tempo entre a apresentação do trabalho e o momento atual, bem como as valiosas críticas recebidas durante a exposição do artigo no I Seminário de Pesquisa de pós-graduandos em Direito do Centro-Oeste, o autor entendeu por bem acrescentar um pequeno trecho de análise de como se desenrolou a questão de tabelamento de preços no Brasil e no exterior ao longo da segunda metade do ano de 2020 e a primeira metade do ano de 2021.

Assim, o presente artigo está dividido da seguinte maneira: (i) definição das formas de intervenção nos preços por parte do Estado e seus impactos microeconômicos; (ii) apresentação do panorama legislativo de controle de preços em vigor e dos Projetos de Lei gestados durante a pandemia causada pela COVID-19; (iii) meios alternativos de solução dos problemas; (iv) panorama dos acontecimentos entre 2020 e 2021; e (v) considerações finais.

1 FORMAS DE INTERVENÇÃO NOS PREÇOS POR PARTE DO ESTADO E SEUS IMPACTOS MICROECONÔMICOS

A doutrina define a intervenção do Estado no domínio econômico como “o conjunto de atividades estatais sobre o segmento econômico, que é próprio da iniciativa privada”, inserindo medidas como o tabelamento de preços dentro da intervenção indireta na modalidade intervenção por direção (RAMOS FILHO, 2009). Noutras palavras, o Estado

passa a intervir sem estabelecer monopólio para si ou atuar como agente econômico (intervenção indireta), ao mesmo passo que apresenta medidas cogentes e não meramente indutivas para a atividade dos particulares (direção).

Desta maneira, dentro do tratamento clássico dado à matéria, a intervenção nos preços pode se dar de variadas formas, tais como o estabelecimento de preços máximos ou mínimos, congelamento ou tabelamento de preços.

Por tabelamento entendemos aqui o estabelecimento de preços de produtos e/ou serviços por ato da Administração Pública que prevê sanção por seu descumprimento. Ao lado disso, o congelamento de preços deve ser entendido como: "(...) a estabilização dos preços aos níveis praticados em uma determinada data e em cada estabelecimento comercial ou industrial." (PIMENTEL, 1986).

Evidentemente, o aumento do nível de preços sem elevação de renda é um fator preocupante, pois distancia as classes sociais e reduz o acesso da população mais vulnerável a bens de consumo eventualmente indispensáveis, tratando-se de uma questão que não deve ser ignorada em uma República que possui como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁷⁴.

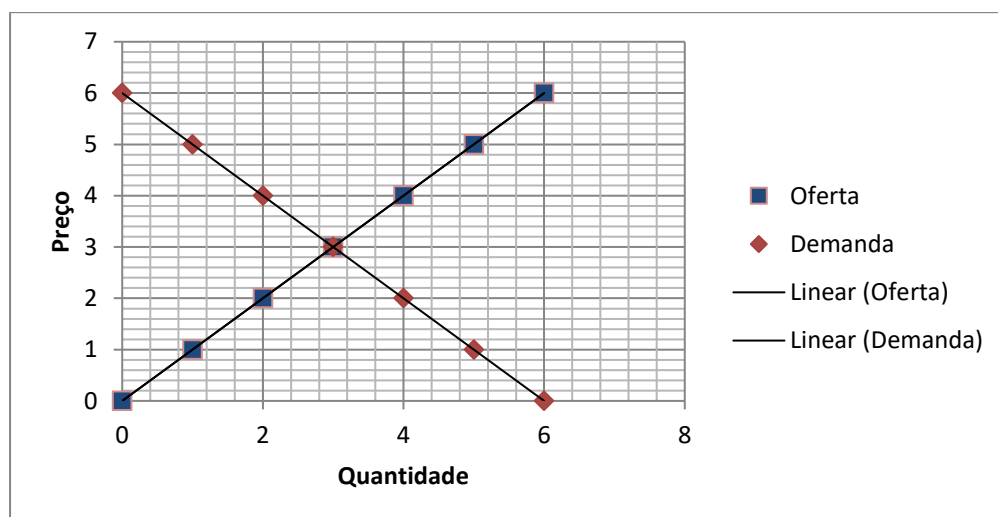
No que diz respeito a produtos relacionados com a proteção frente ao coronavírus, não se pode olvidar que minorias têm sido justamente as mais impactadas pela doença por ele ocasionada, tendo maior taxa de mortalidade padronizada (INSTITUTO PÓLIS, 2020). Há, portanto, fortes imperativos morais e políticos para que a Administração Pública se veja tentada a implantar medidas mais fortes de controle de preços a fim de salvaguardar o acesso da população vulnerável aos bens indispensáveis durante a pandemia.

Contudo, tais discussões raramente partem da análise microeconômica a respeito das consequências destas políticas públicas no mercado, de modo que medidas bem intencionadas não raras vezes terminam por criar efeitos perversos justamente à população que se pretende proteger.

Em uma economia de mercado, os preços são transmissores de informação (HAYEK, 1945), sinalizando a escassez de produtos e indicando o valor mínimo pelo qual um dado fornecedor se encontra disposto a vendê-los. Da mesma forma, os consumidores possuem suas restrições orçamentárias e devem levar em conta o custo de oportunidade de suas escolhas (a compra de uma máscara pode significar a compra de um saco de arroz a menos).

⁷⁴ Cf. art. 3º da CF.

A análise agregada da relação preço-quantidade de fornecedores e consumidores permite estimar as curvas de demanda e oferta que regem o mercado, sendo o ponto de sua intersecção chamado de preço de equilíbrio, no qual não é possível beneficiar consumidores ou fornecedores sem que a situação de um deles venha a ser prejudicada (Pareto eficiente), como no gráfico abaixo baseado em (KOGA, 2020, p. 42):



Neste cenário, medidas de controle de preços a fim de estipular um dado teto podem ter diversos efeitos nocivos no mercado. Tomando o modelo acima, no qual o preço de equilíbrio se encontra em \$3, uma intervenção Estatal que determine que os preços sejam reduzidos para \$2 terá o efeito de produzir um incremento da demanda (de 3 para 4 unidades) e uma redução da oferta (de 3 para 2 unidades)⁷⁵.

A despeito disso, os consumidores poderiam buscar refúgio na aquisição de bens substitutos (trocar o álcool em gel por sabonete líquido ou arroz por outra fonte de carboidratos), contudo, tais mudanças não ocorreram dentro do que seria esperável de um Homo Economicus, ou seja, de um indivíduo plenamente racional que estivesse na posse de toda informação relevante.

Em todo caso, medidas de intervenção na precificação sem o devido cuidado podem gerar escassez no curto e médio prazo, inclusive expulsando competidores que não tenham economias de escala ou que por outros fatores não possam apresentar um preço igual ou inferior ao estipulado pela Administração Pública, dando incentivos ao estabelecimento de mercados paralelos com menor garantia de qualidade e parco respeito às regras jurídicas.

⁷⁵ Efeitos similares ocorrem também quando há estipulação de piso de preços acima do equilíbrio de mercado, podendo causar aumento massivo da oferta para uma demanda reduzida ou a criação de mercados informais com venda de produtos abaixo do preço estipulado.

Assim, para que a intervenção na precificação seja bem sucedida, haveria necessidade de uma análise profunda a respeito de qual seria o preço de equilíbrio e a eventual implementação de medidas de apoio como o racionamento de produtos (WALLACE, 1951).

Não se pode olvidar que há ampla intervenção na precificação em setores considerados sensíveis pela Administração Pública, tais como, exemplificativamente: medicamentos, planos de saúde, fornecimento de energia elétrica e saneamento básico. Nestes setores, atuam agências reguladoras com extrema sofisticação que possibilitam, através de conhecimento do mercado específico, a mediação técnica entre consumidores e fornecedores, inclusive através da análise de impacto regulatório das políticas públicas.

Extrapolar a intervenção na fixação de preços de setores específicos para todos os segmentos de mercado ou ainda a uma lista ampla de produtos é uma tarefa que dificilmente poderia ser levada a cabo no curto prazo, especialmente diante do cenário de incerteza causado pela COVID-19.

Estas considerações seguem a trilha de análise realizada pela Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON - na Nota Técnica n.º 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ oportunidade em que se discutiu os efeitos da intervenção do Estado nos preços de produtos e serviços durante a pandemia causada pela COVID-19:

2.34. Em síntese, subverter o mecanismo de ajuste de mercado previsto na Constituição Federal e premissa do CDC, em resposta a um incremento de demanda como o álcool gel e máscaras decorrente do problema do coronavírus pode trazer consequências não esperadas. Poderá haver, por exemplo, o desabastecimento ou migração do produto para o mercado informal.(BRASIL. SENACON, 2020, p. 5)

Idêntico posicionamento a respeito do controle de preços pode ser encontrado na Nota Técnica 16/2020/DEE/CADE, produzida pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE em discussão referente ao PL 1.008, de 2020, do Deputado Federal Túlio Gadelha:

Caso se estabeleça o preço teto do produto abaixo do que seria ótimo do ponto de vista social, é possível gerar um desabastecimento do mercado, já que os produtores não estarão dispostos a produzir ao preço estabelecido pela autoridade. (...) Neste aspecto, a política pública poderá gerar o efeito oposto ao que pretende(BRASIL. CADE. DEE, 2020, p. 8).

Pois bem, parece evidente que a pandemia causada pelo coronavírus levantou preocupações em todas as esferas da sociedade civil e da Administração Pública, bem como efetivamente houve elevação de preços de bens no mercado, especialmente aqueles relacionados aos cuidados de higiene e gêneros alimentícios. Entretanto, a intervenção do

Estado na precificação não se mostra uma medida despida de prejuízos aos consumidores, sendo necessária cautela para a sua aplicação.

A despeito desta peculiaridades, o leitor pode notar que o modelo apresentado carece de maior rebuscamento, pois não raras vezes a Administração Pública se verá obrigada a regular cenários de concorrência monopolística, oligopólios e monopólios, cuja análise certamente influencia na atividade de controle de preços, inclusive pela maior facilidade de fiscalização em mercados concentrados (GALBRAITH, 1946).

Ainda que tais falhas sejam evidentes, o modelo de concorrência perfeita serve de primeira aproximação para as discussões jurídicas a respeito dos impactos do controle de preços a ser levado a cabo pela Administração pública.

Dado este cenário, o debate passará a analisar a legislação em vigor a respeito da elevação de preços e suas implicações potenciais em uma economia de mercado como a brasileira.

2 PANORAMA LEGISLATIVO E PROJETADO DE CONTROLE DE PREÇOS

Tomaremos por evidente que é juridicamente possível a intervenção do Estado na fixação de preços de produtos e serviços em cenários excepcionais, embora exista necessidade de eventos extraordinários para a sua implementação (BARROSO, 2002);(COMPARATO, 2011). Além disto, o histórico dos planos econômicos levados a cabo nas décadas de 1980 e 1990 deixa livre de dúvidas sua ampla utilização pelo Brasil (GUEDES FILHO; ROSSI, 2009), inclusive após a CF/88, sendo também digna de nota a discussão sobre o Tabelamento do Frete em discussão no Supremo Tribunal Federal na ADI 5956.

Como se sabe, o modelo contratual adotado no Brasil é solidarista, preocupando-se não apenas com a formação da vontade no negócio jurídico, mas também com “aspectos éticos e dados da realidade empiricamente constatável no caso” (TIMM, 2015, p. 117), permitindo então que vetores axiológicos ou simples dirigismo contratual adentrem nas considerações referentes à validade ou à invalidade total ou parcial dos pactos privados, inclusive no que diz respeito aos preços (GRAU, 1979, p. 145).

Dentro deste panorama, a legislação de consumo sempre deixou clara a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de sua defesa e proteção frente ao fornecedor de produtos e serviços⁷⁶. Desta maneira, os contratos entabulados sob este regime jurídico não estão cingidos apenas e tão somente à vontade das partes, mas

⁷⁶ Cf. Art. 1º do CDC.

também a normas de ordem pública e interesse social a tutelar os limites da liberdade contratual, havendo diversas ferramentas desenvolvidas para cumprir os escopos delineados pelo legislador.

Dentre tais instrumentos, destacam-se as vedações às práticas abusivas, tendo o legislador enfatizado a proibição à exploração da fraqueza ou ignorância do consumidor, bem como à exigência de vantagem manifestamente excessiva ou ainda elevação sem justa causa do preço de produtos ou serviços⁷⁷. Da mesma forma, veda-se a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, tais como as que colocam o consumidor em “desvantagem exagerada”⁷⁸.

Estes dispositivos são redigidos de maneira aberta, visando aferição no caso concreto a respeito da abusividade de determinados produtos ou serviços no mercado de consumo. Tal técnica redação permite duas espécies de desenvolvimento ao longo do tempo: (i) construção de critérios gerais de aplicação por parte da jurisprudência (MARTINS-COSTA, 2011); ou (ii) aplicação tópica e assistemática.

No caso brasileiro, não se verifica uma uniformização dos parâmetros que possam conduzir à análise de que um dado fornecedor exigiu uma vantagem manifestamente excessiva ou efetuou elevação de preços sem justa causa, criando ampla margem de insegurança a todos os agentes econômicos inseridos no mercado de bens e serviços. Exemplificativamente, veja-se esta passagem:

(...) o critério é, exatamente, a falta de critério, e isso porque não é dado ao Judiciário legislar, notadamente em tema que não conhece, que reflete sobre inúmeras outras situações que também não domina, nem é de sua competência fazê-lo. (REsp 402.261/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2003, DJ 06/12/2004, p. 188)

A anarquia de critérios ganha importância em situações excepcionais, especialmente quando fatores atípicos adentram as relações de consumo e subvertem todas as expectativas de consumidores e fornecedores, ao mesmo passo que as técnicas usuais de investigação não possuem instrumentos para responder ao novo cenário, mesmo quando amparadas por critérios extremamente sofisticados como os apresentados por (SAAD, 2012):

(a) comparação custo X preço - verificação da margem entre custo de produção e o preço efetivamente praticado pela firma investigada; (b) comparação histórica - preço praticado pela firma investigada no passado e no momento atual; (c)

⁷⁷ Cf. art. 39, IV, V e X, do CDC.

⁷⁸ Cf. art. 51, IV, §1º, I, II e III, do CDC.

comparação geográfica - preço praticado pela firma investigada em diferentes mercados relevantes geográficos; e (d) comparação com concorrentes - preço de produtos similares praticados por concorrentes, no mesmo mercado ou em mercados diferentes.

Desta maneira, inegável que as regras contidas no CDC e a ausência de critérios seguros na jurisprudência pouco auxiliam na solução de entraves concretos para os órgãos de fiscalização e tampouco ao próprio consumidor, que se encontra com milhares de preocupações a respeito de sua saúde e subsistência.

Ainda que não se trate de tema pacífico, verifica-se no debate referente aos preços no mercado de consumo posturas tendentes a permitir seu amplo controle por parte do Estado (MUCELIN; D'AQUINO, 2020), a solução para correção do mecanismo de preços da economia de mercado (NEVES, 2003); (SAYEG, 1993), a aplicação ao princípio da defesa do consumidor inscrito no art. 170, V, da Constituição Federal (CF/88) (RAMOS FILHO, 2009) e um mecanismo de proteção contra fornecedores que “se valem de calamidades públicas para elevar o preço de seus produtos e serviços” (ROLLO, 2011, p. 128).

Mesmo respeitáveis, os posicionamentos acima são extremamente perigosos quando contrapostos aos fundamentos de uma economia de mercado e das prováveis consequências da aplicação indiscriminada de controle de preços.

Em todo caso, dada a pressão da sociedade civil, diversas unidades da federação então passaram a criar leis específicas para discutir a elevação de preços no mercado. Veja-se, por exemplo, a Lei Estadual de nº: 8.769 de 23 de março de 2020 do Estado do Rio de Janeiro:

Art. 1º Fica vedada a majoração, sem justa causa, do preço de produtos ou serviços, durante o período em que estiver em vigor o Plano de Contingência do Novo Coronavírus da Secretaria de Estado de Saúde.

§ 1º Para os fins da definição de majoração de preços de que trata o caput deste artigo deverão ser considerados os preços praticados em 01 de março de 2020.

§ 2º A proibição de que trata o caput deste artigo se aplica aos fornecedores de bens e serviços nos termos do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Por mais bem intencionada que seja a legislação apresentada, nota-se que não há grande inovação em relação ao que já se encontrava previsto no CDC em seu art. 39, V e X, especialmente porque a fixação da data de 1º de março de 2020 como ponto de confronto entre preços e suas elevações não elucida o ponto mais importante do debate, o significado de justa causa.

Também se buscou tutelar os preços através da Lei Estadual de nº: 23.631 de 02 de abril de 2020 do Estado de Minas Gerais:

Art. 10 – Para fins de proteção do consumidor, o Estado poderá adotar as seguintes medidas: (...)

IV – combate à elevação injustificada de preços de insumos, produtos ou serviços, em especial os utilizados no combate ou na prevenção da pandemia de Covid-19, ressalvada a oscilação natural de preço para adequação de oferta e demanda a fim de se evitar a escassez.

No caso da legislação mineira, houve ligeiro avanço, pois se reconhece dois pontos essenciais: (i) a oscilação de preços dentro de um mercado; e (ii) o controle de preços pode ensejar escassez.

Contudo, a despeito desta modificação, clara a ausência de qualquer elemento a inovar o já disposto no CDC, de maneira que a o incremento da complexidade da legislação não compensa os resultados práticos eventualmente obtidos.

Como último exemplo, veja-se a Lei Estadual de nº: 16.870 de 23 de abril de 2020 do Estado de Pernambuco, que incluiu o inciso IV no art. 23 da Lei Estadual de nº: 16.559, de 15 de janeiro de 2019:

Art. 23. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços: (...)

IV - elevar, de forma arbitrária e sem justa causa, o preço de produtos ou serviços, notadamente em decorrência de guerra, calamidade pública, pandemia ou outra grave circunstância de comoção social.

Aqui há uma possível tautologia entre os termos arbitrariedade e ausência de justa causa, salvo se os conceitos forem tomados como complementares. Tratando-se de conceitos complementares, a lei pernambucana terminou por estabelecer requisitos mais rigorosos que os do próprio CDC, especialmente pela inclusão das expressões “guerra, calamidade pública, pandemia ou outra grave circunstância de comoção social”.

Assim, uma análise comparativa da legislação estadual produzida em razão da pandemia causada pelo coronavírus deixa de lado qualquer inovação jurídica em face da legislação existente, bem como apenas reitera termos já presentes no CDC.

Além da legislação estadual já comentada, a variação de preços ocasionada pela restrição de circulação de pessoas e incremento da demanda não deixou de ser objeto de análise por parte da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, havendo diversos projetos de lei visando inserir no CDC ou através de diploma próprio uma nova camada de regulação de preços em casos de calamidades públicas.

As alterações que pretendem modificar a legislação de consumo têm como foco a disciplina das práticas abusivas previstas no art. 39 do CDC, relacionando-se especialmente com o inciso X do aludido diploma legal.

Neste traçado, o PL 771, de 2020, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues

(BRASIL, 2020a) tem por objetivo “dispor sobre o aumento abusivo de preços por ocasião de endemias, epidemias e pandemias”, inserindo o quanto segue no ordenamento jurídico:

Art. 39.

.....
X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços, em especial em situação de endemias, epidemias e pandemias assim declaradas pelos órgãos competentes.

§ 1º.

§ 2º. Na caracterização do aumento de preços sem justa causa, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos;

V - a dependência do consumidor em relação ao produto ou serviço, seja para sua subsistência ou para a proteção de sua segurança ou saúde. (NR)

O foco do Projeto de Lei se concentra: (i) na variação de preços ao longo do tempo quando não houver aumento do custo ou da qualidade; (ii) na variação de preços por ocasião de novos modelos do produto modificações “substanciais”; (iii) a variação de preços em mercados competitivos comparáveis; (iv) práticas colusivas; e (v) a elasticidade da demanda do produto ou serviço.

Ainda que tais inovações sejam de grande relevância, a legislação deveria se atentar também ao fato de que a majoração de preços não se encerra nos custos oriundos do produto ou serviço, estando cingida também por diversos fatores não explorados no Projeto de Lei em comento, tal como o aumento da demanda, a existência de regulações não diretamente atribuíveis aos custos, a dificuldade em localizar mão de obra qualificada e o custo de oportunidade do capital investido.

Da mesma forma, um dado fornecedor pode ter evitado efetuar reajustes de preço ao longo do tempo, represando então os aumentos que poderia repassar ao consumidor. Neste cenário, caso sobrevenha novo aumento de custos e o fornecedor pretenda efetuar o reajuste presente e passado, poderá ser acusado de realizar prática abusiva, pois a elevação de preços foi superior ao incremento dos custos por ele suportados no último período de tempo considerado.

Em um cenário de incerteza a respeito de quais condutas são permitidas ou vedadas no que diz respeito à elevação de preços e não havendo grande fluxo de informação a respeito do preço dos competidores, não será difícil supor que o fornecedor preferirá então

e elevar periodicamente o preço em pequenos percentuais acima de seu custo visando formar uma margem suficiente para que eventuais acusações de reajuste de preços possam ser debeladas quando um abrupto incremento dos custos venha a ocorrer, especialmente em ambientes de incerteza:

Este fenômeno pode ser explicado por uma conjunção de fatores, entre os quais, destacam-se: o realinhamento de preços que haviam ficado defasados durante o congelamento imposto pelo Plano; os aumentos especulativos de preços, devido às expectativas de um novo congelamento; e as pressões de custo derivadas do ‘mecanismo de gatilho’, instituído pelo Plano Cruzado para ajustes automáticos de salários. Além disso, o crescente déficit do setor público (que aumentou de 3,7% do PIB para 5,4% entre 1986 e 1987) e a declaração da moratória da dívida externa brasileira em fevereiro de 1987 contribuíam para agravar o ambiente de incertezas e instabilidade que envolvia a economia nacional, elevando as expectativas inflacionárias. (GUEDES FILHO; ROSSI, 2009)

Ainda tratando do art. 39, X, do CDC, o PL 1610, de 2020, de autoria do Senador Marcos do Val (BRASIL, 2020b) visava dispor a respeito da “elevação de preço de alimentos componentes da cesta básica durante estado de calamidade pública nacional”, dando a seguinte redação ao dispositivo assinalado:

Art.39.
§ 1º
§ 2º Presume-se abusiva, nos termos do inciso X do caput, a elevação de preço de alimento componente da cesta básica durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecida pelo Congresso Nacional. (NR)

O Projeto de Lei evidentemente peca pelo desconhecimento das relações econômicas subjacentes à precificação e, talvez por este motivo, tenha sido retirado pelo próprio autor, o que é uma iniciativa louvável.

Ainda sobre a elevação de preços, Projeto de Lei 1.453, de 2020, de autoria do Senador José Serra trata do tema através da criação de uma lei específica que disporia ao mesmo tempo de liberdade de precificação e da possibilidade de imposição de teto de preços ou subsídios por parte do Estado (BRASIL, 2020c):

Art. 2º Em caso de declaração de estado de emergência ou calamidade pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não adotarão medidas de controle de preços de bens e serviços de qualquer natureza em mercados não regulados pelo poder público, e envidarão esforços para fiscalizar e garantir a produção, o transporte e o livre acesso da população aos bens e serviços.
Art. 3º É direito de toda pessoa privada, natural ou jurídica, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, definir livremente o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda, devendo o poder público coibir abusos e, se necessário, decretar reconversão da produção em setores selecionados para atender às demandas oriundas da situação de emergência ou calamidade.
§ 1º As empresas deverão garantir o amplo acesso, estabelecendo quantidades máximas por pessoa física quando necessário.

§ 2º O poder público poderá:

I - definir limites de preços para bens essenciais ao enfrentamento da situação emergencial desde que considere o aumento de custos em toda a cadeia de suprimentos e o ajuste natural entre oferta e demanda;

II – subsidiar preços de bens essenciais para segmentos sociais vulneráveis ou beneficiários de programas de transferência de renda.

Nota-se que o Projeto de Lei não apresenta segurança jurídica aos agentes econômicos e tampouco à própria administração pública, dispondo que a precificação é livre, salvo quando o Estado determinar o contrário. Ao fim e ao cabo, o Projeto de Lei traz à memória a seguinte passagem: “ambos os lados se reportam, posteriormente e com toda razão, à Constituição, (...) Isso se deve ao fato de que cada parágrafo da Constituição contém a sua própria antítese” (MARX, 2011, p. 42). Noutras palavras, uma lei que assegura a liberdade de precificação, ressalvada a intervenção do Estado, tem o mesmo efeito que sua própria inexistência.

Desta maneira, também os Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional pouco avançaram para dar melhor redação ao art. 39, X, do CDC ou mesmo para estipular balizas mais confiáveis aos fornecedores de produtos e serviços.

3 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS NO MERCADO

O cenário apresentado neste estudo apresenta dois pontos fundamentais: (i) a elevação de preços é nociva aos mais pobres quando desacompanhada de incremento de renda; e (ii) a estipulação de tetos e pisos de preços, congelamento, tabelamento ou mesmo de controle ex post da precificação pode levar a cenários de escassez ou comércio informal.

Trata-se, portanto, de uma questão que não poderia ser respondida no caso concreto sem o recurso a amplos estudos de custo-benefício para que se pudesse então aferir qual a política pública mais adequada, o que restou inviabilizado pela pandemia e a necessidade de uma resposta imediata aos problemas enfrentados.

Dentro deste quadrante, além do controle de preços, diversas medidas são usualmente consideradas, tais como: (i) concessão de subsídios; (ii) aquisição e doação de produtos por parte do Estado; e (iii) transferência de renda.

A concessão de subsídios pode se dar por meio de transferência direta de recursos aos fornecedores ou por meio de abatimentos em tributos. Ainda que os preços dos produtos fossem reduzidos, impende notar que sua utilização pode ser compreendida como um tributo negativo sobre o preço de um dado produto ou serviço (PINDYCK; RUBINFELD, 2018, p. 359), gerando a falsa noção de abundância de um recurso escasso, intervindo no papel informacional dos preços e podendo gerar efeitos distributivos

indesejáveis através do maior consumo de cidadãos fora da categoria vulnerável.

Seria então possível discutir a viabilidade do Estado adquirir os produtos cuja elevação de preços foi mais substancial e então efetuar doações aos mais necessitados a partir de critérios estabelecidos pela própria Administração Pública.

O primeiro entrave a ser superado seria justamente a imposição de linhas divisórias entre os segmentos sociais, dado que pessoas em situação praticamente idêntica seriam divididas por uma distinção infinitesimal ou ainda haveria possibilidade de excessiva ampliação dos critérios.

Ainda que este obstáculo seja superado, há de se considerar que o Estado é um comprador de pouca eficiência, sabendo-se que diversas compras emergenciais (muitas delas com dispensa de licitação) realizadas para o enfrentamento da COVID-19 sofreram por preço acima do valor de mercado, aquisição de produtos imprestáveis ou sequer houve a entrega dos produtos contratados (G1, 2020b); (ISTOÉ, 2020); (SEABRA, 2020).

Supondo que estes desafios sejam de alguma maneira ultrapassados, ainda restaria um desafio sutil, mas igualmente relevante, que seria o de descobrir as preferências individuais dos grupos vulneráveis e atendê-las de modo eficiente.

Neste cenário, indivíduos mais próximos à fome certamente prefeririam ter acesso a alimentos do que a álcool em gel, ainda que ambos os bens sejam importantes para a sobrevivência na pandemia.

Não é papel do Estado julgar (do ponto de vista moral ou das preferências individuais) a fome alheia e tampouco sua higiene, restando insuperável nos moldes atuais descobrir e ajustar as doações às necessidades de cada um dos grupos familiares mais necessitados, ainda mais em um espaço de tempo que não permite qualquer pesquisa ampla e aprofundada.

Verificados os empecilhos à concessão de subsídios e à aquisição direta dos produtos por parte do Estado, parece evidente que um sistema de transferência de renda (BASTAGLI et al., 2019); (FRIEDMAN, 2002, p. 192) se apresenta como medida menos gravosa quando há necessidade de uma decisão rápida, ainda que imperfeita, pois não impacta o papel informacional do sistema de preços e permite que as soluções de médio prazo do mercado possam ocorrer sem prejuízo da concorrência entre fornecedores.

Ao lado disto, possui a vantagem de permitir que os grupos favorecidos possam alocar seus recursos de acordo com suas preferências individuais, ajustando as aquisições às suas restrições orçamentárias e maximizando a utilidade derivada da renda percebida.

Contudo, a transferência de renda certamente também é objeto de críticas que possuem pertinência, visto que a demarcação dos grupos vulneráveis sofreria dos mesmos

males que a decisão do Estado em relação a quais pessoas fariam jus a receber doações de produtos.

Além disto, critica-se a transferência de renda por: (i) gerar desincentivos aos agentes; e (ii) o desenvolvimento econômico é um melhor redutor de desigualdade social (SHADY; FISZBEIN, 2009, p. 46).

Diante de situações excepcionais como a pandemia causada pela COVID-19, tais críticas perdem força, visto que a transferência de renda é fixada por um dado período de tempo, não interferindo nos incentivos aos agentes econômicos no médio e longo prazo, assim como aguardar o desenvolvimento para solver problemas observados no curto prazo se torna uma opção passível de graves questionamentos éticos e econômicos.

Foi este, inclusive, o caminho escolhido pela Administração Pública através do Auxílio Emergencial instituído pela Lei Ordinária de nº: 13.982/20 e que, por conta da miserabilidade extrema de inúmeros brasileiros, ocasionou até mesmo melhora na renda da população (DUQUE, 2020).

Não se pode olvidar, entretanto, que os programas de transferência de renda possuem elevado impacto nas finanças públicas, devendo ser cuidadosamente sopesada sua aplicação diante do espaço fiscal disponível, além de ganhos políticos ao governo de turno.

Em resumo, dadas as opções, dentro de um cenário de pouca informação e possibilidade real de que a conduta do Estado leve a resultados negativos, programas de transferência de renda surgem como alternativas melhores que o controle de preços.

4 TESTE DO TEMPO: 2020 e 2021

Este artigo foi inicialmente elaborado no segundo semestre de 2020, ao passo que a presente versão é redigida em meados de 2021. Procurou-se manter o texto original e corrigir apenas as falhas apontadas durante sua exposição no I Seminário de Pesquisa de pós-graduandos em Direito do Centro-Oeste para verificar se o escrito resistiu ao “teste do tempo”, exercício que se faz neste momento.

Conforme o site do Ministério da Saúde em pesquisa realizada em 24.05.21, o Brasil conta hoje com 449.858 mil óbitos em decorrência de COVID-19 (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021) e, na mesma data, o consórcio de veículos de imprensa estima que 20,9% da população brasileira recebeu a primeira dose de alguma vacina para imunização frente ao coronavírus (G1, 2021a). Disto já se pode notar que a retomada da economia não ocorrerá imediatamente, posto que o vírus permanece no território nacional e boa parte da

população não recebeu sequer uma dose de vacina, não sendo impossível supor novas reaberturas e fechamentos de comércio ao longo do ano de 2021 por conta das chamadas “ondas”.

Como se isto não bastasse, os dados continuam extremamente preocupantes em todos os setores. No quarto trimestre de 2020, 13,9 milhões de pessoas se encontravam desempregadas (IBGE, 2021a), o IPCA acumulado nos últimos 12 meses e tendo por referência abril de 2021 é de 6,76% (IBGE, 2021b) e o IGPM, acumulado nos últimos 12 meses e tendo por referência abril de 2021 é de 32% (FGV, 2021).

Ao lado disto, o Auxílio Emergencial, cujo valor estava entre R\$ 600,00 a R\$ 1.200,00 por mês chegou ao fim em dezembro de 2020 e somente foi retomado em 2021 em valores que giram entre R\$ 150,00 a R\$ 375,00 ao mês.

Ao mesmo passo, a dívida pública alcança o percentual de 89,3% do PIB, percentual que mantém rota ascendente desde 2014 (MARTELLO, 2021). Noutras palavras, o espaço fiscal para medidas de transferência de renda aos mais necessitados se torna cada vez menor (MENDES, 2021a).

O simples aumento do gasto público não é uma medida simplória e despida de consequências:

Essa ameaça não está em um futuro incerto. As empresas, as famílias, os poupadores e os investidores externos antecipam o futuro. Por isso, já estão ocorrendo hoje no país fuga de capitais, desvalorização excessiva da moeda nacional, pressões inflacionárias persistentes e queda das perspectivas de investimento e de retomada do crescimento em 2021 e nos anos seguintes. Os efeitos negativos, portanto, já começaram mesmo antes da renovação do auxílio, gerados apenas pela possibilidade de um desfecho negativo do ponto de vista fiscal. (MENDES, 2021b)

Assim, a manutenção do auxílio emergencial exige um esforço conjunto da Administração Pública através do financiamento do programa com recursos oriundos de: i) emendas parlamentares; ii) poderes e órgãos autônomos; e iii) revogação da desoneração da folha de pagamento. (MENDES, 2021b). Ao mesmo passo, há necessidade de medidas visando a redução da dívida pública, tais como: i) participação dos Estados e Municípios; ii) prorrogação do congelamento da folha de pagamento do funcionalismo; iii) remoção de benefícios fiscais do IRPF; iv) revogação de benefícios fiscais a pessoas jurídicas; e v) extinção ou privatização de estatais (MENDES, 2021b), que somente teriam impacto em 2022, dada a ausência de medidas deste jaez no ano de 2020.

Em resumo, a quantidade de mortos pela COVID-19 não deixa dúvidas de uma rota ascendente e que pode prejudicar os já combalidos setores de produtos e serviços, a renda

da população mais vulnerável está comprometida e o nível de preços continua em ampla ascensão. Por outro lado, o espaço fiscal diminuto não permite grandes medidas contracíclicas. Neste cenário, cumpre questionar se se mantêm hígidas as colocações deste artigo.

A princípio, pode-se pensar que seria necessária alguma medida interventiva, ainda que em curto espaço de tempo, para que fosse possível frear o aumento de preços e proporcionar maior consumo às camadas mais pobres da população brasileira.

Contudo, mesmo estes dados alarmantes não são suficientes para debelar o fato de que as medidas de controle de preços tenderão a ampliar os problemas suportados pelos brasileiros, como se verifica na política de precios cuidados argentina (ARGENTINA, 2020), que redundou em aumento dos preços dos produtos controlados acima da inflação (CLARÍN.COM, 2021), desabastecimento (MAGNANI, 2021) e até em “greve” de produtores de proteína animal por conta de proibição de exportações (G1, 2021b).

A isto se deve acrescentar que uma medida de controle de preços no presente momento pode mais uma pá de cal no combalido ambiente de negócios brasileiro, sendo necessário extremo cuidado na intervenção na precificação.

Em um cenário desta magnitude, evidencia-se a ausência de opções simples, mas parece ser menos invasiva a continuidade de programas de transferência de renda e implementação de tributações excepcionais sobre os setores mais abastados da sociedade do que empreender intervenção nos preços de mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos itens anteriores, verificou-se que o surgimento da COVID-19 causou impactos na cadeia de produtos e serviços, elevando preços e tornando ainda mais difícil o acesso dos grupos vulneráveis a itens de higiene essenciais para o enfrentamento da pandemia.

Uma das medidas que sempre retorna ao debate é a intervenção do Estado na precificação de produtos e serviços a fim de conter o aumento de preços, especialmente porque a legislação brasileira se utiliza amplamente de cláusulas gerais, possibilitando interpretações a partir do CDC que tornariam legítimo controle de preços por parte do Estado em suas diversas funções.

Porém, tais medidas sofrem severas críticas teóricas e empíricas, especialmente dentro da experiência brasileira, dados os riscos de escassez, criação de mercados informais, perda de qualidade e disparada de preços tão logo cesse a intervenção caso os preços impostos não sejam adequados à realidade do mercado.

Neste cenário, medidas de transferência de renda parecem menos danosas à relação entre os cidadãos, ainda que tenham custos não negligenciáveis sobre as finanças públicas, devendo sempre haver moderação e parcimônia em sua aplicação.

Espera-se que o artigo possa auxiliar no debate jurídico a respeito da intervenção do Estado na precificação, especialmente à luz da teoria microeconômica.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Veja as dicas da OMS para se proteger do novo coronavírus**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-02/veja-dicas-da-oms-para-se-proteger-do-coronavirus>>. Acesso em: 16 set. 2020.

APUFPR. **18M: APUFPR sugere oito medidas para o Brasil enfrentar a pandemia do Coronavírus** APUFPR, 18 mar. 2020. Disponível em: <<https://apufpr.org.br/2020/03/18/18m-apufpr-sugere-oito-medidas-para-o-brasil-enfrentar-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 27 set. 2020

ARGENTINA. **Precios Cuidados**. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/precios-cuidados>>. Acesso em: 27 maio. 2021.

BARROSO, L. R. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS. **Revista dos Tribunais**, v. 795, p. 55–76, jan. 2002.

BASTAGLI, F. et al. The Impact of Cash Transfers: A Review of the Evidence from Low- and Middle-income Countries. **Journal of Social Policy**, v. 48, n. 3, p. 569–594, 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 771, de 2020 - Pesquisas - Senado Federal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141124>>. Acesso em: 14 maio. 2020a.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1610, de 2020 - Pesquisas - Senado Federal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141450>>. Acesso em: 14 maio. 2020b.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1453, de 2020 - Pesquisas - Senado Federal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141412>>. Acesso em: 14 maio. 2020c.

BRASIL. CADE. DEE. **NOTA TÉCNICA Nº 16/2020/DEE/CADE**, 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus Brasil**. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

BRASIL. SENACON. **Nota Técnica n.º 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**, 2020.

CLARÍN.COM. **Los Precios Cuidados suben más que el resto: por qué**. Disponível em: <https://www.clarin.com/economia/precios-cuidados-suben-resto_0_e1-z4A5f9.html>. Acesso em: 27 maio. 2021.

COMPARATO, F. K. REGIME CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DE PREÇOS NO MERCADO. In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Eds.). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6p. 429–446.

DUQUE, D. **Uma avaliação do Auxílio Emergencial: Parte 1 | Blog do IBRE**. Disponível em: <<https://blogdoibre.fgv.br/posts/uma-avaliacao-do-auxilio-emergencial-parte-1>>. Acesso em: 4 out. 2020.

FERREIRA, A. **Procon interdita farmácia que vendia 500 ml de álcool gel por R\$ 49,90 no DF**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/03/20/procon-intendida-farmacia-que-vendia-500-ml-de-alcool-gel-por-r-4990-no-df.ghml>>. Acesso em: 16 set. 2020.

FGV. **IGP-M varia 1,51% em abril de 2021**. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/igpm-abril-2021>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

FRIEDMAN, M. **Capitalism and Freedom**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2002.

G1. **Como se prevenir do coronavírus?** Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/02/27/como-se-prevenir-do-coronavirus.ghml>>. Acesso em: 16 set. 2020a.

G1. **Polícia realiza operação em seis estados e expõe superfaturamento de compras na Saúde**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/quadros/cade-o-dinheiro-que-tava-aqui/noticia/2020/05/10/policia-realiza-operacao-em-seis-estados-e-expoe-superfaturamento-de-compras-na-saude.ghml>>. Acesso em: 15 maio. 2020b.

G1. **Mapa da vacinação contra Covid-19 no Brasil | Vacina**. Disponível em: <<https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>>. Acesso em: 24 maio. 2021a.

G1. **Produtores argentinos fazem greve contra o fim das exportações de carne**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2021/05/20/produtores-argentinos-fazem-greve-contr-o-fim-das-exportacoes-de-carne.ghml>>. Acesso em: 27 maio. 2021b.

GALBRAITH, J. K. Reflections on Price Control. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 60, n. 4, p. 475–489, ago. 1946.

GRAU, E. R. Notas Sobre o Ordenamento Jurídico dos Preços. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 22, p. 139–176, 1979.

GUEDES FILHO, E. M.; ROSSI, C. INFLAÇÃO NAS DÉCADAS DE 80 E 90 E OS PLANOS DE ESTABILIZAÇÃO. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 44, p. 193, 2009.

HAYEK, F. A. The Use of Knowledge in Society. **The American Economic Review**, v. 35, n. 4, p. 519–30, 1945.

IBGE. **Desemprego | IBGE**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>>. Acesso em: 24 maio. 2021a.

IBGE. **Inflação | IBGE**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php>>. Acesso em: 24 maio. 2021b.

INSTITUTO PÓLIS. **Raça e covid no Município de São Paulo**. Instituto Pólis, 2020. Disponível em: <<https://polis.org.br/estudos/raca-e-covid-no-msp/>>. Acesso em: 4 out. 2020

ISTOÉ. **Compras emergenciais para combate à Covid-19 são investigadas em 11 Estados - ISTOÉ Independente**. Disponível em: <<https://istoe.com.br/compras-emergenciais-sao-investigadas-em-11-estados/>>. Acesso em: 15 maio. 2020.

KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada na era digital consumo, dados e concorrência**. 2020. 279 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MAGNANI, R. **Faltantes en las góndolas: entregan menos productos en medio de la puja por el control de precios**. Disponível em: <https://www.clarin.com/sociedad/faltantes-gondolas-entregan-productos-medio-puja-control-precios_0_2Dkqb-ksl.html>. Acesso em: 27 maio. 2021.

MANIKW, G. **Principles of Microeconomics**. 8. ed. Boston: Cengage Learning, 2018.

MARTELLO, A. **Dívida bruta do setor público sobe para 89,3% do PIB em 2020, novo recorde**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/01/29/divida-bruta-do-setor-publico-sobe-para-893percent-do-pib-em-2020.ghtml>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

MARTINS-COSTA, J. O direito privado como um “sistema em construção” - As cláusulas gerais no projeto do Código Civil. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Eds.). **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MARX, K. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MENDES, L. **Há pouco ou nenhum espaço para novo auxílio emergencial, diz presidente do BC**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/ha-pouco-ou-nenhum-espaco-para-novo-auxilio-emergencial-diz-presidente-do-bc/>>. Acesso em: 27 maio. 2021a.

MENDES, M. O financiamento do auxílio emergencial: medidas excepcionais para tempos excepcionais. **INSPER**, p. 1–17, 2021b.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus: Ministério da Saúde lança campanha de prevenção**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/coronavirus-ministerio-da-saude-lanca-campanha-de-prevencao>>. Acesso em: 7 out. 2020.

MORRIESEN, C. **Coronavírus em Joinville: fábrica clandestina de álcool gel é descoberta pela polícia**. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/noticias/coronavirus-em-joinville-fabrica-clandestina-de-alcool-gel-e-descoberta-pela-policia>>. Acesso em: 16 set. 2020.

MUCELIN, G.; D'AQUINO, L. S. O PAPEL DO DIREITO DO CONSUMIDOR PARA O BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO BRASILEIRA E O ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE COVID-19. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129, p. 17–46, 2020.

NEVES, R. S. O ESTADO REGULADOR: A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO INFORMADOR DA REGULAÇÃO DO MERCADO. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 44, p. 209–223, 2003.

OAB-AP. **Presidente da OAB Amapá sugere o congelamento de preços de produtos para prevenção ao coronavírus**. Disponível em: <<https://www.oabap.org.br/noticias/presidente-da-oab-amapa-sugere-o-congelamento-de-precos-de-produtos-para-prevencao-ao-coronavirus>>. Acesso em: 27 set. 2020.

OAB-CE. **OAB-CE recomenda ao Governo Federal congelamento de preços dos produtos de prevenção ao Coronavírus**. Disponível em: <<http://oabce.org.br/2020/03/oab-ce-ira-recomendar-ao-governo-federal-congelamento-de-precos-dos-produtos-de-prevencao-ao-coronavirus/>>. Acesso em: 14 maio. 2020

PIMENTEL, M. P. ASPECTOS NOVOS DA LEI DE ECONOMIA POPULAR. **Revista dos Tribunais**, v. 607, p. 263–271, 1986.

PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. **Microeconomics**. Harlow: Pearson, 2018.

RAMOS FILHO, C. A. DE M. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: LIMITES E MODALIDADES À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 88, p. 60–90, 2009.

RIBEIRO, L. **Camex zera tarifa de importação de álcool em gel, máscaras e respiratórios**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/03/18/camex-zera-tarifa-de-importacao-de-alcool-em-gel-mascaras-e-respiratorios.htm>>. Acesso em: 16 set. 2020.

RIOS, F.; SECOM. **Brasil confirma primeiro caso da doença**. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>>. Acesso em: 7 out. 2020.

ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas Abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSÁRIO, M. **Coronavírus: álcool em gel será vendido sem lucro em supermercados de SP**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/coronavirus-doria-governo-medidas/>>. Acesso em: 16 set. 2020.

SALOMÃO, K. **A corrida do álcool em gel: como o produto foi da escassez ao excesso**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/depois-de-corrida-por-alcool-em-gel-estoque-estabilizou-e-ha-ate-sobra/>>. Acesso em: 14 maio. 2020.

SAYEG, R. H. PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 7, p. 37–58, 1993.

SEABRA, C. **Polícia faz operação para apurar suspeita de fraude em compra milionária de respiradores em SC**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/policia-faz-operacao-para-apurar-suspeita-de-fraude-em-compra-milionaria-de-respiradores-em-sc.shtml>>. Acesso em: 15 maio. 2020.

SENA, T. **Coronavírus: 375 frascos falsificados de álcool em gel são apreendidos em fábrica clandestina em SP**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/02/coronavirus-375-frascos-falsificados-de-alcool-em-gel-sao-apreendidos-em-fabrica-clandestina-em-sp.ghml>>. Acesso em: 16 set. 2020.

SHADY, N.; FISZBEIN, A. **Conditional Cash Transfers: Reducing Present and Future Poverty**. Washington: The World Bank, 2009.

TIMM, L. B. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VARIAN, H. R. **Intermediate Microeconomics: A modern approach**. 9. ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2014.

WALLACE, D. Price Control and Rationing. **The American Economic Review**, v. 41, n. 1, p. 60–62, mar. 1951.