

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 17, número 3, set./dez. 2022



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 17, número 3, set./dez. 2022

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 17, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set/dez. 2022



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura

Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo

Coordenadora do Curso de Direito: Profa. Ms. Tatiana de Souza Araújo Antunes

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello

Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

v. 17, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set./dez. 2022 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2022– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

SUMÁRIO

O OLHAR DAS PARLAMENTARES TOCANTINENSES ELEITAS PARA O QUADRIÊNIO 2019-2022 SOBRE AS COTAS DE GÊNERO NO SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL. Guilherme Sandoval Góes	11
CONSTITUCIONALISMO, CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, EASY CASES, HARD CASES E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE DIRIMIR CONFLITOS. Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela	34
MOÇAMBIQUE E A GEOPOLÍTICA DO PETRÓLEO E DO GÁS. Edson da Graça Francisco Macuácuá, Mervin Stewart Sampaio da Mota	54
A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO. Ueslen da Silva	81
O HIATO ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA NA ADPF Nº 442 (INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO). Renzzo Giacomo Ronchi	105
A NECROPOLÍTICA DO ESTADO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA ENTRE OS POVOS INDÍGENAS. Marcelo Brito, Bruno Ferraz Pêgo	124
TRANSFERÊNCIA E PARTILHA DE RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM MOÇAMBIQUE. Edson da Graça Francisco Macuácuá, Mervin Stewart Sampaio da Mota	142
INTERPRETANDO AS DEMANDAS DE CONSUMO COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL: CARACTERÍSTICAS E INCENTIVOS QUE APONTAM PARA A NECESSIDADE DE UM MELHOR TRATAMENTO. Luiz Gustavo Cavalcanti de Araújo	162
O NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO. Lasaro Farias de Souza Jr	182

EDITORIAL

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 17, número 3, referente ao quadrimestre de 2022, traz muitos artigos científicos com profundidade e abordagens importantíssimas com muitos dos atuais cenários nacionais e internacionais em discussão. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova de expansão desse valioso periódico em várias partes do Brasil e do mundo. E é o que este volume 17, número 3, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica e cultural. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual um olhar panorâmico escrito pela prof. Dr. Vitor Luís de Almeida.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 7 de novembro de 2022.

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

É com renovada satisfação que o Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Montes Claros apresenta o exitoso resultado de mais um volume da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, o qual tem por objetivo dar continuidade à pretensão de que esta revista se concretize como mais um importante meio de divulgação da cultura jurídica.

O conhecimento jurídico produzido na presente edição reverbera em todo o país, sendo decorrente de valiosos textos de profissionais da área acadêmica e prática, os quais nos emprestam sua erudição, apresentando artigos sobre temas de relevância não apenas jurídica, mas também social e política, todos fomentando a valorização do efetivo desenvolvimento de um ordenamento jurídico abalizado num Estado Democrático de Direito.

Com a ilustre colaboração de autores nacionais e estrangeiros, esperamos que o presente volume seja uma ferramenta de trabalho a contribuir na contínua qualificação de acadêmicos e operadores do Direito, fomentando o conhecimento, gerando novas ideias e propulsando o debate, pilares imprescindíveis para consolidação de uma sociedade contemporânea, civilizada e democrática, que passa por imensas transformações.

Iniciando o volume, o Professor Pós-Doutor Guilherme Sandoval Góes apresenta-nos um estudo intitulado “**O OLHAR DAS PARLAMENTARES TOCANTINENSES ELEITAS PARA O QUADRIÊNIO 2019-2022 SOBRE AS COTAS DE GÊNERO NO SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL**”, que analisa como as parlamentares tocantinenses eleitas para o quadriênio

2019-2022 enxergam as cotas de gênero no sistema eleitoral proporcional brasileiro, procurando problematizar o conhecimento das políticas de cotas no sistema eleitoral, a preocupação com o baixo número de mulheres nos espaços de poder, bem como a importância de política pública para o ingresso de outras mulheres na política.

Retomando as temáticas do constitucionalismo e hermenêutica constitucional, a Advogada e Mestranda Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela desenvolve um estudo sobre a necessidade de garantia dos direitos fundamentais, a ser aplicada na resolução de conflitos, apresentando interessantes conclusões no texto ***“CONSTITUCIONALISMO, CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, EASY CASES, HARD CASES E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE DIRIMIR CONFLITOS”***.

Em valiosa contribuição internacional, o Doutor Edson da Graça Francisco Macuácuá, atuando em conjunto com o Mestre Mervin Stewart Sampaio da Mota, nos brinda com um estudo sobre ***“MOÇAMBIQUE E A GEOPOLÍTICA DO PETRÓLEO E DO GÁS”***.

Por sua vez, analisando a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos no âmbito dos contratos individuais trabalhistas, o Mestrando Ueslen da Silva, em sede do estudo ***“A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO”***, ressalta a importância desse contemporâneo método de resolução de conflitos, alternativo à jurisdição, na busca de uma justa e efetiva solução aos referidos conflitos de interesses, abordando as vantagens e desafios de sua utilização.

Em importante estudo de caso, o Magistrado e Mestrando Renzzo Giacomo Ronchi analisa, de forma profícua e eficiente, a importância de valorização das audiências públicas como mecanismo de democratização da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico pátrio, em artigo intitulado ***“O HIATO ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA NA ADPF Nº 442 (INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO)”***.

De outra senda, o Professor e Mestre Marcelo Brito e o acadêmico Bruno Ferraz Pêgo desenvolvem interessante abordagem envolvendo a situação dos povos indígenas do Brasil, em meio à atual pandemia da Covid-19, apresentando-nos o texto ***“A NECROPOLÍTICA DO ESTADO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA ENTRE OS POVOS INDÍGENAS”***.

Coube ainda aos já apresentados autores Edson da Graça Francisco Macuácuca e Mervin Stewart Sampaio da Mota a apresentação de interessante análise sobre **“TRANSFERÊNCIA E PARTILHA DE RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM MOÇAMBIQUE”**, desenvolvida sob a ótica das Parcerias Público-Privadas, Administração Pública, Direito Administrativo e das Finanças, Contabilidade e Gestão Pública.

Sob a ótica do Direito do Consumidor, em artigo intitulado **“INTERPRETANDO AS DEMANDAS DE CONSUMO COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL: CARACTERÍSTICAS E INCENTIVOS QUE APONTAM PARA A NECESSIDADE DE UM MELHOR TRATAMENTO”**, o Mestre Luiz Gustavo Cavalcanti de Araújo oferece um diagnóstico das atuais relações de consumo, visando apresentar uma interpretação que possa possibilitar discussões que se efetivem em eventuais medidas de solução ao problema das demandas repetitivas.

Por fim, o Mestre e Consultor Jurídico Lasaro Farias de Souza Jr nos brinda com temática afeta ao Direito Processual Civil, sob a ótica do artigo **“O NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO”**, no qual apresenta uma abordagem sobre a utilização dos negócios processuais atípicos, no campo do processo civil, como instrumento eficiente na persecução da concretização do modelo constitucional de processo, considerando os paradigmas da autonomia da vontade, devido processo legal e objetivo da jurisdição.

Com a exposição das importantes abordagens em áreas diversas do conhecimento, esperamos que o presente volume possa propiciar, a todos os seus leitores, uma profícua e agradável leitura.

Montes Claros/MG, junho de 2021.

*Prof. Dr. Vitor Luís de Almeida
Juiz de Direito*



**ARTIGOS
CIENTÍFICOS**

**O OLHAR DAS PARLAMENTARES TOCANTINENSES ELEITAS PARA O
QUADRIÊNIO 2019-2022 SOBRE AS COTAS DE GÊNERO NO SISTEMA
ELEITORAL PROPORCIONAL**

**THE VIEW OF THE TOCANTINE MPS ELECTED FOR THE QUADRIENNium
2019-2022 ON GENDER QUOTAS IN THE PROPORTIONAL ELECTORAL
SYSTEM**

Thiago Franco Oliveira¹
Temis Gomes Parente²

RESUMO: A pesquisa investiga e analisa como as parlamentares tocantinenses eleitas para o quadriênio 2019-2022 exercem as cotas de gênero no sistema eleitoral proporcional brasileiro, sendo esse o seu objetivo. Foi utilizado uma abordagem qualitativa através da história oral, que é ao mesmo tempo um método de investigação científica, fonte de pesquisa e também uma técnica de produção e tratamento de depoimentos gravados. Foram observados que os direitos políticos de votar e ser votado são elencados como direitos fundamentais das pessoas, sendo então inerente aos direitos humanos, porém mesmo com isso e com todo avanço legal e constitucional a participação política das mulheres ainda se mostrou muito tímida, principalmente nas eleições proporcionais, acarretando com isso uma baixa representação parlamentar. Como resultado da pesquisa concluiu-se que todas as parlamentares entrevistadas se mostraram conhecedoras das políticas de cotas no sistema eleitoral, apontando ainda preocupação com o baixo número de mulheres nos espaços de poder e ressaltando a importância de tal política pública para o ingresso de outras mulheres na política.

Palavras – Chaves: Gênero; Cota; Mulheres; Parlamentares.

ABSTRACT: The research investigates and analyzes how the parliamentarians from Tocantins elected for the 2019-2022 quadrennium exercise gender quotas in the Brazilian proportional electoral system, which is its objective. A qualitative approach was used through oral history, which is at the same time a method of scientific investigation, a source of research and also a technique for the production and treatment of recorded testimonies. It was observed that the political rights to vote and be voted for are listed as fundamental rights of the people, being therefore inherent to human rights, but even with that and with all legal and constitutional advances, the political participation of women still proved to be very shy, especially in proportional elections, resulting in low parliamentary representation. As a result of the research, it was concluded that all the parliamentarians interviewed were knowledgeable about quota policies in the electoral system, also pointing out concern with the low number of women in

¹Mestrando em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Tocantins,- UFT. Pós Graduado Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins, Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Tocantins, e em Direito Público pelo Centro Universitário UNITOP. Graduação em em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione - FACDO. Docente da Universidade de Gurupi – UNIRG.

²Pós-Doutora pelo CEDEPLAR/UFGM. Doutora e mestra em História pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Titular aposentada da Universidade Federal do Tocantins. Professora voluntária do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade Federal do Tocantins. Foi colaboradora do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Mato Grosso. Coordenou o Doutorado Interinstitucional - DINTER - junto ao programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Coordenou o Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade Federal do Tocantins.

spaces of power and emphasizing the importance of such public policy for the entry of other women. in politics.

Keywords: Gender; Quota; Women; parliamentarians.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o parlamento, representa o povo, sendo, portanto, sistema representativo³, porém não tem sido esse o retrato observado, uma vez que se assim fosse teríamos um número igual ou superior de mulheres ocupando efetivamente as vagas na Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores.

Logo esta pesquisa se propôs a investigar e analisar como as parlamentares tocantinenses eleitas para o quadriênio 2018-2022 exergam as políticas públicas de cotas de gênero no sistema eleitoral proporcional, sistema esse pelo qual foram eleitas.

É importante destacar que gênero na vertente analisada é uma categoria que busca compreender como, historicamente, homens e mulheres, foram categorizados de formas diferentes em oposição binária, numa construção hierárquica, onde o homem ocupa uma posição de superioridade, dominação e racionalidade, aqui destacado pelo maior numero nos parlamentos, o que também reflete a posição social brasileira, onde as mulheres ocupam uma posição de inferioridade.

Assim segundo Scott (1995 p. 86) o “gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder” que perpassa desde os primórdios até os dias atuais e influenciam no modo como homens e mulheres se relacionam, determinando características, oportunidades, expectativas e, principalmente, papéis relacionados à “ser homem” e “ser mulher”, o que como já mencionado tem refletido na participação das mulheres através de candidaturas para o parlamento e sua consequente eleição e permanência nos cargos.

A preocupação com as questões de gênero como mencionado nos parágrafos anteriores, sobretudo no âmbito das políticas públicas, busca compreender o papel exercido pelas mulheres, investigando a forma como elas estão inseridas no território (MIRANDA, SANTOS, 2014, p. 77), e os interesses e as necessidades dos distintos grupos (LISBOA & LUSA, 2010, p. 876), uma vez que também as mulheres não são todas iguais, mas influenciadas por questões como raça e classe social, o que por sua vez não seria diferente na questão de representatividade eleitoral.

As cotas, como ação afirmativa promovidas pelo estado, são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais, sociais, étnicos ou

³ É o regime constitucional em que a nação escolhe, eletivamente, os seus delegados às assembleias políticas.

indivíduos que necessitem de proteção e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais em razão de uma segregação histórica.

Foi assim que surgiu a Lei nº 9.504/97 que estabelecendo normas para as eleições, previu em seu artigo 10, parágrafo 3^o, que cada partido ou coligação deveria preencher as vagas para candidaturas as eleições proporcionais (deputados estaduais, federais e vereadores), com no mínimo 30% e no máximo 70% para candidaturas de cada sexo, ganhando o nome de cota de gênero.

Observa-se que a lei retro mencionada trouxe em seu bojo ocupações mínimas de vagas de candidatura para cada sexo (gênero), ou seja, homens e mulheres, ao passo que segundo a mesma sempre será reservado um percentual mínimo ao sexo oposto, o que sabidamente e até os dias atuais são as mulheres.

Para reforçar a questão das cotas de candidatura por gênero o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) lançou a Resolução nº 23.455/2015, que dispôs sobre a escolha e o registro de candidatos/as nas eleições de 2016, determinando também, a necessidade de observância dos percentuais nos casos de preenchimento das vagas remanescentes e de substituição de candidatos.

Como novidade no sistema eleitoral proporcional a Emenda Constitucional (EC) Nº 97/2017⁵ proibiu, a partir do ano de 2020, a celebração de coligações nas eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, assim o sistema de cotas também ficou restrito ao âmbito do partido, ou seja, o partido deverá apresentar no mínimo 30% (trinta por cento) de candidaturas do sexo oposto ao predominante.

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) também teve cota, destinando no mínimo 30% dos recursos a candidatura de mulheres, assunto que foi pacificado pelo plenário do TSE que confirmou que os partidos políticos deveriam já para as eleições 2018, reservar pelo menos 30% dos recursos financeiros do FEFC para financiar exclusivamente as campanhas de candidatas mulheres.

⁴ Lei 9.504/97. Art. 10 (...) § 3^o Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 1997)

⁵ Art. 1^o A [Constituição Federal](#) passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 17 (...)

§ 1^o É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (...)

Art. 2^o A vedação à celebração de coligações nas eleições proporcionais, prevista no **§ 1^o do art. 17 da Constituição Federal**, aplicar-se-á a partir das eleições de 2020. (...) (BRASIL, 2017)

Na ocasião em que decidiram sobre a destinação de percentual do FEFC para as candidaturas de mulheres, os ministros do TSE entenderam ainda que o mesmo percentual deveria ser considerado em relação ao tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

A decisão colegiada do TSE foi dada na análise de uma consulta apresentada por oito senadoras e seis deputadas federais, onde o entendimento dos ministros foi firmado em consonância com o que foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 15 de março do ano 2018, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617/2018⁶, que determinou a destinação de pelo menos 30% dos recursos do FEFC às campanhas de candidatas.

Quanto à decisão do TSE relativa ao tema da destinação do percentual do FEFC, ficou ainda estabelecido que 30% (trinta por cento) será o percentual mínimo a ser destinado as candidaturas das mulheres, logo havendo mais mulheres o percentual deve ser proporcional a quantidade de candidatas.

No estado do Tocantins nas eleições de 2018 o número de candidatos concorrendo a uma cadeira no parlamento estadual do Tocantins, foi de 234 (duzentos e trinta e quatro) candidatos, onde 156 (cento e cinqüenta e seis), ou seja, 66,66% eram homens, e apenas 78 (setenta e oito) ou 33,34% eram mulheres, (BRASIL, 2020).

Observa-se que a concorrência de mulheres por vaga nas eleições de 2018 foi de 15,6 por vaga, enquanto a de homens foi 8,2 por vaga, ou seja, conclui-se que as vagas das mulheres foram muito mais concorridas, mesmo sendo respeitadas as cotas, alcançou-se quase que o dobro da concorrência dos homens, com isso verifica-se que existe uma clara desigualdade na concorrência, porém mesmo com essa concorrência por vaga o ano de 2018 foi o ano que foi alcançado o maior número de parlamentares eleitas.

⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar as alegações de inconstitucionalidade de norma, deve fixar a interpretação que constitucionalmente a densifique, a fim de fazer incidir o conteúdo normativo cuja efetividade independe de ato do Poder Legislativo. Precedentes. 2. O princípio da igualdade material é prestigiado por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. Precedente do CEDAW. 3. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres. 4. Ação direta julgada procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três ” contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95.

Assim mesmo com todo avanço legislativo buscou-se através da história oral a partir de entrevistas com as deputadas estaduais e federais pelo Tocantins, saber como as mesmas enxergam as políticas públicas, notadamente a de cotas de gênero no sistema eleitoral proporcional, que por sua vez pode refletir diretamente nas suas eleições, sendo este o objetivo geral do estudo.

De maneira específica os objetivos foram analisar como as mulheres deputadas pelo Tocantins alcançaram o mandato parlamentar que exercem; averiguar se existem e se existirem quais as dificuldades na caminhada das mulheres até alcançarem o mandato eletivo; bem como saber se existem e se existirem quais as dificuldades ou não de se manterem na legislatura tendo como plano de fundo a política de cotas de gênero no sistema eleitoral proporcional.

Para alcançar os objetivos mencionados nos parágrafos anteriores foi utilizada uma abordagem qualitativa, tendo como metodologia e método a história oral, que é uma forma de construção do conhecimento que não visa à quantificação e que não busca compreender o objeto de estudo a partir de dados numéricos, mas está orientada para o desenvolvimento de ideias e para a construção de teorias.

Os passos da pesquisa bibliográfica, postulados por Andrade (1993) foram também adotados para a realização deste estudo, compreendendo: escolha e delimitação do tema, coleta de dados, localização das informações, documentação dos dados, seleção do material, plano de trabalho, redação das partes, leitura crítica para a redação final e organização da bibliografia.

A coleta de dados ocorreu com a análise de registros e foi mista, utilizando-se de dados obtidos por meio de registros documentais em emendas constitucionais, leis ordinárias, resoluções, portarias, bem como dados estatísticos constantes na base de dados dos órgãos eleitorais e dos Censos Demográficos do IBGE⁷.

Metodologicamente esta pesquisa lançou mão da história oral, que é ao mesmo tempo um método de investigação científica, uma fonte de pesquisa e uma técnica de produção e tratamento de depoimentos gravados (ALBERTI, 2005).

Enquanto método de pesquisa a história oral trabalha com histórias narradas e “utiliza a técnica da entrevista e outros procedimentos articulados entre si, no registro de narrativas da experiência humana” (FREITAS, 2003, p.5), para fazer a recomposição das vivências do sujeito em sua interação com o mundo (FERREIRA, GROSSI, 2002, p. 123), possibilitando com isso a criação de novas histórias.

⁷Por meio do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (<http://ces.ibge.gov.br/base-dados/metadados/ibge/censo-demografico>).

A história oral como método é apoiado na memória, capaz de produzir representações e não reconstituições do real, pode-se afirmar também que “a memória é socialmente construída, assim como toda documentação também o é, afirmando não haver diferença fundamental entre fonte escrita e fonte oral, quanto a isso ele fala que a crítica da fonte, tal como todo pesquisador aprende a fazer, deve ser aplicada a fontes de tudo quanto é tipo”. (POLLAK, 1992, p. 08).

As entrevistas foram semi-estruturadas, onde um conjunto de tópicos foram elencados e as perguntas previamente elaboradas, porém sem uma ordem de assuntos a serem discutidos. Os temas foram abordados a partir do interesse do pesquisador, mas também a partir das respostas dadas pelas entrevistadas, isso no que diz respeito especificamente as entrevistas que ocorreram por meio de ferramenta tecnológica consistente no google meet, ou seja, entrevista virtual e em tempo real.

Cumprir destacar que em razão da pandemia da covid-19 algumas entrevistas foram realizadas através de aplicação de formulário eletrônico pelo *google forms*⁸ de modo a possibilitar a participação de uma maior número de parlamentares, uma vez que na grande maioria dos municípios tocantinos estavam proibidas reuniões presenciais⁹, valendo aqui destacar que os contatos foram realizados por email institucional, pessoal e por aplicativo de mensagens (whatsapp), tanto junto as próprias entrevistadas quanto a suas respectivas assessorias.

De acordo com a regras para pesquisas com seres humanos antes do procedimento de coleta de dados (entrevistas) com a população almejada, qual seja, as parlamentares tocantinoses, a pesquisa foi submetida ao Comitê de Ética e Pesquisa com Seres Humanos, conforme a Resolução 466/2012 e 510/2016 do Conselho Nacional de Saúde, não havendo, portanto discriminação na seleção dos indivíduos nem a exposição a riscos que comprometessem a integridade física e psíquica das pessoas entrevistadas, até mesmo porque se tratou de um grupo específico, haja visto se tratar de entrevistas temáticas para elucidar as indagações do pesquisador quanto a participação das mulheres/candidaturas no sistema eleitoral proporcional, sendo devidamente aprovado e autorizado, conforme consta no Parecer CEP N°. 4.189.406 da Plataforma Brasil.

Foi ainda apresentado e enviado o convite para participação na pesquisa, bem como encaminhado o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), contendo o roteiro que orientou a pesquisa para que as entrevistadas convidadas pudessem se situar sobre o tema.

⁸ O *Google Forms* é um aplicativo de gerenciamento de pesquisas lançado pelo Google. Os usuários podem usar o *Google Forms* para pesquisar e coletar informações sobre outras pessoas e também podem ser usados para questionários e formulários de registro. As informações coletadas e os resultados do questionário serão transmitidos automaticamente.

⁹ As entrevistas foram realizadas de fevereiro a junho do ano de 2021 através do *Google Meet* que é uma plataforma de vídeo conferência da Google.

Durante as entrevistas busou-se criar um clima de reciprocidade e respeito, mesmo sendo virtual, de modo que as entrevistadas que participaram do encontro sentiram-se a vontade para colocar suas vivências e pontos de vista (PORTELLI, 2001; THOMPSON, 2002; ALBERTI, 2005; TOURTIER-BONAZZI, 2006). Isso é especialmente importante porque os dados obtidos dependem, em grande parte, da relação estabelecida entre entrevistado e entrevistador (PORTELLI, 1997).

Devido ao fato das entrevistas serem gravadas, mediante consentimento prévio da participante e depois transcritas, de modo a se tornar um texto, Portelli (2001) afirma que isso se trata de um gênero de discurso no qual a palavra oral e a escrita estão presentes e se desenvolvem em conjunto, de modo que falam sobre o passado e o presente.

Na metodologia de base qualitativa como a utilizada aqui o número de sujeitos participantes depende da qualidade das informações obtidas em cada depoimento (DUARTE, 2002), porém como no presente trabalho entrevistou-se as Deputadas Federais pelo estado do Tocantins: Dulce Ferreira Pagani Miranda (Dulce Miranda) e Maria Auxiliadora Seabra Rezende (Professora Dorinha) e as Deputadas Estaduais: Claudia Telles de Menezes Pires Martins Lelis (Cláudia Lelis), Luana Matilde Ribeiro Lima (Luana Ribeiro), Valderéz Castelo Branco Martins (Valderéz Castelo Branco e Vandelúcia Monteiro de Castro (Vanda Monteiro)¹⁰, somente não sendo possível ouvir a Deputada Amalia Maria Santana da Silva (Amália Santana) que não deu retorno sobre o convite, em que pese a inssitência do pesquisador que encaminhou emails e fez contato com assessores da parlamentar . Sendo oportuno destacar que algumas se deram por entrevistas e outras apenas por respostas ao roteiro de entrevista enviado via email.

Após as entrevistas, este pesquisador realizou o processo de degravação, denominado processamento (ALBERTI, 2005), transformando em texto todo o áudio das entrevistas. Esse procedimento é descrito por diversos autores (PORTELLI, 2001; THOMPSON, 2002; FREITAS, 2003; ALBERTI, 2005) como parte do método e momento em que o depoimento se torna um texto escrito, ou seja, um documento. Isto é particularmente importante, porque possibilita que a história se torne pública (PORTELLI, 2001), e possa ser integrada e comparada com outras fontes (PORTELLI, 1997) como livros, relatórios, estatísticas, entre outros.

Assim buscou-se ao longo de todo o estudo trazer as lembranças , memórias e histórias das deputadas do Estado do Tocantins, junto a uma análise qualitativa aprofundada, verificando como exeragam as políticas de cotas de gênero no sistema eleitoral proporcional.

¹⁰ Todas as parlamentares tocantineses participantes da presente pesquisa concederam autorização para o uso do seu nome, conforme consta nos formulário de entrevista, sendo todas informadas dos riscos e incômodos que poderiam sofrer por meio TCLE.

1 O DIREITO DAS MULHERES DE VOTAREM E SEREM VOTADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nenhuma das outras havia trazido expressamente o direito ao voto para as mulheres uma vez que sempre se referiam a “ambos os sexos” não fazendo referência clara ao gênero feminino, o que restou vencido, pois esta em seu artigo 5º, onde tratou sobre os direitos e garantias fundamentais estabeleceu que “homens e mulheres” são iguais em direitos e obrigações.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) (BRASIL, 1988)

No mesmo sentido em seu capítulo IV que trata sobre os direitos políticos, em seu art. 14, parágrafo 1º, ficou estabelecido que o voto é obrigatório para maiores de 18 anos, o que analisado em consonância com o previsto no seu artigo 5º, inciso I, deixa claro que estão incluídos ali tanto homens como mulheres, pois tal constituição trouxe em seu texto literal neste dispositivo uma igualdade formal entre homens e mulheres.

Maciel (2007) mencionou que como se não bastasse a regra geral de que todos são iguais perante a lei, consagrada no caput do artigo 5º, a Constituição Federal se preocupou tanto em condenar as distinções entre os homens e mulheres que acrescentou, no inciso I do mesmo artigo a particular igualdade entre o homem e a mulher, já explicitada no inciso IV, do art. 3º, quando determinou como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos, dentre outros, de sexo, sendo então essa a igualdade formal, ou seja previsto no texto de lei.

2 A BAIXA PRESENÇA DAS MULHERES NOS PARLAMENTOS

Em contra partida a todo o avanço legal e constitucional a participação política das mulheres no Brasil e no Tocantins ainda é muito tímida, principalmente em eleições proporcionais (parlamento), e conseqüentemente a representação (eleitas) é muito baixa se comparado a do gênero masculino, que predomina tanto no Poder Legislativo quanto no Executivo, podendo tal sub representatividade ser fruto dos anos de cerceamento à presença de mulheres nos espaços de poder.

O poder executivo, ou seja, o sistema majoritário¹¹, diferentemente do legislativo (proporcional) não é submetido a política de cotas, o que também contribui para a criação de uma sub representatividade feminina neste sistema.

É neste contexto que, após a constatação da subvalorização feminina no ambiente familiar e no ambiente de trabalho, se verifica também a discriminação de gênero na esfera política, especificamente na arena eleitoral, mesmo após a conquista do voto, fato que ocasionou a sub-representação feminina.

Contudo, nos últimos anos, observou-se que a inclusão das demandas feministas ao programa liberal não modificou materialmente a situação das mulheres, revelando que a hierarquia construída culturalmente entre os sexos viciou a efetividade da equiparação política entre eles. (ALMEIDA, 2015, p. 14).

As cotas são política públicas afirmativas para corrigir distorções históricas, onde através de dispositivos de leis são reservados percentuais para aquela população historicamente desamparada, assim as cotas eleitorais, denominadas também de cota de gênero, consiste na reserva de um percentual de vagas para candidaturas de mulheres (minorias) no sistema eleitoral proporcional, ou seja, nas eleições gerais para as cadeiras de deputados estaduais e federais e nas eleições municipais para as cadeiras na câmara municipal de vereadores.

Em decorrência de demandas feministas, em especial na busca de espaço para as mulheres o que ocorreu através das ondas feministas, principalmente da primeira onda, que inaugurou a reivindicação de espaços públicos para as mulheres é que se observou a alteração legislativa, para através de uma política afirmativa¹², que são as cotas de gênero, criada para sanar um equívoco praticado ao longo da história, onde como já mencionado, a mulher era relegada simplesmente ao espaço doméstico, criando assim a sub representatividade das mesmas no meio político representativo.

Não se pode deixar de mencionar que ao tratar sobre o tema o legislador trouxe o percentual a ser preenchido por “cada sexo” e não por “gênero”, porém ao interpretar a literalidade do texto da lei utilizando a técnica de interpretação teleológica que é aquela que busca dar sentido à vontade do legislador quando da edição das normas se conclui que o mesmo estava buscando ali dizer

¹¹ No sistema majoritário, são eleitos os seguintes candidatos: presidente da República, governador de estado e do Distrito Federal, senador e prefeito. Será eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos. (BRASIL, 2020)

¹² Ações ou políticas afirmativas são programas de governo criados para tentar mitigar eventuais prejuízos causados a grupos de reconhecida discriminação ao longo de nossa história, tais como os afrodescendentes, os homossexuais, as minorias religiosas, entre outros.

“gênero feminino”, porém também se preocupando com garantir, que caso um dia o gênero predominante no sistema representativo, o masculino, fosse minoria também estaria assistido em seu favor pela norma de reserva de vagas mínimas.

Fruto dos tencionamentos, e principalmente da luta das mulheres deputadas, em especial de Marta Suplicy, foi proposto no ano de 1995 o Projeto de Lei nº 783, de 1995, que acabou se tornando a Lei Nº. 9.100/1995 que dispôs o seguinte em seu art. 11, § 3º.

Art. 11 (...)

§3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidos por candidaturas de mulheres. (BRASIL, 1995).

Nas palavras de Suplicy.

Sem ações afirmativas, esta velocidade não será aumentada de maneira que nós mulheres avaliamos como adequada. Além dos empecilhos para obterem indicações para suas candidaturas, as mulheres geralmente enfrentam dificuldades pessoais na infraestrutura familiar, na falta de equipamentos sociais (creches, escolas de tempo integral), assim como impossibilidade para maior capacitação. A obrigatoriedade da indicação de mulheres fará com que os partidos, para manterem seus assentos nos legislativos, invistam de várias formas (financeira, capacitação, espaço político), nas mulheres filiadas em suas siglas. (SUPLICY, 1995, p. 18999)

Assim após muita luta e poucos avanços e pensando em fortalecer e assegurar a presença de um número maior de mulheres no parlamento foi editada a Lei nº 9.504/97, que estabeleceu normas para as eleições, e foi alterada pela lei Nº. 12.034 de 29 de setembro de 2009.

A lei mencionada no parágrafo anterior estabeleceu em seu artigo 10, parágrafo 3º, que cada partido deverá preencher as vagas para candidaturas às eleições proporcionais (deputados estaduais, federais e vereadores), com no mínimo 30% (trinta por cento) e no máximo 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

É necessário ressaltar que muito embora a Lei nº 9.504/97 já trouxesse em seu bojo as cotas eleitorais para mulheres, isso somente veio a ser efetivado 12 anos depois com o advento da Lei Nº. 12.034/2009, ou seja, o sistema de cotas é razoavelmente novo na legislação eleitoral brasileira, ou seja, esta em vigor a pouco mais de 11 anos.

É necessário destacar também que antes da alteração trazida pela Lei Nº. 12.034/2009, o texto legal previa a reserva de 30%, o que fazia com que se as vagas que não fossem preenchidas com mulheres, deveriam ficar reservadas, ou seja, o número de homens poderia alcançar 70% das vagas.

Após a alteração que esta em vigência até os dias atuais o texto passou a mencionar a palavra preencher, assim as vagas serão proporcionais, ou seja, para que seja preenchida a vaga de homens deverá ser observado o percentual de mulheres, para que só assim sejam registradas as candidaturas através do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP), que será indeferido caso não seja observado tal requisito.

Em que pese o Brasil hoje ter um maior número de sua população de mulheres, refletindo isso também no maior número de eleitoras, tal retrato não é transferido quando se fala do número de mandatárias, situação esta que se repete no estado do Tocantins.

3 O OLHAR DAS PARLAMENTARES SOBRE AS POLÍTICAS DE COTAS NO SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL

Aqui buscou-se analisar as falas das parlamentares tocantinenses sobre como exercem e avaliam a importância da política de cotas no sistema eleitoral, bem como a existência de reflexos de tal política pública em suas eleições e/ou manutenções de mandatos.

Foi analisado também a relação que cada parlamentar possui com a política tocantinense, em especial a existência de vínculos familiares com políticos tradicionais¹³, sendo tal situação traçada através de um paralelo entre a biografia oficial exposta nas páginas oficiais dos órgãos a quais pertencem e as narrativas que elas gravaram ou escreveram para esta pesquisa, o que só foi possível através da história oral, uma vez que “um documento, uma fonte oficial, nunca poderão transmitir os sentimentos, as dúvidas, as contradições em jogo de um determinado contexto (...)”, (TEDESCHI, 2014, p. 12)

De igual modo Losandro Tedeschi menciona que “atualmente existe o conceito de que não há “verdades absolutas”, especialmente na área das ciências sociais, embasada nas teorias pós modernas, as quais apontam que em toda afirmação existe sempre um olhar de subjetividade e de eventualidade” (TEDESCHI, 2014, p. 8), logo as entrevistas adiante analisadas adotarão cuidados, de igual modo as análises de tais entrevistas.

O estado do Tocantins segue a tendência nacional quanto a ocupação de cadeiras por mulheres sendo que tanto no parlamento estadual como federal o percentual de eleitas não corresponde diretamente ao percentual mínimo estabelecido nas cotas previstas na legislação eleitoral para candidaturas, e certamente não fossem os dispositivos apontados em especial o art. 10, § 3º da Lei 9.504/97, acrescidos dos entendimentos sedimentados dos órgãos responsáveis pelas eleições, o

¹³Para esta pesquisa os políticos tradicionais são aqueles que estão na estrutura de poder independente da ideologia que defendem, muitas vezes não possuindo sequer ideologia, porém com claras ligações com pessoas e grupos que estão em posição de poder ou de influência, sejam elas relativas à economia ou à política. (PUTNAM, 1993; 2000)

número de mulheres tocantinenses nos parlamentos poderia ser ainda menor.

Quanto a ocupação de cadeiras no parlamento estadual do Tocantins, as mulheres ocupam apenas 05 (cinco) cadeiras das 24 disponíveis, ou seja, 1/5 um quinto, sendo que dessas, 04 (quatro) foram reeleitas e uma avançou de vereadora na capital do estado para tal posto.

Assim é necessário conhecermos a biografia oficial das parlamentares estaduais e federais, disponíveis para acesso público no portal da assembleia legislativa <https://www.al.to.leg.br/perfil> e da câmara federal <https://www.camara.leg.br/>.

01. Amália Santana - Amália Maria Santana é goiana natural de Itaberaí, mas veio morar em Colinas do Tocantins com sua família ainda em seus primeiros dias de vida, em 1972. A parlamentar é formada em Letras pela Faculdade de Ensino Superior de Colinas do Tocantins (Fiesc), mas como alega em sua biografia pública disponível no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa do estado do Tocantins, teria sido sua atuação como técnica de enfermagem no serviço público que a transformou em uma militante que tem entre suas bandeiras a defesa das classes menos favorecidas e a luta pelos direitos dos servidores públicos. Amália Santana foi vereadora em Colinas e está em seu terceiro mandato como deputada estadual. Ela é casada com Paulo Jesus da Silva com quem tem três filhos: Paolla, Fabrycio e Sanmara.

02. Cláudia Lelis - Cláudia Lelis é natural do Rio de Janeiro, mas passou a infância e adolescência em Brasília. Veio para o Tocantins há 20 anos para trabalhar como executiva na empresa responsável pela construção do aeroporto de Palmas. Exerceu também o cargo de secretária de comunicação da prefeitura de Palmas. Foi a primeira mulher eleita vice-governadora do Estado do Tocantins, e também a primeira integrante nacional do Partido Verde (PV) a ocupar o cargo. Com perfil dinâmico e focada na solução de problemas que afetam a vida do tocantinense, Cláudia Lelis está em seu primeiro mandato como deputada estadual (...). Cláudia Lelis tem 46 anos, é publicitária e atualmente empresária na capital. É esposa do ex deputado estadual Marcelo Lélis¹⁴, tem quatro filhos, Carolina, João Pedro, Bruna e Lara.

03 - Luana Ribeiro - Luana Ribeiro nasceu em Goiânia (GO). É formada em Turismo, filha do senador João Ribeiro¹⁵ (in memoriam) e da empresária Belisa Ribeiro, e mãe de João Frederico e Pedro. Foi a primeira mulher a presidir a Assembleia Legislativa do Tocantins em 30 anos, e eleita pela quarta vez a uma vaga na Assembleia Legislativa, entre os mais bem votados.

¹⁴ Marcelo de Lima Lelis é paisagista e trabalhou durante 12 anos na prefeitura de Palmas. Em 2004 elegeu-se vereador por Palmas e, em 2006, conseguiu uma vaga como deputado estadual. À época, foi o parlamentar mais votado da história da capital do Tocantins. O candidato já concorreu à prefeitura de Palmas em 2008, 2012 e 2020, mas não foi eleito. (Gazeta do Povo acessado em <https://www.gazetadopovo.com.br/eleicoes/2020/palmas-to/candidatos/marcelo-lelis-pv-candidato-prefeito-palmas/>)

¹⁵ João Batista de Jesus Ribeiro nasceu em [Campo Alegre de Goiás](#) em [25 de junho](#) de [1954](#), foi um [político brasileiro](#) com base política no estado do [Tocantins](#). [Empresário](#) do ramo ótico, iniciou sua carreira política em 1982 como [vereador](#) da cidade de [Araguaína](#) pelo [PDS](#). Eleito [deputado estadual](#) ainda pelo estado de [Goiás](#), participou do

Atualmente está filiada ao PSDB, faz parte da Mesa Diretora há três mandatos e membro de importantes comissões como educação, saúde e segurança pública.

04 - **Valderez Castelo Branco** - Valderez Castelo Branco Martins é esposa do ex deputado Lázaro Botelho Martins¹⁶, mãe de Letícia, Wesley e Willian (in memoriam). Aposentada, foi prefeita de Araguaína por dois mandatos consecutivos (2001/2004-2005/2008), sendo a primeira mulher eleita e reeleita a administrar o município. Em 2014 conquistou seu primeiro mandato como deputada estadual, sendo reeleita em 2018 com expressivo aumento de votos. Como parlamentar, desenvolve um trabalho municipalista e já apresentou projetos em prol da melhoria da qualidade de vida dos tocaninenses.

05 - **Vanda Monteiro** - Vandelúcia Monteiro de Castro Reis, conhecida como Vanda Monteiro. Nasceu em 14 de Abril de 1982 na cidade de Miranorte, no Estado do Tocantins. Residente em Palmas há 26 anos, é bacharel em Direito. Filha de Zoroastro Rodrigues Monteiro (In Memoriam) e Lindaura Ribeiro Monteiro, com uma composição Familiar de seis irmãos. Vanda Monteiro é órfã de pai desde os 15 anos de idade. Segundo sua biografia pública foi dedicada aos movimentos sociais e iniciou ainda muito jovem suas atividades na área social e política, com ações voltadas a práticas esportivas junto à comunidade, contribuindo com o desenvolvimento de Palmas. Vanda Monteiro é casada com Márcio da Costa Reis há 14 anos, com quem tem uma filha, Helloá de Castro Reis. Filiada ao PSL, Vanda Monteiro foi eleita ao cargo de vereadora de Palmas em 2016 com a votação expressiva de 1.825 votos, exercendo seu mandato como primeira secretária da Mesa Diretora da Câmara Municipal. Em 2018 foi eleita Deputada Estadual do Tocantins, para o mandato de 2019-2022 com 7.796 votos, sendo a única deputada estadual no Tocantins eleita no partido do atual presidente da República, Jair Bolsonaro.

Já na câmara federal das 08 (oito) cadeiras disponíveis pra o estado Tocantins apenas 02 (duas) foram preenchidas por mulheres, sendo que ambas foram reeleitas, o que também representa 1/5 (um quinto) do número de vagas, vejamos a biografia oficial das mesmas disponível no site da câmara dos deputados <https://www.camara.leg.br/deputados/quem-sao/>¹⁷:

movimento de criação do estado do [Tocantins](#). Eleito prefeito de [Araguaína](#) entre 1989 a 1992, seguiu para a [Câmara Federal](#) em 1994, com dois mandatos consecutivos. Em 2002 elegeu-se [senador](#) pelo Tocantins. Foi filiado até março de 2005 ao [PFL](#), quando se filiou ao [Partido Liberal](#), transformado em [Partido da República](#). Nas [eleições estaduais no Tocantins em 2010](#) reelegeu-se como o senador mais votado. Morreu no dia 18 de dezembro de 2013 no [Hospital Sírio Libanês](#), em São Paulo. (acessado em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Jo%C3%A3o_Ribeiro_\(pol%C3%ADtico_brasileiro\)#:~:text=4%20Liga%C3%A7%C3%B5es%20externas,Biografia,cidade%20de%20Aragua%C3%ADna%20pelo%20PDS.&text=Eleito%20prafeito%20de%20Aragua%C3%ADna%20entre,elegeu%2Dse%20senador%20pelo%20Tocantins.](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jo%C3%A3o_Ribeiro_(pol%C3%ADtico_brasileiro)#:~:text=4%20Liga%C3%A7%C3%B5es%20externas,Biografia,cidade%20de%20Aragua%C3%ADna%20pelo%20PDS.&text=Eleito%20prafeito%20de%20Aragua%C3%ADna%20entre,elegeu%2Dse%20senador%20pelo%20Tocantins.))

¹⁶ Lázaro Botelho Martins nasceu em ([Loreto](#), Maranhão em [11 de fevereiro](#) de [1947](#) é um [político brasileiro](#) filiado ao [Partido Progressista](#) (PP). Foi deputado federal pelo Estado do Tocantins por 03 mandatos. (acessado em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/L%C3%A1zaro_Botelho#:~:text=L%C3%A1zaro%20Botelho%20Martins%20\(Loreto%2C%2011,federal%20pelo%20estado%20de%20Tocantins.](https://pt.wikipedia.org/wiki/L%C3%A1zaro_Botelho#:~:text=L%C3%A1zaro%20Botelho%20Martins%20(Loreto%2C%2011,federal%20pelo%20estado%20de%20Tocantins.))

¹⁷ Acessado em 19/09/2021.

01 – **Dulce Miranda** - Dulce Ferreira Pagani Miranda; Nascimento: 15/12/1963, Naturalidade: Pocrane , MG Profissões: Advogada, Filiação: Cordovil Ferreira Pagani e Rita Tereza Pagani, Escolaridade: Superior, Mandatos (na Câmara dos Deputados): Deputado(a) Federal - 2015-2019, TO, PMDB, Dt. Posse: 01/02/2015; Deputado(a) Federal - 2019-2023, TO, MDB, Dt. Posse: 01/02/2019. (...) Filiações Partidárias: MDB, 2018, Atividades Partidárias: Atividade Partidária - Câmara dos Deputados Vice-Líder, PMDB, 27/2/2015-9/3/2017; Vice-Líder, Bloco PMDM/PP/PTB/PSC/PHS/PEN, 10/3/2015-16/4/2016; Vice-Líder, Bloco PMDB/PEN, 20/4/2016 1/2/2017; Vice-Líder, MDB, 18/02/2021 - 26/02/2021; Vice-Líder, MDB, 09/06/2021 – (...). Atividades Profissionais e Cargos Públicos: Secretária do Trabalho e Ação Social, Governo do Estado , TO, 2003 - 2003. Estudos e Cursos Diversos: Direito, Instituto de Ensino e Pesquisa Objetivo - IEPO, TO, Palmas .

02 **Professora Dorinha** - Maria Auxiliadora Seabra Rezende, Nascimento: 01/10/1964, Naturalidade: Goiânia , GO, Profissões: Professora, Filiação: Antônio dos Santos Seabra e Maria Consuêlo Bastos Seabra, Escolaridade: Mestrado, Mandatos (na Câmara dos Deputados): Deputado(a) Federal - 2011-2015, TO, DEM, Dt. Posse: 01/02/2011; Deputado(a) Federal - 2015-2019, TO, DEM, Dt. Posse: 01/02/2015; Deputado(a) Federal - 2019-2023, TO, DEM, Dt. Posse: 01/02/2019. Atividades Partidárias: Atividade Partidária - Câmara dos Deputados Vice-Líder, DEM, 25/10/2011-1/2/2013 e 5/2/2013-; Vice-Líder do DEM, 24/3/2015-27/02/2018; Vice-Líder, DEM, 13/08/2018 - 27/08/2018; Vice-Líder, DEM, 20/11/2018 - 28/11/2018; Vice-Líder, DEM, 19/12/2018 - 31/01/2019; Vice-Líder, Bloco PL, PP, PSD, SOLIDARIEDADE, AVANTE, 27/03/2019 - 27/03/2019; Vice-Líder, DEM, 11/12/2019 - 12/12/2019; Vice-Líder, Bloco PL, PP, PSD, SOLIDARIEDADE, AVANTE, 05/03/2020 - 05/08/2020; Vice-Líder, DEM, 05/08/2020 - 26/02/2021; Vice-Líder, DEM, 17/06/2021 - 17/06/2021; Vice-Líder, DEM, 07/07/2021 - 08/07/2021.

As biografias anteriormente relatadas são oficiais, sendo que estão disponíveis para consulta pública nos respectivos sites das instituições a qual estão vinculadas as parlamentares, e mostram que cada uma possui uma trajetória específica para alcançar a cadeira representativa que ocupam no período analisado, sendo que isto pode ser identificado ao longo das entrevistas ou mesmo das respostas aos formulários encaminhados via email pelo *google forms*.

Na análise da entrevistas ficou notado a pouca importância das políticas afirmativas de cotas no sistema eleitoral proporcional para as respectivas eleições das entrevistadas, porém todas se mostraram sensíveis ao tema, apontando o mesmo como sendo muito importante para o ingresso de outras mulheres em um espaço antes ocupado exclusivamente por homens.

A deputada professora Dorinha se mostrou conhecedora das políticas públicas de incentivo a participação das mulheres na política, segundo ela, uma das maiores incentivadoras de projetos voltados ao ingresso de outras mulheres na política, vejamos:

Olha eu acho que é importante. É a nossa proposta de cota de vagas efetiva, ou seja, no número de cadeiras não é uma proposta eterna, é uma proposta de um número de legislaturas. A partir, inclusive era gradativo, hoje a gente já superou era 10%, 15% e 16% acho que é 10 15 16, uma coisa assim, por algumas eleições na ideia de que se as mulheres chegarem a mais vereadoras mais deputadas mais Prefeitas, a gente começa ter um conjunto de representação, eu acho que ela é importante. Lógico que assim eu teria que ter muito tempo para poder falar para você sobre isso, o que que eu penso da questão da cota no formato que o Brasil tem adotado, só a cota no formato que tem adotado, ele tem não é por acaso que nós temos um número de mulheres, assim como tem homens, mas mulheres por conta da situação de chamada mulher laranja, candidata laranja para cumprir cota por vários motivos, por isso a gente trabalhou inclusive na fiscalização dos partidos para usar os 5% obrigatórios nos anos que não são de eleição, para formação política, para preparação de mulheres para despertar o interesse na candidatura. A grande maioria das mulheres não decidem sozinha se vão ser candidatas ou não, ela tem todo um processo de construção que é diferente, muitos do caso dos homens, ela discute com a família, com o marido com os filhos, trabalha, muitas vezes ela precisa fazer isso com a sua família a questão da formação política despertar as mulheres que estão em outros papéis, mas que possam despertar para serem candidatas, por que, que a gente enfrenta muito, é eu sou presidente do partido no meu estado, e eu escuto muito isso, “ah não mulher não”, escuto dos meus colegas. Eu sou presidente Nacional do mulher Democrata também, então escuto muito de colegas - Dorinha a gente não consegue mulher para ser candidata, elas desistem, ou tem mulher que quer se envolver na política, meio que justificar que é biológico, mulher, não gostar de política, como se fosse genético ou do nosso DNA não gostar de política. Na minha opinião, precisa ter um processo de empoderamento que vem no espaço político das condições, não adianta dizer que eu tenho condição política. Se eu disputar com um colega que ele tem peso no partido, ele tem priorização do partido para mandar o recurso e vão dizer que eu tenho a mesma oportunidade. Então na minha opinião, isso é hipocrisia. Eu vivo situações, e tenho o mesmo trabalho feito no TSE e até internamente com os partidos em legislações mais duras para garantir que chapas inteiras fossem cassadas por ação nossa de fiscalização em relação aos partidos, é preciso fiscalizar o dinheiro porque ainda tem subterfúgios para o dinheiro não chegar na mão das mulheres. Muitas vezes o partido manda dinheiro para outro estado, eu já vivi situações aqui no Tocantins inclusive e em

outros lugares que o deputado prefere devolver a cota que ele tem que gastar com mulher, porque a mulher não apoia ele, não dobra com ele, ou se mostra como uma ameaça na sua carreira política, então a gente vive isso no Brasil em vários partidos. Então eu entendo que é um processo de aprendizado. Acho que a cota é importante, precisa ter acompanhamento, fiscalização ela sozinha não resolve, porque a gente precisa nesse caminho de conscientização de preparo de trazer as mulheres que queiram se candidatar, que se sintam importantes, que saibam da importância porque tem muitas mulheres que lutam, atuam muito em muitas áreas, mas ela acha que o mundo político não é um espaço dela. Mulheres na câmara, tem uma ação agora que nós temos três mulheres na mesa diretora, nós conseguimos um grande número de mulheres são três mulheres. Pela primeira vez a gente tem três mulheres na mesa diretora da câmara como secretárias. Dentro da estrutura, 11 mulheres presidentes de comissões, 25 mulheres de diversos nos partidos políticos conseguiram a partir de uma consulta e provocação do TSE, a obrigatoriedade de 30% de mulheres nos órgãos diretivos porque a mulher tem que tá lá aonde o partido, vai decidir que como é que vai ser feito a a construção política, como e o que vai ser priorizado então assim é um processo muito lento. A Secretaria da Mulher ficava no fundo de uma mesa enorme onde começava os maiores partidos e vai chegando no fim longe do presidente, ficam os Pequenos partidos, e a bancada feminina ficava lá junto aos pequenos, aí a gente conseguiu um lugar melhor. Eles diziam vocês não tem voto, o voto de vocês é diluído nos seus partidos. Hoje nós estamos ao lado do presidente, não veio de graça, veio a partir de uma reclamação. Por que, que a bancada feminina que é maior do que muitos partidos, lógico que nós não somos uma bancada, a gente não quer ser chamada de bancada temática, porque tem muitas bancadas temáticas na câmara, não a gente tem um papel institucional, de defender as questões ligadas a mulher, saúde, gênero é tudo mais. Não é uma simples questão de bandeira temática ela precisa ser enfrentada. Então isso tudo veio de luta da mesma forma quando tem críticas ao sistema de cotas e precisa ser aprimorada. Eu acho que é muito importante a continuidade das cotas, a cota financeira faz muita diferença para as mulheres, hoje, se você perguntar as mulheres na Câmara muitas disseram eu estou aqui, ou eu voltei porque tive a cota do financiamento. Mas a nossa luta hoje é para cadeira a efetiva. Mas nos vamos construir isso também sem abrir mão das cotas de candidatura¹⁸.

¹⁸ Entrevista citada.

Não passou despercebido por este pesquisador que a fala foi contruída pela parlamentar para mostrar conhecimento relativo ao tema, o que não diminui a importância de sua atuação relativa ao tema, uma vez que a mesma ocupou dentro da câmara federal espaços voltados às políticas públicas de representatividade das mulheres, notadamente a secretaria da mulher¹⁹.

Observou-se durante a entrevista com a Deputada Professora Dorinha, uma ligação da mesma com as políticas públicas de incentivo a participação de outras mulheres na política, mesmo afirmando que o sistema de cotas não foi fator preponderante em suas eleições, apontou uma elevada preocupação com o baixo número de mulheres nos espaços de poder.

A deputada federal Dulce Miranda quando indagada sobre quais as políticas públicas devem ser adotadas para haver uma maior participação/engajamentos das mulheres no processo eleitoral, a mesma repondeu que “essa é uma discussão complexa e de bastante diálogo. Todavia, acho que estamos no caminho certo com as discussões em torno do tema”

Ainda quanto a importância da política de cotas no sistema eleitoral proporcional a deputada Dulce Miranda alega no seu caso “é um pouco diferente porque venho de uma folha de serviços prestados de quase 25 anos como ex-primeira-dama e como Secretária do Trabalho e Ação Social. A minha atuação me respaldava em função disso. Então, neste caso em específico acredito que seria eleita sim.”

Na sua narrativa a parlamentar alega ser favorável a adoção de reserva de vagas/cotas para candidatura de mulheres dizendo o seguinte:

Concordo. Somos um País com pouca experiência de voto eletivo, tivemos pouquíssimas eleições nacionais, ao contrário de nações mais experientes. Até que alcancemos algo mais delineado, com a participação de mulheres votantes e sendo votadas, acho que esse é o caminho. O ideal é uma equidade²⁰.

As parlamentares estaduais que se disponibilizaram a participar da presente pesquisa se mostraram também sensíveis ao tema do incentivo ao ingresso de mulheres na política através da cota de gênero, mesmo sabendo da limitação de competência legislativa, uma vez que quanto ao sistema eleitoral compete privativamente ao parlamento federal legislar, pois a Constituição Federal de 1998, em seu artigo 22²¹.

¹⁹ A secretaria da mulher na Câmara Federal foi criada e aprovada por meio da Resolução 31/2013. Sendo unida na estrutura dessa secretaria a Procuradoria da Mulher, criada em 2009, e a Coordenadoria dos Direitos da Mulher, que representa a Bancada Feminina. A medida trouxe mecanismos importantes para a representação feminina no parlamento, como a presença da Coordenadora dos Direitos da Mulher (eleita pela Bancada Feminina) nas reuniões do Colégio de Líderes, com direito a voz, voto e a fazer uso do horário de liderança nas sessões plenárias. (Acessado em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/o-que-e-a-secretaria-da-mulher> 19/09/2021)

²⁰ Entrevista Citada

²¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. (...)

A deputada estadual Luana Ribeiro mencionou sua preocupação com o ingresso de outras mulheres na política em especial no parlamento, quanto ao sentimento pessoal do sistema atual e da ausência de mulheres nos parlamentos, a parlamentar disse o seguinte:

Apesar de eu não achar que o melhor formato é o sistema proporcional, eu não atribuo o fato da participação das mulheres ser tímida, ao sistema proporcional, se ele fosse distritão, por exemplo seria talvez mais complexo, porque o distritão são os mais votados da lista, o proporcional você pode ter a questão a parte na área onde se chama uma quantidade de votos e faz as candidaturas do partido x, mas eu atribuo muito a participação tímida das mulheres pelo fato da gente viver num país machista. E quando eu falo machista, não tô sendo feminista, ou “femináse”, radical não, mas é porque infelizmente as mulheres elas têm um papel de prover os filhos de cuidar da casa de cuidar da família e ela tem que se ausentar, e o ambiente da política é um ambiente muito masculino²².

A deputada pontuou motivos que podem ser relevantes para o afastamento das mulheres do universo político nacional:

(...) infelizmente as mulheres elas têm um papel de prover os filhos de cuidar da casa de cuidar da família e ela tem que se ausentar, e o ambiente da política é um ambiente muito masculino²³.

A fala da deputada retrata os aspectos históricos onde as mulheres sempre foram aquelas que estavam enclausuradas no labor da própria casa, trabalhavam em lares alheios como domésticas, amas-de-leite, costureiras e cozinheiras (HAHNER, 2003, p. 41), dentre outros empregos que exprimiam uma extensão do instinto materno e do dever do cuidado, características conseqüentes da construção da feminilidade e da divisão sexual do trabalho, aspectos que segundo a fala da deputada se apresenta até os dias atuais.

A deputada Vanda Monteiro se mostrou sensível ao tema mencionando que;

São inúmeras as dificuldades e acredito que o sistema de cotas torna o processo eleitoral mais igualitário. Sem ela, mesmo com todos os esforços, as dificuldades seriam ainda maiores e talvez insuperáveis²⁴.

A parlamentar narrou ainda que: “A cota é necessária, justa e apoio sem nenhuma restrição a decisão do FEFC” e disse ainda “Acreditamos que tudo que seja proposto para haver igualdade em todas as esferas é bem vindo. Se a adoção de medidas for melhor para a democracia do país e para as mulheres, eu defendo.”

²² Entrevista citada.

²³ Entrevista citada.

²⁴ Entrevista realizada via Google Forms, respondida através do email institucional da parlamentar ascom.vandamonteiro@gmail.com.

A parlamentar mencionou também que as políticas afirmativas notadamente a de cotas no sistema eleitoral proporcional devem ser combinadas com outras políticas públicas:

Além da cotas, é preciso que haja incentivo na educação e políticas públicas para empoderamento feminino. As mulheres precisam acreditar na sua competência, estarem confiantes, asseguradas por lei e somente assim conseguiram enfrentar um processo político de igual para igual²⁵.

A deputada Valderez Castelo Branco por sua vez afirmou que: “Concordo com esta e qualquer outra política pública inclusiva, que garanta a conquista de novos espaços para as mulheres.” E ainda sugeriu que: “As instituições públicas devem dialogar e, em conjunto, lançar campanhas e materiais, como acordos de cooperação e ferramentas educativas, para estimular a igualdade de oportunidades entre os gêneros²⁶.”.

Todas as parlamentares tocantinenses entrevistadas se mostraram conhecedoras das políticas afirmativas de cotas no sistema eleitoral proporcional demonstrando ainda a preocupação com o baixo número de mulheres nos espaços de poder, notadamente nos parlamentos que deveriam por sua vez espelhar uma representação proporcional ao número de eleitores e habitantes por gênero.

Em decorrência das atribuições legislativas estabelecidas na Constituição Federal, as deputadas estaduais têm uma limitação legislativa sobre as matérias eleitorais não podendo por tal motivo influenciar diretamente na legislação concernente ao tema, a não ser através de outras políticas públicas, que não as cotas eleitorais, o que apesar do discurso de todas mostrarem-se preocupadas não foi observado pelo legislador nenhuma política pública de incentivo ao ingresso de outras mulheres na política de iniciativa das mesmas.

Quanto as parlamentares federais a situação é diversa uma vez que as atribuições legislativas estabelecem como competência legislativa da união legislar sobre questões eleitorais, assim observa-se que as mesmas tem tido participações nas votações relativas às políticas públicas de cotas no sistema eleitoral proporcional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história oral permitiu-nos inferir que as parlamentares tocantinenses tanto estaduais como federais demonstram-se preocupadas com o ingresso de outras mulheres no universo político e principalmente no sistema eleitoral proporcional, mesmo não sendo elas fruto dessas políticas afirmativas, pois muito mais próximas das estruturas tradicionais de poder.

²⁵ Entrevista citada

²⁶ Entrevista realizada via Google Forms, respondia através do email institucional da parlamentar ascomvalderez@gmail.com.

Das 05 (cinco) parlamentares estaduais 04 (quatro) tem histórico de familiares na política, mostrando-se tal fator preponderante para o ingresso e permanência das mesmas no mandato parlamentar e apenas uma emergiu, ou seja, saiu da sua exposição por ocupar cargos públicos antecedentes ao mandato.

As parlamentares federais também se mostraram preocupadas, mas uma é conjuge do ex governador do estado do Tocantins Marcelo de Carvalho Miranda e a outra emergiu da exposição em cargo público, notadamente do cargo de secretária estadual de educação, a maior pasta executiva do governo do estadual.

É preciso esclarecer que quando pontuamos ao longo do trabalho que algumas parlamentares emergiram da relação com políticos tradicionais em decorrência dos vínculos familiares, isso não diminui a importância de suas eleições, mas apontam como é difícil para outras mulheres ingressarem no universo político, que como também mencionado em parágrafos anteriores é ocupado predominante por homens.

Não dever ser diminuída também a importância das políticas afirmativas, em especial a de cotas, que é o objeto principal desta pesquisa, porém, é dever mostrar como está estruturado o universo político e as dificuldades para novos ingressos, uma vez que grandes partes dos espaços estão ocupados pelos políticos tradicionais que lançam mão de estruturas econômicas, do uso da máquina pública da rede de favores, compra de votos, fidelização e cooptação através de cargos na estrutura pública, etc, e que são fortemente favorecidos pela legislação eleitoral.

Assim nas palavras das parlamentares entrevistadas, é possível perceber que o estado do Tocantins segue a mesma tendência do país, onde o número de mulheres apesar de ser superior ao de homens, tanto na população como no eleitorado, não tem refletido na representação parlamentar, que é eleita pelo sistema proporcional e em tese deveria espelhar no resultado da representação quanto ao gênero, podendo as causas serem os motivos apontados pelas deputadas ouvidas.

Conclui-se assim que o sistema de cotas no sistema eleitoral proporcional não foi fator preponderante para as eleições delas, sendo motivo disso que a maioria fazem parte das estruturas tradicionais de política, ou pertencendo a grupos político muito influentes ou sendo familiar de um desses políticos.

É válido destacar que todas as parlamentares entrevistadas se mostraram sensíveis ao tema e destacaram a grande importância das políticas afirmativas de cotas de gênero no sistema eleitoral proporcional, principalmente apontado isso como um fator de grande relevância para o ingresso de outras mulheres.

Observou-se ainda que o ambiente político ainda não é favorável ao ingresso de outras mulheres, uma vez que é um espaço ocupado preponderantemente por homens, porém não é impossível que as mulheres ocupem os espaços na proporção no número de habitantes por gênero e de eleitores por gênero, mostrando-se as cotas como uma das ferramentas necessárias para que isso ocorra.

REFERÊNCIAS:

ALBERTI, Verena. **Manual de história oral**/ Verana Alberti. – 3. Ed. – Rio de Janeiro : Editora FGV, 2005..

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: .

_____. **DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**. Portaria TSE nº 704, de 01 de julho de 2016. Anexo. Limites de gastos nas campanhas eleitorais dos candidatos. Disponível em:<<http://www.tse.jus.br>> Acessado em 24/02/2020.

_____. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97, DE 04 DE OUTUBRO DE 2017**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc97.htm> Acessado em 24/02/2020.

_____. **LEI 9.100, DE 29 DE SETEMBRO DE 1995**. Disponível emhttps://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=887F84089ADF38704F9A8B9DBF9C6E8F.proposicoesWeb1?codteor=549828&filename=LegislacaoCitada+-PL+3140/2008> Acessado em 24/02/2020.

_____. **LEI 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm> Acessado em 24/02/2020.

_____. **TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RESOLUÇÃO Nº 23.455, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015**. Disponível em:< <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234552015.htm>> Acessado em 24/02/2020.

_____. **TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. ELEIÇÕES/ESTATÍSTICAS 2016**. Disponível em:< <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas>> Acessado em 24/02/2020.

FERREIRA, Amauri Carlos, GROSSI, Yonne de Souza. A narrativa na trama da subjetividade: perspectivas e desafios. **Economia & gestão**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 120-134, jan./jun. 2002.

FREITAS, Sônia Maria de. História oral: possibilidades e procedimentos. **Eccos Revista Científica**, vol. 5, núm. 1, junho, 2003, Universidade Nove de Julho.

_____, Sônia Maria de. **História Oral: a busca de uma definição**. In: FREITAS, Sônia Maria de. História oral: possibilidades e procedimentos. São Paulo: Associação Editora Humanitas, 2006.

HAHNER, June Edith. **Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil. 1850-1940**. Tradução de Eliane Lisboa. Florianópolis: Editora Mulheres, 2003.

LISBOA, Teresa Kleba; LUSA, MailizGaribotti. Desenvolvimento sustentável com perspectiva de gênero - Brasil, México e Cuba: mulheres protagonistas no meio rural. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 18, n. 3, dez., 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010426X2010000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 mar. 2020.

MACEDO, Elaine Harzheim. **A cota de gênero no processo eleitoral como ação afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos: tratamento Legislativo e jurisdicional**. Revista da Ajuris – v. 41 – n. 133 – março 2014.

MACIEL, Eliane C. B. de Almeida. **A Igualdade entre os Sexos na Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/artigos/especiais/AIgualdadeEntreosSexos.pdf>>. Acesso em 16 Maio 2007.

MIRANDA, Cynthia Mara. **Integração de Políticas de Gênero no Estado: Brasil e Canadá em perspectiva comparada**. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. **História (São Paulo)**, v. 24, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v24n1/a04v24n1.pdf>> Acesso em: 27/08/2021.

PORTELLI, Alessandro. **História oral como gênero**. Revista do Programa de Estudos pós-graduados em História. São Paulo, PUC-SP, v.22, junho, p.9-36, 2001. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/10728/7960>> Acesso em: 25 fev. 2020.

_____, Alessandro. O que faz a história oral diferente. **Projeto História**, São Paulo, v. 14, fev., p. 25 - 39, 1997. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/viewFile/11233/8240>> Acessado em 03 de março de 2020.

POLLAK, Michael. **Memória e Identidade Social**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 5, N. 10, 1992, p. 200-212.

PUTNAM, R. Bowling Alone: the Collapse and Revival of American Community. New York: Simon and Shuster, 2000.

SUPLICY, Marta. **Projeto de Lei nº 783, de 1995**. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção I, 19/08/1995, p. 18999.

TEDESCHI, Losandro Antonio. **Alguns apontamentos sobre história oral, gênero e história das mulheres** / Losandro Antonio Tedeschi – Dourados-MS : UFGD, 2014 saúde. São Paulo: Hucitec; 1997. Cap. 10, p. 205-15.

QUEIROZ, Danielle Teixeira; et. al. Observação participante na Pesquisa Qualitativa: conceitos e aplicações na área da saúde. **Rev. de Enf. UERJ**, Rio de Janeiro, abr/jun; v. 15, n.2, p.276-83, 2007. Disponível em: <<http://www.facenf.uerj.br/v15n2/v15n2a19.pdf>> Acessado em 03 março de 2020.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1990, pp. 71-99.

_____, Joan Wallach. Usos e Abusos do Gênero. **Projeto História**, São Paulo, n. 45, pp. 327-351, dez. 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

THOMPSON, Paul. **A voz do passado: história oral**. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

TOURTIER-BONAZZI, Chantal de. Arquivos: propostas metodológicas. In: AMADO, Janaína; FERREIRA, Marieta de Moraes (coord.). **Usos & abusos da história oral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CONSTITUCIONALISMO, CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, *EASY CASES*, *HARD CASES* E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE DIRIMIR CONFLITOS

Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela¹

Escola Paulista de Direito

RESUMO: Em um Estado democrático de direito existem direitos e garantias fundamentais a serem implementados pelo Poder Público. Referidos direitos podem colidir entre si, demandando análise pelo Poder Judiciário, as quais podem ensejar mera subsunção da norma ao caso concreto (*easy cases*) ou carecer de racional mais elaborado (*hard cases*). A possibilidade de juízo de ponderação em determinados casos pelos aplicadores do direito enseja diversas críticas e considerações, pois não é claro o limite entre tal tarefa e a discricionariedade arbitrária. Nesse contexto apresenta-se a hermenêutica constitucional como ferramenta capaz de auxiliar a dirimir conflitos e dar mais confiabilidade às decisões.

Palavras chave: constitucionalismo; direitos e garantias fundamentais; *easy* e *hard cases*; hermenêutica constitucional.

ABSTRACT: In a Democratic State ruled by law there are fundamental rights and guarantees to be implemented by the Government. These rights may collide, requiring an analysis by the Judiciary that may be a mere subsumption of the rule to the specific case (*easy cases*) or lack a more elaborated rationale (*hard cases*). The possibility given to the Courts of weighing principles gives rise to several criticisms because it is not clear the limit between that task and arbitrary discretion. Constitutional hermeneutics are presented as a tool capable of helping to solve conflicts and give more reliability to those decisions.

Key-words: constitutionalism; fundamental rights and guarantees; *easy* and *hard cases*; constitutional hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

Em decorrência do movimento conhecido como Constitucionalismo e a consequente positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição dos Estados democráticos de direito, tem-se uma série de situação práticas nas quais referidos direitos podem conflitar entre si contrapostas ao

¹Advogada no escritório Escanhoela Advogados Associados. Mestranda em Direito – área de concentração: soluções alternativas de controvérsias empresariais – pela Escola Paulista de Direito (EPD). LLM Degree (Master of Laws) pela Universidade de Illinois (University of Illinois at Urbana-Champaign). Pós graduada em direito empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI).

dever estatal de empreender seus melhores esforços na tentativa de concretizar integralmente as diretrizes constitucionais.

Na análise de situações de conflito entre direitos e garantias fundamentais, compete ao Poder Judiciário (em determinados casos mais do que em outros) exercer juízo de ponderação ao determinar a regra a ser aplicada, dever esse sobre o qual recaem inúmeras críticas.

Sobre o tema levanta-se a possibilidade de separação entre *easy* e *hard cases*, a depender de se demandam uma simples subsunção dos fatos à uma norma existente ou se há necessidade de desenvolvimento de raciocínio mais complexo dentro do sistema jurídico para se chegar à uma solução.

A possibilidade de exercício de juízos de ponderação pelo Poder Judiciário dá azo a críticas das mais variadas diante da possibilidade de discricionariedade além dos limites permitido por um sistema de freios e contrapesos, a evidenciar verdadeira arbitrariedade jurisdicional e invasão de competências.

Pretende-se na presente análise mostrar, dentro desse contexto, a possibilidade de utilização da hermenêutica constitucional como ferramenta capaz de dirimir alguns dos conflitos colocados, ao trazer a Constituição Federal como instrumento de interpretação.

2. CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. O CONSTITUCIONALISMO

Os chamados Estados democráticos de direito, nos quais se tem como primado a garantia dos chamados direitos fundamentais em seus diversos âmbitos, encontram o fundamento de sua legitimidade e aceitação pelos governados na existência de uma norma maior, aplicável igualmente a todos, conhecida predominantemente como Constituição.

É a Constituição de um país, que dá parâmetros básicos de como deve ser organizado e administrado aquele Estado, podendo ser mais ou menos extensa e detalhada no assunto, o que varia em cada local.

Entre os diversos objetivos que podem ser implementados por uma Constituição está costumeiramente presente o ideal de limitar o poder absoluto do Estado e seus representantes, evitando-se desvios e abusos em face dos governados. A título de exemplo, a ideia de tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) vem exatamente nesse sentido, eis que, devem ser independentes e harmônicos entre si, utilizando-se, para tanto, do chamado sistema de freios e contrapesos, que lhes permite, em determinadas situações, adentrar nas esfera de atuação um do outro para coibir abusos.

No Estado democrático de direito a Constituição resguarda em regra ao Poder Público a possibilidade de uso do poder de correção na implementação de suas regras, situação aceita pelos governados, que lhe cedem essa capacidade em decorrência do ideal de legitimidade de atuação

do Estado, diante da existência de uma Constituição que assim determina.

Pois bem, como dito acima, busca-se dessa forma coibir o poder absoluto do Estado, uma vez que, historicamente, nem sempre foi assim. O constitucionalismo é, então, o movimento histórico que ensejou a caracterização dos Estados democráticos de direito no formato atual. Para Manfredo Schwaner Gontijo:

O conceito mais aceito e difundido é aquele que se refere ao Constitucionalismo moderno, visto como um movimento político, social e jurídico que culminou na organização do Estado, por intermédio da previsão de direitos e garantias fundamentais, em uma Constituição, tendo por finalidade a limitação do poder estatal arbitrário e absolutista que reinava no final do século XVIII, de forma irrestrita pelos monarcas.

Pode-se extrair dos conceitos mencionados que o Constitucionalismo está associado necessariamente a três idéias básicas: garantia dos direitos, governo limitado e separação dos poderes estatais, a qual terá como suporte o sistema de freios e contrapesos. (GONTIJO, 2014)

Feita essa breve introdução acerca do Constitucionalismo, movimento que culminou com o formato atualmente vigente dos chamados Estados democráticos de direito, importante seguir com a caracterização dos chamados direitos e garantias fundamentais e sua evolução histórica.

2.2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Devido às grandes transformações pelas quais passaram os direitos fundamentais no decorrer do tempo, existe uma dificuldade em defini-los em um conceito sintético e preciso. Mesmo assim, diversos autores buscam conceituá-los. Nesse sentido, temos a lição de José Afonso da Silva:

Os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, são de natureza variada. Não será fácil, pois, fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético. Recorremos, no entanto, mais uma vez, à expressiva lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual os “princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”. Relevam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que os consagram “constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas”. (SILVA, 2006, p. 93/94)

Assim, direitos fundamentais podem ser caracterizados como aqueles em que se baseia todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional de um Estado. São os princípios e regras em que o sistema normativo pode ser resumido, pois sem eles não há que se falar em um Estado Democrático de Direito, garantidor do mínimo necessário para que haja a dignidade da pessoa humana.

Ainda, são os princípios que regem os objetivos e o modo de agir de um Estado, posto que definem suas metas e diretrizes.

Vale mencionar que os direitos fundamentais possuem algumas características básicas, quais sejam: historicidade (se desenvolvem ao longo da história, não surgem em um momento preciso), inalienabilidade (são conferidos a todos e não possuem conteúdo econômico, portanto não podem ser negociados), imprescritibilidade (podem ser exigidos a qualquer momento), irrenunciabilidade (podem não ser utilizados, mas seu titular nunca poderá abrir mão deles), universalidade (são conferidos a todos), limitabilidade (não são absolutos, pois na hipótese de dois direitos fundamentais se chocarem, um será limitado em face daquele de maior relevância no caso concreto), concorrência (mais de um direito fundamental pode estar apto a regulamentar uma mesma situação), inviolabilidade (não podem ser desrespeitados por normas infraconstitucionais), efetividade (devem ser garantidos de fato pelo Estado), interdependência (os direitos fundamentais não existem isoladamente uns dos outros, eles se comunicam, possuindo uma relação de interdependência) e complementaridade (os direitos fundamentais são interpretados conjuntamente, para alcançar as metas definidas na Constituição).

Caracterizados os direitos fundamentais, necessária se faz uma análise de seu desenvolvimento histórico para melhor compreensão do tema.

O ser humano sempre se diferenciou por ser um animal social. Ou seja, por sua necessidade de convivência com outros semelhantes.

Nas primeiras sociedades das quais se tem conhecimento as tarefas entre cada um de seus integrantes eram divididas de acordo com a vontade do mais forte, que ocupava o cargo de líder do grupo na grande maioria das vezes. Vigia assim a chamada lei da sobrevivência, inexistindo qualquer ordenamento ao qual se submetessem os seres humanos. Nesse sistema, eventuais conflitos eram dirimidos pelo chamado método da autotutela, que frequentemente culminava na morte de um dos conflitantes, geralmente o mais fraco.

Todavia, com o decorrer do tempo, o ser humano começa a perceber a necessidade de estabelecer regras para que possa existir um bom convívio social entre todos e para que as desavenças entre membros de uma mesma sociedade sejam solucionadas de maneira mais justa e menos violenta.

Começa então o processo histórico de surgimento e evolução do que hoje conhecemos como Direito, que terá momentos de progresso e outros de retrocesso, conforme se modificam as formas de governo das sociedades e principalmente seus costumes e filosofias.

Nesse panorama, os direitos fundamentais passam, basicamente por três grandes fases, que serão

explicadas mais adiante. Antes, porém, vale mencionar a discussão doutrinária acerca da melhor nomenclatura para as tais “fases”.

Comumente os três períodos de desenvolvimento dos direitos fundamentais são chamados de gerações. Todavia, parte da doutrina defende que tal maneira de chamá-los não é correta, pois, ao se falar em gerações, conclui-se que a mais nova destas superou as passadas, deixando-os para trás. Entretanto, não é isto o que ocorre com os direitos fundamentais, posto que as gerações mais novas apenas acrescentam novas garantias às mais antigas, sem esquecê-las. Assim, tem-se que o mais adequado seria que as três “fases” fossem nomeadas como dimensões dos direitos fundamentais, posto que assim se tem a ideia de que uma categoria de tais direitos é abrangida pela outra mais nova e assim sucessivamente.

Em que pese as considerações acima, a maioria da doutrina e da jurisprudência brasileira continua se referindo às gerações dos direitos fundamentais, as quais serão verificadas a seguir.

Sobre os direitos fundamentais de 1ª dimensão, dizem Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Foi o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição. São direitos que surgem com a ideia de Estado de Direito, submisso a uma Constituição. (...) Congenitamente ao constitucionalismo, ao Estado de Direito, surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos. (...) Sua preocupação é a de definir uma área de domínio do Poder Público, simultaneamente a outra de domínio individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer inserção estatal. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, etc. (...) (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2009, p. 116)

Assim, tem-se que os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles que exigem do Estado um “não fazer”, uma conduta negativa, qual seja a de se abster de intervir na esfera individual dos cidadãos, atendo-se somente à regulamentação das situações que digam respeito à vida pública.

Os direitos civis e políticos foram os primeiros a surgir e tiveram como importantes antecedentes históricos: a *Magna Charta Libertatum* (outorgada por João Sem-Terra em 1215, na Inglaterra, que, entre outras garantias, previa restrições tributárias, proporcionalidade entre delitos e sanções, o devido processo legal e a liberdade de locomoção); a *Petition of Rights* (Inglaterra, 1628); o *Habeas Corpus Act* (Inglaterra, 1679); e a *Bill of Rights* (Inglaterra, 1689 – outorgada pelo Príncipe de Orange, restringiu significativamente o poder estatal, fortalecendo o princípio da

legalidade, criando a liberdade de eleição dos membros do Parlamento, etc.).

Ainda, o processo de independência dos Estados Unidos teve muita relevância no fortalecimento de tais direitos, sendo importante mencionar os seguintes documentos históricos: *Declaração de Direitos de Virgínia* (1776 – garantia o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade religiosa e de imprensa, ao devido processo legal, etc.); *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América* (1776); *Constituição dos Estados Unidos da América* (1787 - separação dos poderes estatais, liberdade religiosa, Tribunal do Júri, ampla defesa, impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes,...).

Entretanto, os direitos fundamentais de primeira geração só foram efetivamente consagrados normativamente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional da França em 1789. Tal documento previa, entre outros, o princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, associação política, princípio da presunção da inocência, liberdade religiosa e livre manifestação do pensamento.

Por fim, os direitos civis e políticos continuaram crescendo durante o século XIX, através do constitucionalismo liberal, que prevaleceu, por exemplo, nas Constituições espanhola (1812), portuguesa (1822), belga (1831) e francesa (1848).

Os direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se essencialmente por uma prestação positiva do Estado, decorrente das necessidades sociais. Via de regra são normas de eficácia limitada e programáticas, classificação que será analisada mais adiante. Sucintamente, tal categoria é composta pelos direitos sociais, econômicos e culturais.

Sobre os direitos fundamentais de segunda geração esclarecem Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. (...) Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida. Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso, (...) costumam ser denominados direitos positivos, pois (...) reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações, voltadas à minoração dos problemas sociais. (...) (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2009, p. 117)

A segunda geração de direitos fundamentais se impulsiona com a Revolução Industrial europeia,

a partir do século XIX, pois, em virtude de péssimas condições de trabalho, surgem movimentos no sentido de reivindicar proteção aos trabalhadores, bem como normas de assistência social.

O início do século XX foi marcado por novos diplomas constitucionais nos quais havia grande preocupação social, sendo os principais documentos da época: a Constituição do México (1917 – passou a garantir direitos trabalhistas, por exemplo); a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918 – tinha como um de seus objetivos abolir a divisão da sociedade em classes, determinou a prestação de assistência material e qualquer outra forma de apoio aos operários e camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade, etc.); a Constituição de Weimar (1919, Alemanha – previa direitos relacionados à vida social, além dos tradicionais direitos e garantias individuais); e o Tratado de Versalhes (1919).

Sobre os direitos de 3ª dimensão, o entendimento de Pedro Lenza:

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais.

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.

Os direitos de 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade. (LENZA, 2012, p. 959/960)

Vê-se que os direitos fundamentais de 3ª geração decorreram da necessidade dos seres humanos de solidariedade entre todas as nações.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Quatro são os principais desses direitos: *o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade.*” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 76).

Os direitos em análise surgiram principalmente depois do final da 2ª Guerra Mundial, pois as nações se viram diante da necessidade de cooperação mútua, para evitar novos conflitos como o que acabara de se encerrar, de alto potencial destrutivo em escala global e com consequências devastadoras para todos os Estados, sem mencionar as graves violações a direitos fundamentais praticadas em seu curso.

Vale mencionar que alguns doutrinadores mais modernos citam ainda os direitos de 4ª e até mesmo 5ª dimensões, como seja, os direitos decorrentes da globalização dos direitos

fundamentais (por exemplo: direito à democracia, à informação e ao pluralismo) e o direito à paz (como direito supremo da humanidade), respectivamente.

2.3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, os direitos e garantias individuais (1ª geração) foram previstos pela primeira vez na Constituição Imperial de 1824 (ela previa, por exemplo, os princípios da igualdade e legalidade, a livre manifestação do pensamento, princípio do juiz natural, etc.).

O rol de direitos humanos fundamentais de 1ª geração continuou sendo expresso na Constituição Republicana brasileira de 1891, que acrescentou, entre outros, o direito ao ensino leigo, à ampla defesa e a abolição da pena de morte. Vale ainda mencionar que foi esse diploma que eliminou do ordenamento jurídico brasileiro o até então existente poder moderador.

As Constituições de 1934 e 1937 mantiveram as disposições acerca dos já mencionados direitos e acrescentaram outros, como: escusa de consciência, irretroatividade da lei penal, assistência jurídica gratuita, etc. (1934); a guarda e o emprego da economia popular, impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, etc. (1937).

Em 1946, a nova Constituição, além dos direitos e garantias individuais, elencou diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados. Previu também a proteção à família, à educação e à cultura.

Também a Constituição de 1967 manteve a proteção aos direitos fundamentais de 1ª e 2ª gerações, trazendo algumas novidades, como o Tribunal do Júri e o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas. Segundo Alexandre de Moraes:

A Emenda Constitucional nº1, de 17-10-1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma substancial alteração formal na enumeração dos direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2011, p. 15)

Foi a emenda nº1 de 1969 que incorporou nas suas disposições transitórias as decisões e os dispositivos do Ato Institucional nº 5, de 1968, conferindo ao Presidente poderes arbitrários, como a possibilidade de fechar o Congresso Nacional, cassar mandatos e suspender direitos políticos. No mais, concedeu aos governos militares liberdade ilimitada para legislar sobre matéria política, eleitoral, tributária e econômica.

Por sua vez, a Constituição de 1988, carta constitucional ainda vigente nos dias de hoje, nos dizeres de Ricardo Castilho é “Conhecida como *Constituição Cidadã*, porque valoriza os princípios democráticos e de cidadania (...). Foi elaborada por uma Assembleia Constituinte

legalmente convocada e eleita. Foi a primeira a permitir a incorporação de emendas populares (...)” (CASTILHO, 2010, p. 106).

A Carta Magna de 1988 ampliou e fortaleceu os direitos fundamentais, colocando um fim às restrições que estes haviam sofrido com o regime militar. O legislador constituinte estabeleceu nela cinco espécies de direitos e garantias fundamentais, quais sejam: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Feita essa breve análise da evolução histórica dos direitos fundamentais, importante analisar a eficácia destes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais de 2ª geração e a questão das normas programáticas.

Para Alexandre de Moraes:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja *eficácia e aplicabilidade* dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediatas. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, Essa declaração pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (por exemplo, mandado de injunção e iniciativa popular). (MORAES, 2011, p. 22/23)

Assim, pode-se concluir que, via de regra, os direitos fundamentais são eficazes e aplicáveis a partir do momento em que a Constituição que os prevê tem vigência e vigor, pois não necessitam de qualquer regulamentação complementar. Todavia, também existem aqueles que precisam de complementação, por norma infraconstitucional, para que possam produzir integralmente seus efeitos.

Sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, conforme ensina José Afonso da Silva, podemos classificá-las da seguinte maneira: normas de eficácia plena, contida e limitada (SILVA, 2006).

Normas de eficácia plena são aquelas que por si só produzem ou têm aptidão para produzir todos os seus efeitos (exemplo: os remédios constitucionais), sem necessitar de nenhuma outra complementação normativa.

As de eficácia contida são aquelas que podem produzir todos os seus efeitos sozinhas, mas que

podem vir a ser limitadas posteriormente pelo poder público (exemplo: artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, que estabelece ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Por sua vez, possuem eficácia limitada as normas que apenas estão aptas a produzir todos os seus efeitos depois da edição de norma superveniente que regule sua aplicabilidade (exemplo: artigo 37, VII, da Carta Magna, que dispõe que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica).

Vale mencionar que todas as normas constitucionais, independentemente de possuir aplicabilidade imediata, contida ou limitada, produzem alguns efeitos desde a entrada em vigor do diploma constitucional, como, por exemplo, a inconstitucionalidade dos dispositivos que as contrariem.

Ainda, quanto às normas de eficácia limitada, são elas divididas em dois grupos: normas de princípio programático (normas programáticas) e normas de princípio institutivo (orgânico ou organizativo).

As normas de princípio institutivo dispõem sobre a criação de um órgão, entidade ou instituição, que apenas se concretizará com a edição de lei regulamentadora. As normas programáticas são aquelas que traçam preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público, com o intuito de concretizar os fins sociais do Estado.

Normas programáticas fazem parte do conjunto de normas constitucionais de eficácia limitada. Assim, necessitam de regulamentação infraconstitucional para que possam gerar todos os seus efeitos. Especificamente, as normas de princípios programáticos têm por finalidade concretizar os fins sociais do Estado.

Portanto, pode-se concluir que normas programáticas, depois de regulamentadas não atingirão todos os seus objetivos de imediato, pois estes se consolidarão com o decorrer do tempo, uma vez que exigem um agir por parte do Poder Público, no sentido de concretizá-los.

Como exemplo, o artigo 3º da Constituição Federal elenca quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, todavia, a concretização destes não decorrerá simplesmente da edição de lei infraconstitucional que tenha como objeto sua implementação, posto que isto ocorrerá gradativamente, através da implementação de políticas públicas.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais sociais, cuja finalidade máxima é a concretização da igualdade social, em sua esmagadora maioria constituem normas de natureza programática. Assim, as normas programáticas, para que sejam realmente eficazes, necessitam de um agir por parte do Estado, uma atuação positiva, no sentido de implementar os fins sociais aos quais se destinam.

É por essa razão que os dispositivos constitucionais programáticos frequentemente são objetos de discussões frente ao Poder Judiciário, pois, em que pese sua previsão constitucional, muitos deles ainda não foram regulamentados ou, apesar de terem-no sido, não são implementados pelo Poder

Público de forma eficaz, fazendo com que muitos cidadãos não possam exercer alguns de seus direitos fundamentais e tenham que buscar sua concretização judicialmente.

2.4. A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS DILEMAS

Direitos e garantias fundamentais podem ser invocados por todos que façam parte daquele determinado Estado, inclusive simultaneamente. Ou seja, os governados possuem ao mesmo tempo os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão, um não excluindo o outro (são concorrentes).

Disso decorrem situações fáticas nas quais comumente referidos direitos terminam por conflitar uns com os outros. Em regra, problemas concretos acabam sendo apresentados ao Poder Judiciário, para que dê ao caso a solução que entenda ser a mais adequada.

Ao Poder Público em geral compete agir visando sempre garantir e implementar os direitos e garantias fundamentais, mas, reitera-se, por vezes há necessidade de sopesamento e ponderação entre eles.

Nesse âmbito tanto o Poder Legislativo e o Executivo ao fazerem escolhas sobre políticas públicas a serem implementadas em detrimento de outras, quanto o Poder Judiciário ao determinar a preponderância de um ou outro direito no caso concreto, estão cotidianamente enfrentando os dilemas da implementação e concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal em sua integralidade.

O que se busca, numa realidade de limitação de recursos para tal implementação e em que em determinadas situações concretas não é possível que dois direitos fundamentais coexistam em perfeita harmonia, é otimizar dentro do possível a atuação do Poder Público, de maneira a que se obtenha os melhores resultados possíveis.

Vale dizer que a Constituição Federal, além de elencar direitos e garantias fundamentais, institui uma série de diretrizes principiológicas a serem seguidas nas decisões do Poder Público na solução desses dilemas.

Princípios protegem certos bens jurídicos de forma geral e não garantem o resultado preciso de situações fáticas. São dotados de intensa carga valorativa, a ser analisada por seu aplicador.

D'outro lado, por vezes o Poder Público (aqui destaca-se o Poder Judiciário) depara-se com situações de lacuna no ordenamento jurídico, omissões legislativas que também precisam ser solucionadas, ou ainda com regras ultrapassadas que não fazem mais sentido no contexto social mais atual.

Todas essas ocorrências levam à necessidade, na prática, de juízos de valor a serem feitos pelo aplicador do direito e, conseqüentemente, a inúmeras discussões sobre onde se encontra o limite para o exercício de discricionariedade em tais casos ou se seria possível tornar tais análises mais objetivas.

Entre as questões levantadas encontram-se diversas relacionadas à divisão de casos levados ao

Poder Judiciário entre *easy cases* e *hard cases* e o que seria a diferença entre subsunção e ponderação, conforme analisado a seguir.

3. EASY CASES E HARD CASES E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

3.1. CONCEITO, SUBSUNÇÃO, PONDERAÇÃO E ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Os chamados *easy cases* (casos fáceis) são aqueles que, apresentados ao Poder Judiciário, não demandariam uma análise mais profunda da situação fática, pois se enquadram perfeitamente a uma hipótese legal, tratando-se, portanto, de mera análise de subsunção.

Por sua vez, os *hard cases* (casos difíceis) seriam os que demandam essa análise mais complexa, uma construção de racionalidade discursiva que possibilite chegar-se na melhor resposta para o caso. Nos dizeres de Fábio Beltrami:

Quando não há no caso concreto, regra que se aplica a tal no ordenamento jurídico, ou ainda quando há mais de uma regra solucionadora de tal caso, ou então, quando a solução do caso causa extrema estranheza aos costumes e a coletividade, o magistrado então irá se deparar com um caso difícil (*hard case*), diferente dos casos fáceis (*easy cases*), onde simplesmente com a regra o magistrado soluciona a lide, em tese, pragmática e analiticamente. (BELTRAMI, 2011)

Os *hard cases* invocariam então, juízo de ponderação pelo Poder Judiciário, situação essa que gera uma série de críticas decorrentes da possibilidade do exercício de discricionariedade pelos magistrados.

Fábio Beltrami explica a diferença de posicionamento sobre tal discussão entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin, sendo que o primeiro deles aceita que pode não ser possível a existência de uma única solução para um caso difícil, justamente em decorrência da possibilidade de exercício de discricionariedade pelo julgador, sendo aceitável julgamentos distintos em casos semelhantes. Por sua vez, Dworkin defende que nessas situações o magistrado estaria criando e não aplicando o direito, o que geraria situação de retroatividade de norma jurídica na decisão de um caso concreto. E para tentar solucionar essa ocorrência, propõe Dworkin que existe necessidade de correlação entre direito, princípios, moral, política e economia para a solução de um *hard case* (BELTRAMI, 2011).

Para Dworkin então o magistrado não deve decidir com discricionariedade, mas sim através de uma análise de princípios gerais.

Aqui é interessante citar ideia exposta por John Rawls quando trata de sua teoria da equidade como justiça, no sentido de que em casos nos quais o julgador deve exercer juízo de ponderação somente seria possível se falar em igualdade incondicional da situação inicial (ou seja, naquele

momento em que será feita a ponderação de regras e princípios para aplicação no caso prático), se sob ele recaísse o véu da ignorância (*veil of ignorance*). Em outras palavras, para que a análise do caso seja verdadeiramente imparcial, o julgador teria que desconhecer por completo sua situação particular (política, social, econômica, etc.). Somente assim não teria tendência a um ou outro pensamento e analisaria o caso com total imparcialidade.

Vale apontar que, em que pese ser muito interessante a ideia de véu da ignorância, na prática não parece que seria possível aplicá-la. Pois veja-se, para que isso se concretizasse só poderiam ser julgadores aqueles que de alguma forma fossem isolados da sociedade e por tal razão não tivessem conhecimento das diversas polêmicas divergências políticas, sociais, culturais, entre outras.

O primeiro questionamento que se coloca aqui é exatamente no sentido de como seriam tais pessoas isoladas? Pois terão que se desenvolver de alguma forma e o próprio isolamento lhes dará algum tipo de ideia de certo ou errado. Também terão que ser ensinadas sobre conceitos jurídicos e princípios gerais, como isso poderia ser feito sem que algum tipo de tendência a um ou outro pensamento se instaurasse?

Além disso, se assim fosse, teria esse potencial julgador uma visão irreal do mundo, ou, como sugerido, nenhuma opinião sobre situações extremamente delicadas. E assim sendo, como poderia entender situações nas quais o resultado justo pode não ser aquele decorrente da aplicação puramente lógica de preceitos legais, sejam regras ou princípios gerais?

Chega-se então a uma impossibilidade lógica e sistemática de concretização desse ideal, pois ferir-se-ia com sua implementação a possibilidade de busca por soluções mais justas na aplicação do direito ao caso prático.

Passa-se então ao contraponto da discussão no sentido de questionar se caberia então ao julgador dizer o que é mais ou menos justo ou se seu papel não seria simplesmente analisar o caso concreto e encontrar a hipótese legal em que se enquadra.

Veja-se que a discussão, seja partindo de um ponto de vista ou de outro, acaba por desaguar em questões subjetivas referentes a critérios de verificação do que seria o justo ou correto, bem como sobre a possibilidade de um ativismo judicial legitimado.

Lenio Luiz Streck, em postura contrária à divisão entre *easy* e *hard cases* configurados conforme se possa exercer juízo de ponderação ou subsunção, diz que:

Dito de outro modo, a admissão da cisão estrutural *easy-hard cases* passa a ser condição de possibilidade do ingresso da ponderação no plano da interpretação jurídica. Tudo isso para dizer que não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para a determinação do direito in concreto provenha do protagonista da sentença. Isso quer dizer que, para além da cisão estrutural entre *easy* e *hard cases*, não se pode haver decisão

judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Por isso, a necessidade de superarmos os discricionarismos, que, no mais das vezes, descambam na arbitrariedade interpretativa. (...) (STRECK, 2014)

A existência de casos difíceis e casos fáceis leva também a considerações sobre as lacunas legislativas e crítica ao uso imoderado de princípios como forma de solucionar uma falha dos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia referida crítica é contraposta pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsão constitucional que veda ao Poder Judiciário a possibilidade de negar-se a resolver situação que lhe seja apresentada utilizando-se do argumento da omissão legislativa.

No Brasil é interessante ressaltar que se de um lado existe uma quantidade elevada de normas e regulamentos em todas as esferas (federal, estadual e municipal), simultaneamente existe um vácuo legislativo sobre temas relevantes na sociedade somado à demora na tramitação de projetos de lei, que muitas vezes já encontram-se defasados quando de sua aprovação definitiva. Dentro do contexto de *easy* e *hard cases* e discussões sobre a possibilidade de exercício de juízo de ponderação pelos julgadores e seus limites, vale apontar a chamada doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), sobre a qual discorre Samuel Sales Fonteles:

Por força da doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um dado caso concreto, justificam seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer Justiça ou assegurar os seus fins, permanecendo íntegro o texto que alberga seu comando. (...)

(...)

É fácil concluir que a vida pode apresentar infinitas hipóteses casuísticas que justificariam a flexibilização de uma regra, que escapam da previsibilidade do legislador, mas nem por isso são reputadas como injustas. **Este é o fundamento da derrotabilidade das regras: a não ser por meio de dons premonitórios, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses reais que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar.** (...) (FONTELES, 2020, p. 114/115)

Toda escolha implica necessariamente na opção de não seguir outro caminho, que atenderia outros interesses, nem por isso uma norma ou decisão será necessariamente considerada como injusta.

Samuel Sales Fonteles diz também que nem toda norma é derrotável, existindo categorias que denota de invencíveis (FONTELES, 2020). Entre essas categorias, existe corrente doutrinária

que defende a invencibilidade dos princípios, pois estaria em sua essência a possibilidade de serem sopesados e aplicados da melhor maneira possível quando em conflito entre si, não se tratando de situação de derrotabilidade, mas sim hipótese prevista pelo legislador.

Outra categoria de normas que não seriam derrotáveis são as normas constitucionais, pois estas não podem ser deixadas de lado, sob pena de ofensa à rigidez constitucional. Não cabe, portanto, ao aplicador do direito decidir se uma determinação oriunda da própria Constituição Federal é justa ou não e se deve ou não ser aplicada.

Apointa-se ainda para a existência do chamado efeito *Backlash* decorrente de decisões judiciais nas quais se abordam temas não pacificados socialmente. Para Samuel Sales Fonteles:

Em obra específica a respeito do tema (*Direito e Backlash*), o autor que vos escreve assinalou: “A História revela um possível e provável nexó etiológico entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfiurecida revanche por parte do grupo cujos interesses foram atingidos pela decisão. É como se houvesse um gatilho político invisível, que é acionado sempre que Tribunais se precipitam em desacordos morais sensíveis, ainda não amadurecidos pela sociedade” (2019, p. 23). (FONTELES, 2020)

Referido efeito (*backlash*) pode ser visto como negativo, por caracterizar ameaça à autoridade das cortes judiciais, bem como causar disrupturas sociais, motivo pelo qual deveria ser evitado, ou como positivo, em razão de permitir que tenha-se conhecimento da reação popular diante de determinado entendimento, que futuramente poderá influenciar em mudanças de entendimentos, conforme ditames democráticos.

Por fim, no que tange a aspectos controvertidos sobre o tema em análise, existem as chamadas tragédias (ou dilemas) constitucionais, nas quais se depara no caso concreto com uma situação na qual dois princípios contrapostos são completamente irreconciliáveis entre si, mas a escolha a ser feita é puramente discricionária no âmbito moral, não havendo qualquer justificativa para um ou outro lado, completamente aceita socialmente e apta a justificar a perda do outro interesse.

Como visto, a existência de casos fáceis e difíceis e possibilidade de juízo de ponderação contraposta à arbitrariedade judicial e ativismo são temas que levantam muitas considerações e críticas. Nesse ínterim, busca-se a seguir averiguar o papel da hermenêutica constitucional como meio de dirimir conflitos.

3.2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE DIRIMIR CONFLITOS

Do exposto acima vê-se que ponto comum nas discussões é a fixação de limites ao subjetivismo e poder discricionário do Judiciário, bem como até onde se trata de exercício legítimo da permissiva trazida pelo sistema de freios e contrapesos e a partir de qual ponto se passa a falar de

invasão da separação de poderes.

A separação em *easy* e *hard cases*, bem como as discussões subsequentes levantam em diversos momentos questões atinentes a como interpretar e aplicar regras e princípios em casos nos quais a resposta não parece existir no ordenamento jurídico posto ou em que existe um conflito entre mais de uma solução possível.

Eis então a hermenêutica constitucional como uma das ferramentas possíveis de utilização para a solução de alguns dos conflitos apontados. Sobre a necessidade da hermenêutica, aponta Lenio Luiz Streck:

(...) afirmar que “devemos levar o texto a sério” ou que devemos deixar “que o texto nos diga algo” ou, ainda, que “questão de direito (texto) e questão de fato (caso concreto) não podem ser cindidos”, não quer significar, por exemplo, uma adesão ao *slogan* pós-moderno de Derrida de que *Il n’y a pas de hors-texte* (não há nada fora do texto). Texto é evento; textos não produzem “realidades virtuais”; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do Direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido (o mito do dado, fantasia do texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo, mas palavras de Simon Blackburn) nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa). (STRECK, 2017, p. 253/254)

Ao aplicador do direito a essencialidade da atividade hermenêutica não pode passar despercebida, tendo em vista ser a palavra seu maior meio de trabalho. Mesmo que entenda-se que o caso concreto trata-se de um *easy case* e que a norma a ser aplicada é simples e não demanda análises muito profundas, para se ter esse entendimento, existe um prévio estudo e conhecimento do contexto normativo no qual a regra está inserida dentro do ordenamento jurídico e como recai sobre o caso em avaliação. Ou seja, atividade hermenêutica.

Hermenêutica constitucional, nos dizeres de Ivo Uji², “(...) é uma ciência que tenta amparar os operadores do Direito em uma direção mais segura, sempre tendo em vista a necessidade de coadunar o ordenamento jurídico com a Constituição Federal (...)”.

Samuel Sales Fonteles, aponta que na interpretação constitucional devem ser usadas as seguintes

²UJI, Ivo. **Hermenêutica constitucional e Neoconstitucionalismo**. LexMagister. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26630422_HERMENEUTICA_CONSTITUCIONAL_E_NEOCONSTITUCIONALISMO.aspx. Acesso em 04 de abr. de 2020

ferramentas: i) princípio da unidade da Constituição; ii) princípio da concordância prática; iii) critério da correção funcional (princípio da conformidade funcional ou justeza); iv) critério da eficácia integradora (princípio do efeito integrador); e v) critério de interpretação da força normativa (princípio da força normativa da Constituição) (FONTELES, 2020).

Portanto, segundo o princípio da unidade da Constituição, para a hermenêutica constitucional ser colocada em prática deve-se atentar sempre para interdependência dos dispositivos constitucionais, que funcionam como um todo. Não se pode optar por aplicar apenas o que for mais conveniente, inclusive inexistindo hierarquia entre suas disposições.

Além disso, pelo princípio da concordância prática, a essência dos direitos em avaliação deve sempre ser mantida. Não cabem sacrifícios desmedidos mesmo quando houver necessidade de ponderações, sendo necessária a manutenção da identidade dos preceitos constitucionais.

Ao exercer a jurisdição constitucional não pode o Poder Judiciário atribuir competências que não sejam coerentes e condizentes com o estabelecido pela própria Constituição (critério da correção funcional).

Nos dizeres de Samuel Sales Fonteles sobre o critério da eficácia integradora:

(...) o fato é que o desiderato de uma Constituição continua a ser o de **não apenas criar, mas** sobretudo *conservar* a unidade política de um dado Estado nacional. Sendo assim, o hermeneuta deve preferir soluções que realizem essa importante missão, dentre o universo de soluções que se afigurem possíveis por ocasião da interpretação constitucional. (...) (FONTELES, 2020, p. 176)

Quanto ao critério de interpretação da força normativa, diz respeito à obediência propriamente da norma constitucional. Ou, nas palavras de Samuel Sales Fonteles:

(...) **enquanto uma Constituição estiver em vigor, deverá ter sua força normativa respeitada. Se alguém discorda da redação constitucional, que lute pela promulgação de uma emenda à Constituição. Porém, se o descontentamento popular acentuar-se a um nível que evidencie a impossibilidade de conservação do documento constitucional, basta que o povo soberanamente elabora uma nova Constituição.** Enquanto isso não for feito, a força normativa da Constituição deve ser preservada. (...) (FONTELES, 2020, p. 177/178)

Se fosse a hermenêutica constitucional instrumento jurídico apto por si só a resolver todas as discussões apontadas anteriormente, há muito essas não existiriam mais. Todavia, é ela ferramenta importante que pode ser usada no cotidiano pelos aplicadores do direito, na busca por uma coerência sistêmica de interpretação, atribuição de sentidos e amenização de dilemas.

A Constituição Federal é a lei maior do ordenamento jurídico e não pode ser deixada de lado, conforme critérios de conveniência do aplicador do direito.

O que se percebe atualmente não são questionamentos acerca da possibilidade do exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário, tarefa essa que lhe é atribuída pela própria Constituição, mas sim uma crítica severa ao ativismo judicial exacerbado e desarrazoado, em verdadeira invasão de competências.

Utilizar a hermenêutica constitucional seria ponto de partida fundamental no sentido de dirimir conflitos evitando-se ao máximo situações aptas a ensejar crises e críticas sistemáticas, bem como amenizar a discricionariedade exacerbada do Poder Judiciário.

4. CONCLUSÃO

O Constitucionalismo foi movimento pelo qual, buscando limitar-se o antes poder absoluto do Estado frente ao particular, passaram os Estados democráticos de direito a ter como norma fundamental uma Constituição, que dá as diretrizes a serem seguidas na implementação de políticas estatais e decisões do poder público em geral.

Entre as previsões constitucionais estão os direitos e garantias fundamentais, tidos como aqueles que em que se baseia todo o ordenamento, garantidores do mínimo necessário para que se possa falar em dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal do Brasil, datada de 1988, possui extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que na prática demandam escolha alocativa de recursos pelo poder público além de originarem dilemas em sua aplicação junto também ao Poder Judiciário, vez que podem conflitar entre si em determinadas situações fáticas.

Diferenciam-se os chamados *easy cases* e *hard cases*, de acordo com a possibilidade de sua resolução através da mera subsunção à determinada norma ou necessidade de raciocínio mais complexo no intuito de buscar a melhor solução para caso que não tenha resposta clara no ordenamento jurídico.

Diversos são os questionamentos decorrentes da ideia de que poderia o aplicador do direito, em certas situações, exercer juízo de ponderação, que não pode se confundir com mera discricionariedade, bem como acerca de quais seriam os limites dentro dessa possibilidade.

Não existe uma resposta concreta acerca de como solucionar todos esses dilemas, mas nesse contexto se apresenta a hermenêutica constitucional como ferramenta apta a nortear a atuação dos aplicadores do direito ao enfrentar situações que não encontrariam resposta imediata e simples no ordenamento jurídico.

Lembrando-se ainda que com a aplicação da hermenêutica constitucional estar-se-ia dando ênfase à norma maior, qual seja a Constituição Federal, sendo possível assim dirimir conflitos com maior confiabilidade no sistema como um todo.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Colisão de normas -distinção entre ponderação e juízo de adequação**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Ano 51, Número 203, jul./set., 2014. P. 165/183. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf. Acesso em 04 de abr. de 2020.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELTRAMI, Fábio. **Princípios como solução dos hard cases. Teoria Dworkiniana**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/principios-como-solucao-dos-hard-cases-teoria-dworkiniana/>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html Acesso em 04 abr. de 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos – processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. 3ª edição, revista, atualizada, ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GONTIJO, Manfredo Schwaner. **Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo em linhas gerais**. Jus Navigandi, 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/30151/constitucionalismo-e-neoconstitucionalismo-em-linhas-gerais>. Acesso em 03 de abr. de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÖLLER, Josué Emilio. **A justiça como equidade em John Rawls**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais – teoria geral**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

RABELO JUNIOR, Luis Augusto. **A justiça como equidade em John Rawls**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-94/a-justica-como-equidade-em-jonh-rawls/>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Fourth printing. United States of America: Belknap Harvard, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes**. ConJur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6ª edição revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

UJI, Ivo. **Hermenêutica constitucional e Neoconstitucionalismo**. LexMagister. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26630422_HERMENEUTICA_CONSTITUCIONAL_E_NEOCONSTITUCIONALISMO.aspx. Acesso em 04 de abr. de 2020.

VIANA, Zani Eduarda do Lago Dias. **Neoconstitucionalismo: o caminhar para a efetivação dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana**. Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/neoconstitucionalismo-o-caminhar-para-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-e-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

MOÇAMBIQUE E A GEOPOLÍTICA DO PETRÓLEO E DO GÁS

Edson da Graça Francisco Macuácuá¹

Mervin Stewart Sampaio da Mota²

RESUMO: O presente artigo versa sobre “*Moçambique e a Geopolítica do Petróleo e do Gás*”. Objecto do presente trabalho é a análise geopolítica de petróleo e gás, devendo para o efeito, caracterizar e descrever o contexto geopolítico do petróleo e do gás no século XXI e relacionar o contexto moçambicano com o geopolítico internacional do petróleo e gás. O trabalho inicia com um enquadramento conceptual, posteriormente, aborda-se geopolítica de petróleo no contexto internacional e subsequentemente no contexto moçambicano. Constatou-se que o petróleo e gás são recursos vitais para a sociedade moderna e actualmente, devido ao estilo de vida adoptado no contexto actual, e obviamente, as grandes potências mundiais continuam a dominar o mercado internacional do petróleo e do gás, onde os EUA, Rússia e Arabia Saudita isoladamente e a Arabia Saudita através da OPEP determinam a dinâmica do mercado em que Moçambique já não faz parte da periferia da geopolítica do Petróleo e Gás, passando a ser um acto de peso, devido as inúmeras reservas existentes em Cabo Delgado, Sofala e Inhambane que catapultam Moçambique como o maior produtor e exportador de gás liquefeito de África e um dos 10 maiores do mundo, acarretando ameaças e riscos de diversa índole na esfera da geopolítica, particularmente relativos a circulação do petróleo, geoeconomia do petróleo, petro-diplomacia e petro-segurança.

Palavras-chave: *Geopolítica, Petróleo e Gás*.

ABSTRACT: This article is about “*Mozambique and the Geopolitics of petroleum and Gas*”. The purpose of this paper is to analyze the geopolitics of petroleum and gas, and for that purpose, characterize and describe the geopolitical context of oil and gas in the 21st century and relate the Mozambican context to the international geopolitical of petroleum and gas. This analysis was carried out from the perspective of energy, petroleum and gas law, public administration, administrative law and public management. For the materialization of this research, a qualitative

¹Doutor em Direito, Doutor em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano, Mestre em Administração Pública, Mestre em Direito e Mestre em Direito de Petróleo e Gás, Docente da Faculdade de Direito na Universidade Eduardo Mondlane e na Universidade Católica de Moçambique.

²Mestre em Administração Pública, Mestrando em Direito Administrativo.

approach based on reading of works and documentary analysis was chosen. The study starts with the conceptual debate, later on, it addresses petroleum geopolitics in the international context and subsequently in the Mozambican context. It was found that petroleum and gas are vital resources for modern society and today, due to the lifestyle adopted in the current context, and obviously, the great world powers continue to dominate the international petroleum and gas market, where the USA , Russia and Saudi Arabia alone and Saudi Arabia through OPEC determine the dynamics of the market in which Mozambique is no longer part of the periphery of the petroleum and gas geopolitics, becoming an act of weight, due to the numerous existing reserves in Cabo Delgado , Sofala and Inhambane that catapult Mozambique as the largest producer and exporter of liquefied gas in Africa and one of the 10 largest in the world, causing threats and risks of various kinds in the sphere of geopolitics, particularly relating to the circulation of petroleum, petroleum geoeconomics, petroleum diplomacy and petro security.

Keywords: *Geopolitics, Petroleum and Gas.*

1. Contextualização

A geopolítica do petróleo e gás vem evoluindo paulatinamente desde a altura em que foi descoberto o primeiro poço de petróleo em 1859 no na Pensilvânia nos EUA pelo Coronel Edwin Drake e obviamente faz parte destas formas de organização. Consequentemente, iniciou uma corrida das grandes potências para o controlo desse recurso energético não renovável.

Os recursos energéticos constituem o principal motor da geopolítica global.

Deste modo, para David, (s/d, p. 14), quando, no final da década de 1850, os pioneiros da moderna indústria petrolífera depararam-se com petróleo em seus poços perfurados, sabiam tratar-se de um bom negócio, mas jamais imaginaram que sua descoberta viria a impor o rumo da geopolítica mundial a partir daquela segunda metade de século. O mundo adentra o século XXI mais dependente do que nunca do “óleo de pedra”. As reservas dos países industrializados esgotam-se velozmente. Ricardo Bueno citado por David (op. cit, p. 15) retracta a delicada perspectiva dos países ricos:

“As reservas conhecidas (...) estão concentradas no instável Oriente Médio. A participação da região chega a 66% do total mundial. Os países da OPEP, todos do chamado Terceiro Mundo, detêm 77% das reservas, equivalentes a 97 anos de produção. Já os países que não pertencem à OPEP contam com reservas para apenas 17 anos. As reservas dos países ricos, quando comparadas com os níveis de consumo, revelam seu grau de dependência em relação ao petróleo importado. O Japão e a Alemanha não possuem reservas para sequer ano de consumo. A França, a

Itália e a Holanda, *idem*. E os Estados Unidos e o Reino Unido poderiam viver do seu próprio petróleo apenas por seis anos.”

Fica evidente que mesmo os pioneiros na indústria petrolífera e do gás, não tinham noção de que aquela descoberta impulsionaria o *modus vivendi* a nível mundial. Outrossim, depreende-se que as grandes potências mundiais como França, Itália, Holanda, Japão, Alemanha, EUA e Reino Unido não tem o mínimo de condições para sobreviver durante muito tempo com o seu próprio petróleo. Facto que lhes impõe a imperiosidade de irem a busca de novas fontes para garantir longevidade na sobrevivência energética, petrolífera e do gás.

Prossegue David, (*op. cit.*, p. 15), que a participação do petróleo importado no total consumido pelos EUA apresenta uma tendência crescente desde 1970. A relação importação/consumo, naquele ano, era de 21% subindo continuamente para 36% em 1980 e 44% em 1990. Em 1997, quantidade de petróleo bruto importado pelos EUA ultrapassou a lá produzida. Actualmente, os norte-americanos importam mais de nove milhões de barris/dia, e as curvas de consumo e importação seguem em sua trajectória crescente, enquanto as de produção e reservas decrescem ano a ano. Dados de 2000 informam que as reservas próprias de petróleo dos EUA sustentariam seu consumo por meros três anos.

Vislumbra-se que os EUA são um grande importador e consumidor do petróleo e gás, situação proporcionalmente acompanhada pelo decréscimo das curvas de produção e da diminuição das reservas existentes. Consequentemente, abre-se espaço para corrida geopolítica nessa vertente de modo a assegurar seu poderio e sustentabilidade.

Por isso, de acordo com David (*ibidem*), a vulnerabilidade norte-americana no suprimento de petróleo é a grande ameaça ao exercício de sua hegemonia. Consumistas ao desvanio, respondem por espantosos 30% da demanda mundial, vivendo o paradoxo de ser, simultaneamente, o maior produtor e o maior importador do produto. Dois terços do déficit de sua balança de pagamento é originário da importação de petróleo. Cientes de sua absoluta dependência, sua estratégia político-militar é manifestamente norteadada a garantir o acesso ao petróleo, esteja ele no Oriente Médio, na região do Mar Cáspio ou na América Latina. James Schlesinger, ex-Secretário de Defesa dos Estados Unidos, referindo-se à segurança energética norte-americana no Congresso Mundial de Energia de 1990 afirmava que seu país reconhecia a soberania das demais nações sobre seus respectivos territórios, mas não sobre o subsolo, em cuja riqueza seria património da humanidade, em peremptório desrespeito à resolução 626/52 da ONU, que estabeleceu que “o direito dos povos de usar e explorar livremente os seus recursos e riquezas naturais é inerente à sua soberania”. Mais explícito não poderia ser o ex-Secretário e os fatos recentes mostram claramente que os EUA não hesitam em utilizar o poderio bélico quando seu suprimento energético seja ameaçado, como o fizeram contra o Iraque (e estão na iminência

de novamente o fazer) e o estão fazendo, no Afeganistão.

Assim, convém realçar que foi durante o final do Século XX e início do Século XXI, que o avanço de multinacionais petrolíferas e energéticas em países em desenvolvimento foi determinado por acções políticas visando o controlo de novos espaços de acumulação e reprodução de capitais na vertente de petróleo e gás.

Em Moçambique para Mosse e Selemene citados por Mucanheia (2015), "o gás natural (...), começou a ser pesquisado (...) em 1904 quando identificaram-se algumas bacias sedimentares com probabilidade de existência de depósitos de petróleo e gás. Porém, devido às condições desfavoráveis ao desenvolvimento de projectos de exploração como, a falta de investimento, dependência da potência colonizadora em relação às outras potências como a Grã-Bretanha, (fragilidade económica, tecnológica, técnica da potência colonizadora), e a falta de autonomia do Estado moçambicano", (p. 4).

No mesmo diapasão e na esteira do seu raciocínio Mucanheia (ibidem) afirma que:

Foi precisamente em 1961 que se fizeram as primeiras descobertas de gás natural em Pande, seguindo-se das descobertas de 1962 em Buzi, bem como de Temane 1967 em quantidades não superiores à 7 tcf. E após estas descobertas, as actividades de pesquisa conheceram uma estagnação até 1979, quando foi definida a política do sector e criada a Secretaria de Estado do Carvão e Hidrocarbonetos. No período subsequente, precisamente em 1981, foi aprovada a primeira lei de petróleos (Lei 3/1981 de 3 de Outubro), e criada a Nacional de Hidrocarbonetos, que foi tornada numa empresa pública em 1997 pelo decreto-lei nº 39/97, com a função de representar o Estado nas actividades petrolíferas.

Paralelamente, no contexto internacional, na década 90, as grandes potências e multinacionais vê a imperiosidade de busca de novos investimentos e face a questão conjuntural, o governo moçambicano, abre ainda mais o mercado estratégico, de carvão mineral, gás natural e petróleo, abrindo-se assim para a geopolítica de petróleo que teve o seu marco em 2004 com início da exploração em Inhambane, especificamente nos blocos de Temane e Pande.

E, actualmente, quando se efectua a análise da geopolítica do petróleo e gás, averigua-se sobre a produção, exportação e transporte de petróleo e em que posição ficam em cenários geopolíticos internacionais os Estados, para se aferir se possuem maior controlo e posicionamento na esfera geopolítica.

É nesta ordem de ideias que urge analisar Moçambique e a geopolítica do petróleo e do gás.

2. Geopolítica do Petróleo e do Gás

Segundo Pereira (2019), geopolítica pode ser definida como uma bússola das estratégias de um determinado actor, cujas acções podem ser materializadas no espaço geográfico e passíveis de serem analisadas pela Geografia e outras ciências (p. 22).

De acordo com Pena citado por Augusto (2018), geopolítica pode ser definida como o conjunto de acções e práticas realizadas no âmbito do poder, geralmente envolvendo os Estados Nacionais no sentido de promover a gestão e o controle de seus territórios (p.3).

Perfilhamos do conceito de Pena citado por Augusto, pois por Geopolítica, pode-se entender como acções desencadeadas na esfera do poder, envolvendo Estados ou outros actores internacionais, no caso vertente passíveis de serem analisadas de como factores geográficos conferem ou não poder de um determinado Estado ou actor internacional, exaltando uma correlação entre a política e a geografia, para dela retirar ilações positivas e negativas e no caso vertente relativamente ao circuito do petróleo e do gás.

O termo geopolítica esta intrinsecamente ligado a área militar, mas foi evoluindo paulatinamente para as academias no contexto da diplomacia, geografia e outras áreas de saber, em diversas vertentes, tal como é o caso da geopolítica de petróleo e gás, que não é necessariamente um ramo da geografia e muito menos da diplomacia, mas se enquadra na geopolítica de energia na generalidade, sendo o petróleo e gás, a área mais notável e importante destes recursos energéticos.

Para Bertonha (2005), dizer que o petróleo é um elemento de influência nas relações geopolíticas contemporâneas é repetir o óbvio. Desde que ele se tornou a matriz energética básica da sociedade industrial e o elemento fundamental para o funcionamento da economia moderna, ter ou controlar fontes de petróleo e as rotas por onde ele é transportado se tornou questão de vida e morte para as sociedades contemporâneas (p.2).

Assim, como corolário e no caso em epígrafe, decorrem três conceitos: Geopolítica energética, geopolítica do petróleo e geopolítica do gás.

Por isso, Geopolítica energética, do petróleo e do gás, estuda a relação entre o Estado e meio natural em que se implanta para dela retirar ilações de poder relativo conferido pela Geografia na vertente energética, do petróleo e do gás.

A geopolítica energética, do petróleo e do gás são determinados pelo poder relativo que os consumidores adquirem que acaba afectando a cadeia de produção, procura e consumo (**geoeconomia do petróleo**), a cadeia de transporte naval ou pro dutos (**circulação do petróleo**), a sua negociação (**Petro diplomacia**) e a segurança de toda cadeia, **Petro Segurança**.

No entanto, para David (s/d, p. 16), nos últimos cento e cinquenta anos, a história da humanidade

confundiu-se com a do petróleo. Iniciado o novo século, duas questões sobressaem: por quanto tempo continuará o petróleo a ser a matriz energética sobre a qual se funda o desenvolvimento da civilização? E quem ditará os rumos da geopolítica do petróleo nos anos vindouros, sucedendo o domínio da Standard Oil, do Cartel das Sete Irmãs e da OPEP?

Na prossecução do seu raciocínio, David, (*ibidem*), a primeira questão traduz uma controvérsia histórica no seio da indústria. Há os que, actualmente liderados pelo geólogo Colin Campbell, acreditam que o pico de produção de petróleo em nível mundial seja atingido em torno de 2004. A partir daí, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos desde o início do decénio de 1970, a produção declinar-se-ia, tendendo, sua curva, a uma gaussiana, o que provocaria uma drástica alteração nos preços do barril ainda nesta primeira década do século XXI, no que se constituiria um novo choque do petróleo, agora induzido não por circunstâncias políticas, mas pela escassez. Contrapõem-se às conclusões de Campbell os estudos capitaneados pelo America's Geological Survey, que prevêem que o pico produtivo só seria alcançado a partir de 2020. Mais optimista, René Dahan, alto executivo da Exxon Mobil, conjectura que a escassez de petróleo não sobreviria antes de 2070. Nesta matéria, alinhamo-nos com os optimistas. Com efeito, as previsões quanto ao iminente esgotamento das reservas de hidrocarbonetos acompanham a indústria desde o boom de Titusville. Normalmente, tais previsões pecam por não considerarem as constantes inovações tecnológicas que, recorrentemente, revolucionam o sector.

Por isso, para David (*ibidem*), exemplo actual é o da exploração/produção em águas profundas. Quem o insano a imaginar, há duas décadas atrás, explorar-se petróleo em áreas recobertas por lâminas d'água de 3000 m, e produzi-lo a mais de 2000 m do assoalho oceânico? Outro exemplo é o dos factores de recuperação. Acredita-se que, no estado da arte, já seria admissível uma elevação do índice entre 15% e 25%, desde que a demanda por petróleo aumentasse ou a oferta diminuísse o suficiente para absorver o custo do incremento tecnológico.

Nestes termos, segundo David, (*op. cit.*, p. 17), as hipóteses advindas da segunda questão reclamam a análise de números recentes. Anualmente, desde o final dos anos 1980, as cinquenta maiores empresas de petróleo do mundo são ranqueadas pela Petroleum Intelligence Weekly. O ranking apresentado em Dezembro de 2001, referente aos resultados operacionais de 2000, aponta para a divisão das maiores empresas em três grupos. O primeiro é o das “supermajors”, composto pelas tradicionais gigantes do sector, que, cartelizadas, comandaram a geopolítica do petróleo até o início da década de 1970, e por empresas resultantes das sucessivas fusões e incorporações cometidas a partir dos anos 1980.

Assim, para David (*ibidem*), concentram sua actividade nas operações de “downstream”, prevalecendo tanto na capacidade de refino quanto na venda de derivados: em ambos os “rankings” a Exxon, a Shell, a BP e a ELF (CFP), posicionam-se entre as seis maiores. O

“ranking” do “upstream”, em compensação, denota sua delicada situação estratégica. Em produção, a Exxon Mobil é a terceira, a Shell é a sexta e a BP a sétima, enquanto em reservas, nenhuma das “supermajors” aparece entre as dez maiores. Embora despojadas do poder de outrora, continuam, enquanto grupo, ocupando os níveis mais elevados entre as maiores empresas mundiais, fazendo parte da elite do capital globalizado.

E, para David (ibidem), no segundo grupo, o das mega estatais, cuja maior representante, a Saudi ARAMCO, é imbatível no “ranking” há mais de uma década, ocorre o inverso. Seu domínio no “downstream” é absoluto – ocupam as dez primeiras posições em reservas e sete das dez primeiras em produção de óleo e gás, mas são vulneráveis no “upstream”. No segmento, apenas a PDVSA, a PEMEX e a Saudi ARAMCO mantêm-se próximas às “supermajors”. A riqueza em petróleo de seus países de origem, aliada ao baixo consumo advindo da parca industrialização, mantém-nos no centro da disputa pelo domínio da geopolítica do petróleo. Os cartéis que patrocinam desde 1960, conquanto não mais ditem preços e produção, continuam organizados, aguardando a próxima crise mundial que lhes revigore o poder.

Sentencia David (ibidem) que o último grupo é formado por grandes companhias integradas, oriundas de países com economias emergentes e que sofreram recentemente, em maior ou menor grau, um processo parcial ou total de privatização. Têm acesso a consideráveis reservas em seus países de origem, dominam seu mercado interno e ambicionam a internacionalização. Apesar de não exibirem a mesma pujança das “supermajors” e das mega estatais, constitui o grupo mais integrado da indústria, apresentando, como regra, forte equilíbrio entre as operações de “upstream” e “downstream”.

Entre as “majors” emergentes destaca-se sem dúvidas a Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, que tem inúmeros desafios para valorizar suas acções nos mercados nacional e internacional e se cotar entre as maiores empresas do mundo na área de petróleo e gás, tanto em relação a produção, reserva, lucros, receitas e activos e como importante actor para catapultar o desenvolvimento de Moçambique.

Pois, fica eloquente que o petróleo tem inúmera importância no quotidiano da humanidade, pelo facto de ser uma grande e importante fonte de energia. Pois, a Agência Internacional de Energia estima que cerca de 60% da produção energética mundial advenha desse recurso. Assim, considerando que o nível de consumo de um país está directamente relacionado ao seu poderio económico, podemos dizer que quanto mais desenvolvido for um Estado, mais dependente do petróleo tornar-se-á.

Mas existem outros factores que podem determinar a importância do petróleo e gás, pois para além de ser usado como combustível, pode igualmente ser usado na produção de plástico, colchões, solventes, tintas e lubrificantes. Por esse motivo, esse recurso possui um peso de ouro e

especial na economia internacional, que é bastante vulnerável às oscilações do seu preço.

No campo da Geopolítica do Petróleo e do Gás, entre os principais actores, obviamente se destacam países que possuem amplas reservas desse recurso e também aqueles que o consomem em grande quantidade. Destaca-se ainda a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) que faz parte dessa dinâmica, além de outras nações como os Estados Unidos e China, que estão entre os maiores consumidores da actualidade.

Quadro 1: **Contem 10 maiores produtores, consumidores e reservas de Petróleo no mundo**

Petróleo no mundo: Maiores produtores, consumidores e grandes reservas			
Ordem	Maiores produtores	Maiores consumidores	Maiores reservas
1	EUA	EUA	Venezuela
2	Arábia Saudita	China	Arábia Saudita
3	Rússia	Índia	Canadá
4	Canadá	Japão	Irão
5	Iraque	Arábia Saudita	Iraque
6	EAU	Rússia	Kwait
7	China	Coréia do Sul	EAU
8	Irão	Canadá	Rússia
9	Kwait	Brasil	Líbia
10	Brasil	Alemanha	Nigéria

Fonte: **Adaptado pelos autores com base em dados do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás**

Conforme se pode depreender, os EUA são os maiores produtores e líderes mundiais na produção de petróleo no mundo, o que influencia bastante em sua postura geopolítica. Os Estados Unidos, assumiram esta posição desde Junho de 2015, tendo ultrapassado a Arabia Saudita e Rússia, que dividiam esta posição de forma alternada desde 1975, de acordo com dados sobre os maiores produtores mundiais de petróleo compulsado no Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás. As razões da subida da produção dos EUA deveram-se a descoberta de novas reservas de óleo não convencionais que permitiram a subida da produção em 1 milhão de b/d por anos consecutivos.

Subsequentemente, seguem a Arabia Saudita e Rússia, dois grandes produtores de petróleo e continuam a ter um papel relevante na geopolítica do petróleo. Arabia Saudita tem uma grande influência na OPEP³ (Organização de Países Exportadores de Petróleo), que é uma organização intergovernamental, composta por 13 países, nomeadamente, Argélia, Angola, Guine Equatorial, Gabão, Irão, Iraque, Kuwait, Líbia, Nigéria, Congo, Arabia Saudita que é líder, EAU e Venezuela,

³Quando se faz menção a OPEP, é preciso destacar a sua distinção com a OPAEP (Organização dos Países Árabes Exportadores de Petróleo).

mas já contou com Equador, Indonésia e Catar. A Arabia Saudita e OPEP influenciam bastante na produção e preço do petróleo. Igualmente, a Rússia tem uma força muito grande nesta vertente, apesar de não fazer parte da OPEP. Depois Seguem-se Canada, Iraque, EAU, China, Irão, Kuwait e Brasil. Quando se faz menção a OPEP, é preciso destacar a sua distinção com a OPAEP (Organização dos Países Árabes Exportadores de Petróleo), fundada pela Líbia, Arabia Saudita e Kuwait em 1968 que tem a sua sede no Kuwait) que tem um peso bastante na Geopolítica do Petróleo.

Dentre os maiores consumidores, destaca-se os EUA, apesar de a China ter tido um crescimento bastante exponencial. O consumo de petróleo, caiu na maior parte dos países desenvolvidos e aumentou nos países em vias de desenvolvimento, Alemanha foi das poucas exceções. Nota importante é que entre os grandes consumidores existem países que dependem em demasia de outros países, como Japão, Índia e Coreia do Sul e casos de não serem auto-suficientes como a China.

Em relação as maiores reservas de petróleo, destacam-se a Venezuela com 300. 878 milhões de barris, seguida da Arabia Saudita com 266. 244 milhões de barris e do Canada com 169. 709 milhões de Barris, numa lista cuja decima posição é ocupada pela Nigéria com 37,1 milhões de barris que é o segundo maior reservista africano de petróleo depois da Líbia que ocupa a nona posição a nível mundial. **As recentes projecções indicam Moçambique como detentor de reservas de petróleo, mas não em quantidades que possam catapultar Moçambique para grandes posições na arena mundial, diferentemente do gás natural, cujas projecções indicam Moçambique como detentor das maiores reservas de gás natural de África e o 9º ao nível do mundo.**

Independentemente das quantidades de petróleo existentes e da posição de Moçambique como produtor, consumidor ou reservista, pois estudos ainda estão em prospecção, Moçambique já faz parte da Geopolítica de Petróleo.

Quadro 2: Contem 10 maiores produtores, consumidores e reservas de Gás Natural no mundo

Petróleo no mundo: Maiores produtores, consumidores e grandes reservas			
Ordem	Maiores produtores	Maiores consumidores	Maiores reservas
1	EUA	EUA	Rússia
2	Rússia	Rússia	Irão
3	Irão	China	Catar
4	Catar	Irão	Turquemenistão
5	China	Canadá	EUA
6	Canadá	Arábia Saudita	China

7	Austrália	Japão	Venezuela
8	Noruega	México	Arábia Saudita
9	Arábia Saudita	Alemanha	EAU
10	Argélia	Reino Unido	Nigéria

Fonte: Adaptado pelos autores com base em dados do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás

Nota-se que, os EUA são os maiores produtores e líderes mundiais na produção de gás natural no mundo, seguido da Rússia, Irão, Catar e China, numa relação cujo top 10 é ainda composto por Canada, Austrália, Noruega, Arabia Saudita e Argélia.

Destes, urge realçar que, EUA, Canada e Noruega, tem interesses em Moçambique e China e Rússia são tradicionais parceiros do Estado moçambicano.

Em relação aos maiores consumidores de gás natural, podem-se elencar EUA, Rússia, China, Irão, Canada, Arabia Saudita, Japão, México, Alemanha, Reino Unido.

Nestes termos, convém realçar que EUA, Canada e Reino Unido tem interesses representados em Moçambique, enquanto que, Japão e Alemanha, juntam-se a China e Rússia como grandes parceiros do Estado moçambicano e que não tem sustentabilidade para garantir auto consumo de gás natural para os seus concidadãos.

Em relação as maiores reservas de gás natural, destacam-se a Rússia, Irão, Catar, Turquemenistão, EUA, China, Venezuela, Arabia Saudita e EAU.

Destes, apenas EUA tem interesses em Moçambique e sobre a situação da China e Rússia já fizemos menção, mas **as recentes projecções indicam Moçambique como detentor das maiores reservas de gás natural de Africa e o 9º ao nível do mundo**, que tornará Moçambique num país exportador de referência de gás natural liquefeito no continente africano e no mundo⁴, ocupando um espaço cada vez notável na Geopolítica do gás a nível internacional. Concomitantemente, estas projecções apontam que Moçambique vai passar a ocupar esta posição e uma posição de relevo na produção de gás nos finais da década 20 deste século.

A competição entre as grandes potências pelo acesso e controlo dos recursos energéticos à escala global cresce, gera conflitos entre países e a emergência de novos actores na geopolítica, como é o caso da China.

Pois para Fiori, (2007, p. 94), do ponto de vista geopolítico, o mais provável é que a China se restrinja à luta pela hegemonia no sudeste asiático e à sua região próxima do Pacífico, mantendo-se fiel à sua estratégia actual de não provocar nem aceitar nenhum tipo de confronto fora de sua “zona de influência”. Mas, se a China seguir o caminho passado de todas as Grandes Potências

⁴Filipe Jacinto Nyusi, Presidente da Republica de Moçambique na intervenção proferida no dia 05 de Agosto de 2019 em Palma, Cabo Delgado aquando do lançamento da primeira pedra da Infra-estrutura de Gás Liquefeito do Projecto da Anadarko e seus parceiros da Área 1 em Afungi.

que existiram dentro deste sistema mundial “moderno”, é provável que em algum momento, tenha que combinar sua expansão económica, com uma expansão político-militar global. E, neste caso, enfrentará a resistência e a intervenção do poder global americano. Mas não está excluída a possibilidade de que se repita o que já ocorreu, no século XVII, com a fusão dos interesses económicos anglo-holandeses e, no século XX, com a fusão dos interesses anglo-americanos. A grande novidade, entretanto, é que já não se trataria de uma relação de competição, guerra e fusão entre europeus ou descendentes de europeus, e sim de um retorno às relações e à rivalidade que esteve no ponto de partida do sistema mundial, uma espécie de “ajuste de contas”, entre os asiáticos e os europeus e seus descendentes.

Outra análise interessante nesse contexto é o papel crescente que os BRICS (grupo de economias emergentes formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) estão desempenhando, visto que esses países estão entre os maiores produtores e consumidores de petróleo e de gás do mundo, com destaque para a Rússia e a China, e ainda a Rússia faz parte do grupo com maiores reservas tanto de petróleo, como de gás.

Além disso, é interessante notar que os países que mais produzem e também que possuem maiores reservas estiveram recentemente envolvidos, de uma forma ou de outra, em questões diplomáticas ou militares. Citam-se os casos da Venezuela, que segue uma postura de questionamentos e tensões com os EUA, assim como a Líbia, recentemente invadida pela OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) no contexto da Primavera Árabe. Isso explica também, ao menos em partes, o porquê de Médio Oriente ser tão instável politicamente, afinal, essa região é responsável por 60% da produção mundial de petróleo e gás. Bem como as razões que estão por detrás da existência de instabilidade social e extremismo na Nigéria.

A sustentabilidade **climática, ambiental e a crescente corrida pelas tecnologias** são as questões de fundo que estão por detrás da geopolítica de petróleo e do gás no século XXI. Sem obscurar a **questão financeira** (ganhos accionários os planos de investimento das grandes empresas petrolíferas, bem como as novas descobertas) e a **pujança geopolítica internacional** (segurança energética) como questões de fundo.

Para Nozaki (2018, p. 1), as duas primeiras décadas do século XXI tem sido marcadas por transformações importantes na geopolítica do petróleo e gás. Desde a década de 1970 com a consolidação da OPEP o epicentro da indústria petrolífera orbita ao redor do Golfo Pérsico, entretanto, novas estratégias nacionais e empresariais para o sector de óleo e do gás parecem fortalecer a conformação de novos centros dinâmicos para os hidrocarbonetos.

No entanto, as principais descobertas petrolíferas de exploração económica viável e promissora realizadas neste século concentram-se no continente americano, com o *shale gas e o tight oil norte-americanos*, o óleo das areias betuminosas canadenses e o óleo do pré-sal brasileiro. E recentemente a descoberta dos 277 triliões de pés cúbicos de gas natural liquefeito e de petróleo

em Moçambique. Estas descobertas estão ligadas a geopolítica e acumulação de capitais. Como afirma Fiore, (op.cit.p.95), que a grande competição económica mundial e a grande disputa geopolítica estão se dando em torno dos territórios e das regiões que dispõem dos excedentes energéticos para mover a nova “locomotiva” do crescimento mundial, puxada pelos Estados Unidos e a China, com efeitos imediatos sobre a Índia. Basta olhar para as duas pontas deste novo eixo – Ásia e EUA – e para suas necessidades energéticas atuais e futuras, para visualizar o mapa das disputas e das suas sinergias positivas, através do mundo. Em conjunto, a China e a Índia detêm um terço da população mundial e vêm crescendo, nas duas últimas décadas, a uma taxa média entre 6% e 10% ao ano. Por isso mesmo, ao fazer seu Mapa do Futuro Global, em 2005, o Conselho de Inteligência Nacional dos Estados Unidos previu que, se forem mantidas as atuais taxas de crescimento das duas economias nacionais, a China deverá aumentar em 150% o seu consumo energético e a Índia em 100%, até 2020. Mas nenhum dos dois países tem condições de atender suas necessidades através do aumento da produção doméstica de petróleo ou de gás.

Na esteira do seu raciocínio, Fiori, (op. cit. p. 96), afirma que a China já foi exportadora de petróleo, mas hoje é o segundo maior importador de óleo do mundo. E essas importações atendem apenas um terço de suas necessidades internas. No caso da Índia, sua dependência do fornecimento externo de petróleo é ainda maior: nestes últimos quinze anos essa dependência aumentou de 70% para 85% do seu consumo interno. Para complicar ainda mais o quadro da competição económica e geopolítica na Ásia, o Japão e a Coreia também dependem de suas importações de petróleo e de gás, para sustentar suas económicas domésticas. Esta situação de carência colectiva e competitiva é que explica a aproximação recente, de todos estes países asiáticos, do Irã, a despeito da forte oposição dos Estados Unidos. E explica também a ofensiva diplomática e económica da China e da Índia, na Ásia Central, na África e na América Latina, como também no Vietnã e na Rússia. Além da participação conjunta da China e da Índia na disputa com os Estados Unidos e com a Rússia pelo petróleo do Mar Cáspio e pelos seus oleodutos alternativos de escoamento.

Percebe-se claramente a ofensiva diplomática e económica da China com diversos Estados, particularmente com a Índia e Rússia pelo controlo de recursos energéticos, petrolíferos e o gás natural.

Prossegue Fiore (op. cit, p. 96), afirma que a estratégia de competição e expansão é seguida, também, pelas grandes corporações privadas chinesas e indianas, que já saíram de sua zona tradicional de actuação e hoje operam no Irã, na Rússia e até nos Estados Unidos. Com impactos militares quase imediatos, como diagnostica o “Instituto Internacional de Estudos Estratégicos”, de Londres, que atribui a essa disputa energética a recente reestruturação da marinha militar da China e da Índia e sua presença cada vez maior no Mar da Índia e no Oriente Médio. Na outra ponta deste novo eixo dinâmico da economia mundial, estão os Estados Unidos, que continuam

sendo os maiores consumidores de energia do mundo e que, além disto, estão empenhados em diversificar suas fontes de fornecimento para diminuir sua dependência em relação aos países do Oriente Médio. Hoje a Arábia Saudita só atende a 16% da demanda interna dos Estados Unidos, que já conseguiram deslocar a maior parte do seu fornecimento de energia para dentro de sua zona imediata de segurança estratégica, situada no México e no Canadá, seguidos pela Venezuela que é seu quarto principal fornecedor de petróleo. Além disto, os Estados Unidos vêm trabalhando activamente para obter um acordo estratégico de longo prazo com a Rússia e têm avançado de forma agressiva e competitiva sobre os novos territórios petrolíferos situados na África Subsaariana, na Ásia Central, na região do Mar Cáspio. Portanto, os Estados Unidos estão disputando com a China, com a Índia, todos os territórios com excedentes energéticos atuais ou potenciais. E esta competição está se transformando num novo triângulo económico, complementar e competitivo, a um só tempo, que está cumprindo uma função organizadora e dinamizadora de várias regiões e economias nacionais, através de todo o mundo, incluindo a América do Sul e a África.

Denota-se uma competição diplomática e económica entre os EUA e a China e a disputa pela manutenção de relações diplomáticas e económicas com a Rússia, um importante e estratégico actor na geopolítica energética, do petróleo e do gás, para no âmbito dos jogos geopolíticos garantir o maior controlo de recursos energéticos, petrolíferos e do gás natural no mundo em todos os países potenciais ou detentores de reservas energéticas, petrolíferas e de gás natural.

Nesta vertente, Moçambique torna-se super apetecível para suprir as necessidades provocadas pelo crescimento demográfico nas super potências, particularmente na China, EUA e Índia.

Ainda para Nozaki, (op. cit), diante desse cenário de reorganização das correlações de força no tabuleiro geopolítico do petróleo, o que se desenha é uma queda de braços entre a face oeste e a face leste do Golfo Pérsico, de um lado os EUA aprofundam ainda mais seus laços com a Arábia Saudita, de outro lado a China e a Rússia estreitam relações com o Irão, no centro dessa disputa a OPEP tenta uma vez mais exercer o seu poder de definição sobre o preço do petróleo, mas dessa vez com menos facilidade do que em momentos anteriores, (p. 2).

Assim, no raciocínio de Nozaki, (op. cit), perspectivam-se os seguintes cenários:

1. Diminuição da demanda de petróleo em função de alguma mudança tecnológica (como a propalada difusão do carro eléctrico), ou orientada por pactuações ambientais e climáticas (como o Acordo de Paris e seus desdobramentos), o mais provável é que tal mudança seja informada por dois factores. Primeiro, por uma diminuição da oferta, resultado da crescente pressão dos fundos financeiros sobre as petrolíferas para que elas tenham mais
-

rendimentos para os accionistas e menos investimentos de risco desbravando novas fronteiras de descobertas. E, segundo, pela capacidade das grandes operadoras de petróleo assumirem um papel relevante, para não dizer protagonista, na produção de outras formas de energia que substituirão o petróleo no longo prazo.

2. As questões ambientais, climáticas e tecnológicas podem influenciar na transição da matriz energética (p. 3).

Urge perceber qual será o nível de influência destes factores na defesa e segurança das principais potencias e dos intervenientes na Geopolítica do Petróleo e Gás. Pois para Guerrilha, (2017), o petróleo tornou-se uma ameaça global, em primeiro lugar pelo fato de ser um recurso finito e não renovável, e até o presente momento não ter um substituto definitivo (p. 37).

3. O contexto moçambicano na Geopolítica do Petróleo e do Gás

De acordo com Mucanheia (2015, p.64), os recursos energéticos que Moçambique possui nomeadamente, o carvão mineral, gás natural, energia hidroeléctrica são também factores importantes da geopolítica energética internacional.

E mesmo que não possua capacidades financeiras tecnológicas, técnicas domésticas suficientes para a exploração dos seus recursos energéticos, e dependa de actores externos para extraí-los continua sendo importante. A nível de gás natural, a importância de Moçambique na geopolítica energética internacional, começou a ser tomada em consideração principalmente a partir de 2000, quando o Gdm assinou o PSA com a Sasol Petroleum. E desde 2000 até 2014, foram descobertas cerca de 196.1 tcf de reservas de gás natural, as quais reposicionaram Moçambique na geopolítica energética internacional.

De forma objectiva, de acordo com o Fruhauf citado por Mucanheia (Ibidem), o reposicionamento de Moçambique na geopolítica energética verificou-se a nível de volume de reservas de gás natural. A nível de reserva de gás natural, Moçambique saiu da posição 61 em 2000 com reservas de cerca de 3.9 tcf, para a posição 8 em 2013 com reservas de cerca de 200 tcf. E a nível de produção a qual iniciou em 2004, saiu da posição 51 em 2005, com uma produção de cerca de 0.08 tcf no ranking global, para a posição 45 em 2013 com cerca de 0.14 tcf. Contudo, estima-se que até 2026 Moçambique se torne num dos maiores produtores e 3º maior exportador de gás natural do mundo com cerca de 50mtpa.

Não obstante apenas o reposicionamento de Moçambique na geopolítica energética, urge o reposicionamento de Moçambique igualmente na geopolítica do petróleo e do gás. Bem como, fica claro que Moçambique faz parte da geopolítica do gás natural como um actor relevante.

E em termos de significado, Mucanheia (Ibidem), considera que o reposicionamento aparece como uma oportunidade de aumento de poder energético do Estado. Com isto, está também o aumento da acção de Moçambique no mercado regional de combustíveis, electricidade e derivados do gás natural como fertilizantes. E a nível da SADC, há maior probabilidade de criação de dependência devido a proximidade geográfica, défice energético, embora existam actores como Tanzânia e Angola com recursos com potencial de responder a demanda por electricidade e combustíveis da região.

Quadro 3: Distribuição de Petróleo em Moçambique

Petróleo em Moçambique: Locais de Ocorrência			
Ordem	Local	Ocorrência de petróleo	Local específico
1	Província de Cabo Delgado	Depósitos de petróleo em Palma e Mocímboa	Distritos de Palma e Mocímboa
2	Província de Sofala	Petróleo em Búzi	Distrito de Búzi
3	Província de Nampula	Petróleos em Memba e Angoche	Distritos de Memba e Angoche
4	Província de Inhambane	Petróleos em Temane	Distrito de Inhassoro

Fonte: Adaptado pelos autores com base em dados do MIREME

Constata-se que existe ocorrência e prospecção de estudos de petróleo em quatro (04) províncias, a saber: Cabo Delgado, Sofala, Nampula e Inhambane (vide o quadro 3). Apesar de as quantidades ainda não terem sido especificadas, a primeira descoberta do petróleo leve foi em 2003 no campo de gás de Inhassoro na Província de Inhambane e acredita-se que não são grandes quantidades, mas vão permitir que Moçambique faça parte da geopolítica do petróleo e urge o seu reposicionamento.

Quadro 3: Distribuição de Gás Natural em Moçambique

Petróleo em Moçambique: Locais de Ocorrência			
Ordem	Local	Ocorrência de gás	Local específico
1	Província de Cabo Delgado	Depósitos de Gás em Palma e Mocímboa	Distritos de Palma e Mocímboa
2	Província de Sofala	Depósitos de gás em Búzi	Distrito de Búzi
3	Província de Inhambane	Depósitos de Gás natural em Pande e Temane, no Distrito de Inhassoro	Distritos de Inhassoro e Pande

Fonte: Adaptado pelos autores com base em dados do MIREME

Moçambique possui 277 triliões de pés cúbicos de reservas de gás natural repartidos por:

- ü Campo de gás de Pande em Inhambane descoberto pela companhia Gulf em 1961 com 3.4 TCF, estando actualmente em produção liderada pela Sasol Petroleum Temane.
- ü Campo de gás de Temane em Inhambane descoberto em 1967 com 2.1 TCF, também actualmente em produção liderada pela Sasol Petroleum Temane.
- ü Bacia do Rovuma, campo de gás da Área 1, com 100 TFC descoberto pela concessionária e operadora Anadarko Mozambique Área 1, Lda com 26.5% de interesses participativos, tendo como outros participantes a Mitsui E&P Mozambique Area-1 Limitada com 20%, ONGC Videsh com 16%, ENH com 15%, BPRL Ventures Mozambique B.V com 10%, PTT com 8.5% e Oil India com 4%.
- ü Bacia do Rovuma, campo de gás da Área 4, com 85 TFC descoberto pela concessionária e operadora Eni. Em 2016, os interesses participativos estavam estruturados da seguinte forma: 50% detidos pela operadora Eni, 20% pela Chinese National Petroleum Corporation (CNPC) e 10% pela Galp, ENH e Kogas cada.

Das multinacionais que operam na indústria extractiva em Moçambique as que estão envolvidas nos mega projectos de gás e petróleo, destacam se as seguintes:

- ü Anadarko Moçambique Área 1 Limitada dos EUA;
- ü A Total da França;
- ü A Eni East Africa spa da Italia;
- ü A Sasol Petroleum Temane Lda da Africa do Sul;
- ü Wentworth Petroleos Moçambique, Limitada do Reino Unido;
- ü BUZI Hydrocarbons da Indonésia;
- ü Artumas do Canada;
- ü Kogas da Coreia do Sul;
- ü Petronas da Malásia;
- ü Statoil Hydro Oil da Noruega.

Nota-se a prior ausência de duas grandes superpotências, a saber: China e Rússia que estão interessadas em entrar no negocio de petróleo e gás em Moçambique, motivado por razões de ordem geopolítica e geoeconómica, o que exige de Moçambique uma gestão ponderada dos interesses das potencias mundiais dos conflitos de interesse entre as potencias mundiais em Moçambique. Outrossim, Rússia e China não são quaisquer parceiros do Estado moçambicano, por isso, exige cautelas redobradas pelo seu histórico em parcerias com o Estado e o peso que ambos possuem na política externa de Moçambique.

É preciso tomar em consideração que cada uma das empresas petrolíferas que operam em Moçambique, representam concomitantemente interesses geopolíticos e geoestratégicos do Estado de proveniência.

Como afirma Fiori, (op. cit. p. 95), a convergência entre a geopolítica e a acumulação do capital não é permanente, nem é universal. Há momentos históricos e sectores económicos em que seu distanciamento é maior, e outros em que a convergência é muito grande. Mas não há dúvida de que a geopolítica e a economia andam quase sempre juntas, quando se trata da competição e da luta por recursos naturais escassos e estratégicos, tanto para os estados como para os capitais privados. Neste campo, a disputa mais violenta sempre se deu em torno do controle e monopolização das fontes energéticas indispensáveis ao funcionamento económico do sistema mundial e de todas as suas economias nacionais, em particular a das suas Grandes Potências.

3.1 Os contornos das multinacionais na Geopolítica do Petróleo e Gás para Moçambique

Os quase 277 triliões de pés cúbicos de gás natural descobertos são geridos pelas multinacionais acima citadas, facto que faz com que Moçambique faça parte da Geopolítica do gás como um actor de peso.

De acordo com Lazaro Manhiça, no artigo publicado no Jornal Noticias do dia 09 de Maio de 2016, "as descobertas "offshore" de materiais nas áreas 1 e 4 da Bacia do Rovuma têm o potencial de colocar Moçambique no top 9 do ranking mundial de reservas de gás natural."

De acordo com Manhiça op. cit, "estas projecções foram feitas por Paul Eardley-Taylor, director de Petróleo e Gás para África Subsahariana do Standard Bank, à margem da 5.^a edição da Conferência e Exposição de Minas, Energia, Petróleo e Gás Natural de Moçambique (MMEC), realizada recentemente em Maputo".

Segundo Manhiça, op. cit, o investimento directo estrangeiro nos projectos de LNG-Gás Natural Liquefeito, na bacia do Rovuma, poderá atingir, entre 2017 e 2022, cerca de 35 biliões de dólares norte-americanos, caso a parte contratual para que as operadoras possam avançar para a decisão financeira de investimento seja concluída (...) e operacionalizada.

Por isso as recentes projecções indicam Moçambique como detentor de maiores reservas de gás natural de Africa e o 9º maior do mundo.

Assim, urge perceber quais são os grandes interesses que estão por detrás destas multinacionais que vão explorar o gás e petróleo moçambicano.

Anadarko Moçambique Área 1 Limitada, é uma empresa subsidiária da Anadarko Petroleum Corporation sediada no Texas nos Estados Unidos da América. A Anadarko Moçambique Área 1 Limitada está a realizar a pesquisa e prospecção do gás natural na área Offshore 1 da Bacia do Rovuma, Península de Afunji no distrito de Palma em Cabo Delgado, sendo a sua primeira descoberta datada de 2010. A Anadarko vendeu seus activos em Moçambique por 3.9 biliões de

dólares a Total num negócio em que o Estado Moçambicano encaixou 880 milhões de dólares em receitas de mais valia. Em 2019 a Anadarko foi adquirida pela Ocidental Petroleum.

A Total é um grupo empresarial altamente cotado nas maiores bolsas do mundo e tem sua sede em Paris na França. É o sexto maior grupo privado de petróleo e gás natural do mundo e o maior da França.

A Eni East Africa spa é uma subsidiária da empresa Ente Nazionale Idrocarburi (Eni), com sua sede na Itália. A ENI é uma multinacional petrolífera presente em setenta países. Está cotada nas bolsas de Milão e de Nova Iorque e é actualmente a maior companhia industrial italiana e opera nas áreas de pesquisa e produção de petróleo e Gás, refinaria, comercialização de recursos energéticos, engenharia e construção, bem como na indústria química. Em Moçambique iniciou as suas operações em 2006 na Área 4 (off-shore) na Bacia do Rovuma (Cabo Delgado).

A Sasol Petroleum Temane Lda é uma empresa subsidiária da Sasol Petroleum International da África do Sul. Esta, começou a operar no ano de 2002 em Moçambique, no âmbito da exploração, desenvolvimento de campos de gás em Pande e Temane na Província de Inhambane (on-shore) juntamente com a instalação de uma Central de Processamento de Gás em Temane.

A Wentworth Petroleos Mocambique Lda, uma subsidiária da empresa britânica Wentworth Resources, que detém 85% do bloco terrestre na bacia de Rovuma.

A empresa Buzi Hydrocarbons, é indonesa e detém 75% dos direitos da Bacia do Buzi, ficando o Estado com o remanescente 25% através da Empresa Nacional de Hidrocarbonetos. A Indonésia é um país asiático que tem um peso especial na economia mundial na Organização mundial do comércio, possui petróleo e é ex membro da OPEP que acredita-se que é subsidiária da Energi Mega Persada Tbk Pt da Indonésia.

A Kogas, Korea Gas Corporation, é uma empresa sul coreana fundada em 1983, que tem actuação na área de comercialização de gás natural e de energia eléctrica.

Petronas, Petroliam Nasional Berhad, é uma empresa estatal petrolífera e do gás da Malásia, fundada em 1974 e que controla todas as reservas petrolíferas e do gás natural da Malásia.

Artumas, do grupo Artumas Group do Canada, que é uma empresa canadiana que opera na área da exploração e comercialização de gás natural e petróleo.

Statoil Hydro Oil, é uma empresa norueguesa que actua na indústria de petróleo e gás.

Assim, devemos ter em conta que na perspectiva de Klare, Ehrlich e Conca, citados por Zeca (2013), apontam quatro condições importantes que influenciam a probabilidade da exploração dos recursos naturais se tornem objectivo de uma acção política ou militar: grau de escassez, a possibilidade de compartilhado dos mesmos por dois ou mais grupos, o poder relativo dos grupos, tendo em conta a força económica ou militar e a facilidade de acesso às fontes alternativas, (p. 5).

Para Zeca (op. cit), diversos estudos foram publicados sobre a relação entre as multinacionais e os Estados, no que tange a exploração de recursos energéticos. Na maioria dos casos, os estudos

apontam que as multinacionais estão em constante choque com os Estados, nos diversos domínios da sua relação. A relação entre as multinacionais e os Estados, nesta matéria, ultrapassa as relações inter-estatais, porque está-se diante duma relação entre os actores económicos transnacionais e Estados nacionais, nas relações de cooperação e conflito que envolve a exploração de recursos naturais, (p. 6).

No caso vertente de Moçambique fica claro que existem interesses dos EUA, Reino Unido, França, Itália, África do Sul, Indonésia, Canadá, Coreia do Sul, Malásia e Noruega de forma directa e Rússia, Alemanha, Japão e China aparentemente excluídos que continuam atentos e a assediar Moçambique para entrarem no contexto da exploração petrolífera em Moçambique. Mas existem ainda interesses secundários e indirectos ligados a parcerias e logística que pode envolver vários países. Neste enredo fica eloquente que não estamos perante meras empresas, mas sim o contexto internacional da geopolítica de petróleo e gás, que para além da exploração de recursos tem estado intimamente ligado aos conflitos e insegurança que se vive em Cabo Delgado e os elevados custos que isso acarreta para o Estado moçambicano.

Assim, urge perceber a sustentabilidade da exploração dos recursos e nas duas últimas vertentes, e de forma minuciosa a questão da segurança das multinacionais que operam em Cabo Delgado e as soluções que devem ser visualizadas no âmbito de questões estratégicas do Estado e os desafios do ponto de vista legal e institucionais.

Como braço empresarial do Estado, Moçambique tem através da Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, Empresa Pública, que a luz da Lei número 21/2014, de 18 de Agosto, que é a entidade que compete a pesquisa, prospecção, produção e comercialização de produtos petrolíferos e representante do Estado nas operações petrolíferas, um dos grandes dilemas na escolha dos modelos adequados da gestão dos interesses nacionais neste enredo de exploração de petróleo, pois no âmbito da análise do conteúdo local, mas para Macuácuá citando Kaplan, (2019, p. 269), Moçambique não existe um único modelo de conteúdo local, que deva ser exactamente replicado em Moçambique. Em vez disso dos sucessos e insucessos irá ajudar o Governo de Moçambique a estruturar uma abordagem informada e ajustada as condições específicas do mercado do país.

Na esteira do raciocínio de Macuácuá, (op. cit, p. 271), faz uma análise de outras experiências políticas de conteúdo local na Nigéria, Gana, Angola e África do Sul para encontrar opções para a melhoria do referido quadro.

3.2 Implicações da geopolítica do petróleo e gás para Moçambique no ramo da Energia

- ü Estima-se que as recentes descobertas possam elevar a exportação de gasolina, diesel e outros combustíveis;
-

- ü Contribuir para a redução do precário dos combustíveis;
- ü Aumento da capacidade de produção de energia, causando segurança energética;
- ü Aumento da capacidade de oferta e que pode reduzir a demanda da energia eléctrica;
- ü Aumento da capacidade de receitas do Estado;
- ü Aumento do PIB;
- ü Aumento do número de empregados e redução do número de desempregados;
- ü Elevação de Moçambique no contexto geopolítico regional e internacional no âmbito de resposta a demanda da energia, petróleo e gás e seus derivados;
- ü Ameaças, riscos e desafios na vertente da defesa dos interesses nacionais, defesa da soberania e integridade territorial, segurança do Estado, da segurança pública.

Moçambique, deve ter bastantes cautelas em relação a exploração de petróleo e gás, pois mesmo que se efectue uma a colação no âmbito do direito comparado, não existe um modelo especificamente perfeito, desde que socialize os demais modelos tendo em conta o contexto nacional e as especificidades de Moçambique para que seja verdadeiramente uma potência no contexto geopolítico mundial.

Paralelamente a esse aspecto, existem as apetências de outras potências que tem interesses nesse âmbito, nomeadamente EUA, França, Reino Unido, Indonésia, Itália, África do Sul, Noruega, Malásia, Coreia do Sul e Canada, e as que se encontram em posições aparentemente excluídas como são os caso da Rússia, Alemanha, Japão e China. Carece de uma reflexão profunda a gestão destes apetites das grandes potências retro mencionadas, desde que se tenha em conta a geoeconomia do petróleo, petro diplomacia, circulação do petróleo e a petro segurança.

Outrossim, a ameaça e o risco extremista islâmico que de acordo com Beula cit. in Siteo (2020, p. 163), "eclodiu nos dias 05 e 06 de Outubro de 2017 em Mocímboa da Praia, contra Esquadras Policiais e alvos civis, levados a cabo por um grupo de homens armados e com vestes islâmicas", que continua a fazer vítimas Militares e civis e deslocados, constitui uma ameaça e risco para Moçambique, por isso, não pode ser visto de forma distante em relação as recentes descobertas de gás natural liquefeito em Moçambique, ou seja, vislumbra-se uma ligação entre o terrorismo, cujo maior objectivo esta atrelado ao gás da bacia do Rovuma e dentre as diversas hipóteses por detrás dos ataques terroristas de Cabo Delgado, esta travar o desenvolvimento e avanço do projecto de gás, por isso criou-se a perturbação e desestabilização e isso gera inúmeros impactos para Moçambique, pois para além da concorrência, existem inúmeros interesses entre primários acima elencados e secundários, relacionados com o garante da circulação de drogas no corredor em voga, reforçando a organização criminosa em logística para continuidade dos ataques terroristas.

Portanto, no actual cenário que se vive em Cabo Delgado, em que para Siteo (2020, p. 171), "já foram atacados 8 dos 16 distritos, a saber: Macomia, Mocímboa da Praia, Palma, Nangade,

Muidumbe, Quissanga, Meluco e Ilha do Ibo, causando até princípios de 2020, cerca de 162 mil pessoas afectadas, 500 mortes e 100 casas incendiadas", vislumbra-se que estamos perante uma organização criminosa exógena não-cooperativa⁵, bastante forte e poderosa, que possui meios, tem uma enorme capacidade de actuação, tem pessoas e especialistas de diversa ordem capazes de actuar e criar desestabilização e que de acordo com Siteo, (op. cit, 172), os ataques abrangem a região costeira, onde se encontra a maioria da população islâmica na província de Cabo Delgado. Prossegue Siteo, (op. cit, p. 173) que os factores permissivos do terrorismo em Moçambique são: Pobreza e desemprego, fronteiras porosas e espaços ingovernados, cultura e identidade e a presença de investimentos ocidentais nos recursos naturais.

E isso, impera desafios ao Estado na generalidade e particularmente as Forças de Defesa e Segurança e especificamente riscos e ameaças da actuação concertada das inteligências das FDS, cooperação internacional, segurança, adopção de políticas públicas que respondam aos desafios impostos, bem como evitar a dependência exclusiva do petróleo e evitar a maldição da problemática da maldição dos recursos naturais.

Destes, sem prejuízo dos demais salta a vista a questão da segurança do Estado, que afecta a soberania, e nesta vertente existe uma cada vez mais internacionalização das questões de segurança, com a presença da empresa Russa Wagner que veio em 2019 para apoiar o Estado moçambicano e mais tarde após a saída de Wagner do país a empresa de segurança DAG, com sede na Africa do Sul. E existe uma maior preocupação da SADC para evitar que a região esteja afectada pela situação. E a cada vez crescente preocupação da França pela Total, mas também pelos seus territórios, Ilhas Esparsas e de Mayotte, no Canal de Moçambique, que fazem da Franca um país fronteiro de Moçambique⁶.

Concomitantemente, outro desafio no sentido de se efectuar um estudo minucioso de modo a perceber com exatidão de que grupo se trata efectivamente? Como se formou? O que pretendem? Como são financiados? Quais são as suas conexões? Quais são as reais razões ou pretexto que estão por detrás dos ataques? Para que com base nisso e nas escassas informações sobre a presença de forças internacionais se possa efectuar uma abordagem sistematizada desta informação em todas as vertentes das teorias terroristas tanto na "abordagem *top-down*, que procuram as origens do terrorismo nas conjunturas políticas, sociais, económicas ou ate evolucionárias e, assim como na abordagem *bottom-up* que exploram as características dos indivíduos e grupos que se tornam terroristas⁷", para que se perceba efectivamente a geopolítica como um eficaz instrumento de poder, que é na visão de Santos, (1985, p. 54) "um elemento estratégico de organização espacial, estruturador e integrante de relações de dominação" e

⁵Que não possui apoio/facilitadores dentro do poder estatal.

⁶Jornal Publico de Portugal do dia 19 de Novembro de 2020, editado em Lisboa.

⁷Siteo, op. cit, p. 67.

avançar-se com possíveis soluções e elações a tirar no âmbito da geopolítica de petróleo e gás.

3.3 Ameaças e Riscos da Geopolítica do Petróleo e Gás para Moçambique

A institucionalização da Geopolítica do Petróleo e Gás em Moçambique e o seu reposicionamento vai implicar inúmeras incertezas, abrindo espaço para ameaças e riscos, dos quais alguns antigos e outros novos. Estas ameaças e riscos vão cruzar fronteiras, devido a porosidade das mesmas a vários níveis e ter um impacto profundo na soberania do Estado moçambicano.

Dentre as actividades que fazem parte de ameaças e riscos, podem-se elencar o crime organizado transnacional (que pode provocar uma erosão do poder e dos órgãos de soberania do Estado, pode-se manifestar através de tráfico de drogas, tráfico de pessoas, auxílio a imigração ilegal, crimes económico-financeiros, especificamente branqueamento de capitais e quiçá surgimento de raptos na região norte do país nos moldes que ocorrem no sul e centro do país), proliferação de armas de destruição maciça (que podem ser de carácter biológico, radiológico ou químico), aumento de armamento convencional sofisticado (de variada gama e produzido com recursos naturais locais), interrupção de recursos vitais em algumas regiões (devido a intransitabilidade, sentimento de medo e insegurança), *ciber* ameaça (desinformação, manipulação da opinião pública e ataques cibernéticos que exigem uma nova postura com formação de Engenheiros nesta vertente para a Segurança do Estado e o delineamento de programas informáticos específicos), agressões ao ecossistema (desertificação e escassez de água potável), o terrorismo nas suas diversificadas formas (cuidados redobrados sobre personalidades estatais e envolvidas no projecto de exploração de petróleo e gás para que não sejam tomados como reféns ou sequestrados e ainda mais especiais sobre património público, particularmente aeroportos, portos, caminhos de ferro, instalações militares e paramilitares e objectos económicos, sociais, políticos e culturais estratégicos), ameaças económicas e sociais, conflitos internos, incluindo a guerra civil, o genocídio e outras atrocidades, crises e quiçá, conflitos entre Estados.

Assim, fica eloquente que cada uma das actividades retro mencionadas tem as suas peculiaridades e repercussões negativas para a sociedade e o Estado, por isso, imperam desafios de diversa ordem para que Moçambique se prepare cada vez mais para responder a estas ameaças e riscos.

Outrossim, Moçambique corre o risco de ser palco de uma guerra entre potências movidas por razões geopolíticas, geoeconómicas e geoestratégicas das potências mundiais com forte apetência pelo gás e petróleo Moçambicano.

Visão perfilhada por Augusto (2018, p. 19), ao afirmar que o Cinturão de Mocímboa da Praia é uma região que em termos geopolíticos é atractiva por possuir uma das maiores reservas de gás

natural de mundo, o gás natural de Rovuma. O gás natural tem sido um dos recursos energéticos mais procurado a nível do mercado internacional para o uso nas indústrias, no sector agrícola, e de transportes, mas também torna-se pertinente na medida que o paradigma de desenvolvimento sustentável é partilhado no sistema das nações.

Pois para Augusto (ibidem), por causa do valor geopolítico deste recurso, a região de Mocímboa da Praia tem recebido inúmeras companhias, pertencente a todos os cantos do mundo, desde a Europa, Américas, Asia, e aqui na Africa. (...), pois a geopolítica de gás natural de Rovuma é um vector de paz, mas também de conflitos. O gás natural de Rovuma é um vector de paz, na medida que as companhias multinacionais, e outros jogadores optam em estratégia de jogos cooperativos, onde usam instrumentos pacíficos de resolução e gestão de conflitos. O gás natural de Rovuma é um instrumento de conflitos, na medida que os actores envolvidos na cadeia de exploração de gás usam a estratégia de jogos agressivos como meio para alcançar os seus interesses.

Vislumbra ainda Augusto (ibidem) que (...) os conflitos entre os jogadores são inevitáveis, pois há sempre correlações de forças entre as companhias multinacionais, primeiro porque o gás natural é um recurso escasso e valioso no mercado internacional, segundo porque também é inevitável o “sentido de espaço” uma situação onde as multinacionais procuram controlar e delimitar o território de influência ao longo do Cinturão de Mocímboa da Praia. Por fim, terceiro porque é inevitável a luta pelo controlo de posição, isto é, controlo das coordenadas geográficas que permitem a entrada e acesso ao mar, neste caso a Bacia de Rovuma, Porto de Nacala regiões parte do Cinturão de Mocímboa da Praia.

É neste contexto que, as Forças de Defesa e Segurança, através da Segurança do Estado, Policia da República de Moçambique e Forças Armadas de Defesa de Moçambique, bem como do Serviço Nacional de Investigação Criminal, são chamados a se mostrarem arrojadas através dos subsistemas de inteligência que devem funcionar de forma sincronizada para a protecção dos interesses decorrentes da geopolítica do petróleo e do gás e soberanos acima de tudo e de modo a garantir que sejam proactivas e reduzir as vulnerabilidades decorrentes destes actos. Outrossim, exigem respostas globais no âmbito da segurança cooperativa com diversos actores regionais e internacionais e gestão minuciosa das consequências e danos de modo a minimizar sempre os seus efeitos ou impactos de ordem social, económica, politica e cultural.

Concomitantemente, é necessário que haja uma abordagem integrada entre as questões diplomáticas, económicas, militares e de segurança envolvidas na questão do Gás em Moçambique.

E, Moçambique tem o grande desafio de fazer da exploração do gás um factor de paz e desenvolvimento e não de guerra pela corrida mundial para a sua exploração.

Por isso, urge realçar que Moçambique, está neste momento na mira das grandes potências, e

deverá desenvolver uma diplomacia económica que permita a defesa dos interesses nacionais e soberanos e uma gestão estratégica e equilibrada das apetências das grandes potências interessadas no gás e petróleo moçambicano.

A situação dos ataques em Cabo Delgado não está dissociada à geopolítica do petróleo e do gás, tendo em conta a convergência de apetências de diferentes potências.

A situação de Cabo Delgado começou por ser qualificada como uma insurgência, como se fosse algo local e mais tarde foi oficialmente assumido pelo Estado Moçambicano, assim como pela Comunidade internacional como sendo ataques terroristas. Hoje, embora não se conheça a identidade dos “verdadeiros” protagonistas do terrorismo, o certo é que, o problema, tornou-se num problema internacional com os principais actores da geopolítica do petróleo e de gás interessados em participar na sua resolução.

A escolha dos parceiros internacionais no combate ao terrorismo em Cabo Delgado deve ser encontrado tendo em conta a correlação de forças na geopolítica do petróleo e do gás no mundo.

Nestes termos, é fundamental o reforço da capacidade do Estado para a defesa da soberania e da integridade territorial face às ameaças e riscos que representam a descoberta e exploração do gás, assim como uma abordagem integrada ao nível da SADC de algumas ameaças e riscos de segurança nas zonas fronteiriças.

CONCLUSÕES

Moçambique é um actor emergente e relevante na geopolítica do petróleo e do gás.

A prospecção, pesquisa e exploração do petróleo e do gás em Moçambique ainda em perspectiva poderão ainda catapultar o posicionamento de Moçambique a nível mundial.

Este processo de descoberta e exploração de recursos energéticos gera oportunidades, desafios, ameaças e riscos para Moçambique no contexto da geopolítica energética, global.

Devido ao seu elevado potencial, Moçambique está na mira das grandes potências que competem entre si na corrida pelo acesso e controlo dos recursos energéticos.

Moçambique precisa de se reposicionar no contexto geopolítico para melhor proveito e melhor defesa dos interesses nacionais e uma adequada gestão dos conflitos de interesses decorrentes das apetências das grandes potências, para que a exploração dos recursos energéticos seja um vector de paz e desenvolvimento e não um factor de guerra.

Neste contexto a diplomacia económica e a inteligência económica jogam um papel fundamental na definição da visão e de um posicionamento estratégico de Moçambique, fazendo conciliar as questões geopolíticas e económicas que devem estar subjacentes nas opções políticas e económicas de Moçambique na exploração dos recursos energéticos face à crescente disputa global decorrente da sua maior procura.

No quadro da geopolítica do petróleo e do gás, Moçambique deverá agir em três sentidos, primeiro reforçar a sua capacidade de defesa da soberania e integridade territorial, segundo gerir os conflitos de interesses entre as potências que concorrem na disputa pela exploração dos recursos energéticos, buscando as alianças e os equilíbrios necessários no contexto da correlação de forças no concerto das relações internacionais e da geopolítica energética, e terceiro fazer da exploração dos recursos energéticos um vector da paz e desenvolvimento fazendo parcerias e opções políticas para assegurar a paz, segurança e estabilidade.

Por isso é também no quadro da geopolítica do petróleo e do gás que deve acertar a equação para uma resposta adequada ao problema do terrorismo em Cabo Delgado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras

AUGUSTO. Carlos. (2018). *A Geopolítica de gás natural de Rovuma como vector da paz e conflitos no cinturão de Mocímboa da Praia*.

A geopolítica do petróleo e os seus impactos para o sistema internacional: entrevista com Ricardo Leães, pesquisador e analista da Fundação de Economia e Estatística (FEE-RS).

BELL, Judith. (2002). *Como Realizar um Projecto de Investigação (Trajectos)*. 2ª Edição. Lisboa. Gradiva Publicações, Lda.

BERTONHA. João Fábio. Instituto Brasileiro de Relações Internacionais. (2005). *Notas sobre a geopolítica do petróleo no século XXI*. Meridiano 47. ISSN 1518-1219. Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais. Nº 55 Fevereiro.

CDD. (2020). *Iraqização” da segurança dos projectos de gás em Moçambique*. Quarta - feira, 9 de Setembro de 2020 | Ano 02, n.º 57 | Director: Prof. Adriano Nuvunga | www.cddmoz.org.

DAVID. Olavo Bentes *FUNDAMENTOS DE GEOPOLÍTICA DO PETRÓLEO PARA COMPREENSÃO DO DIREITO PETROLÍFERO*.

DICIONÁRIO. (1999). *Dicionário Universal da Língua Portuguesa*. Moçambique Editora, lda. 2ª Edição. Maputo.

ESCORREGA. Luís Carlos Falcão. *A Segurança e os “Novos” Riscos e Ameaças: Perspectivas Várias*. Revista Militar N.º 2491/2192 - Agosto/Setembro de 2009, pp 1001 - 0. :- página 1 de 29.

FEITEIRA. Alice. (2016). *AMEAÇAS E RISCOS TRANSNACIONAIS NO NOVO MUNDO GLOBAL*. 1.ª Edição PORTO – JANEIRO 2016.

FIORI. JOSÉ LUÍS. *A nova geopolítica das nações e o lugar da Rússia, China, Índia, Brasil e África do Sul*. OIKOS | Rio de Janeiro | nº 8, ano VI 2007 | ISSN 1808-0235 | www.revistaoidos.org | pgs 77-106.

- GARCIA**, Francisco Proença (2006). *As Ameaças Transnacionais e a Segurança dos Estados. Subsídios para o seu Estudo*.
- GIL**, António Carlos. (1989). *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. Editora Atlas S.A. São Paulo.
- GRESSLER**, Lori Alice. (1979). *Pesquisa Educacional: Importância, Modelos, Validade, Variáveis, Hipóteses, Amostragem, Instrumentos*. Edições Layola. São Paulo.
- ITIE em Moçambique**. (12 de Fevereiro de 2018). *Relatório Final, Administrador Independente da ITIE em Moçambique*. Delloite.
- INE**. (ABRIL, 2019). *IV RECENSEAMENTO GERAL DA POPULAÇÃO E HABITAÇÃO 2017, RESULTADOS DEFINITIVOS MOÇAMBIQUE*. MAPUTO.
- Junho de 2020. *Do eldorado do gás ao caos quando a França empurra Moçambique para a armadilha do gás*.
- KERLINGER**, Fred Nichols. (1980). *Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais, um tratamento conceitual*. Editora Pedagógica e Universitária, Lda. São Paulo.
- LAKATOS**, Eva Maria e Marconi, Marina de Andrade. (2001). *Fundamentos de Metodologia Científica*. Editora Atlas S.A. São Paulo. 4ª Edição, Revista e Ampliada.
- MACUÁCUA**. Edson da Graça Francisco. (2019). *Direito do Petróleo e do Gás em Moçambique*. Maputo. Moçambique. Editora Escolar.
- MIMBIRE**. Fátima. CIP. (Maio de 2016). *Num contexto de crise das commodities Desafios de um país potencialmente rico em recursos minerais Estabelecendo as bases para evitar a “maldição dos recursos” em Moçambique no novo “superciclo” dos preços das matérias-primas*. Maputo-Moçambique. Impressão-MCI.
- MUCANHEIA**. Momade Ussene. (Junho de 2015). *Reposicionamento de Moçambique na Geopolítica Energética Internacional*. ISSN: 2519-7207 Vol. 2, Nº 04, Ano II, Abril.
- PEREIRA**. André dos Santos Alonso. (2019). *Geopolítica do Petróleo Brasileiro – A Estratégia da Internacionalização da Petrobras na América do Sul (2007-2017)*. Dissertação de mestrado em Geografia apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo-Brasil.
- QUIVY**, Raymond e **CAMPENHOUDT**, Luc Van. (1998). *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. Lisboa: Gradiva – Publicações, Lda.
- RICHARDSON**. Roberto Jarry. (1999). *Pesquisa Social, Métodos e Técnicas*. Editora Atlas S.A, São Paulo. 3ª Edição, Revista e Ampliada.
- RUDIO**. Franz Victor. (1997). *Introdução ao Projecto de Pesquisa Científica*. Editora Vozes Lda, Petrópolis, RJ-Brasil. 21ª Edição.
- SALVADOR**. Regina e **MARQUES**. Bruno Pereira. *GEOPOLÍTICA DO PETRÓLEO: DE ESTRABÃO À(S) GUERRA(S) DO IRAQUE*. Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, nº 16, Lisboa, Edições Colibri, 2003, pp. 191-200.
-

SANTOS. Francisco Almeida dos. *Guerra no Norte de Moçambique, uma Região Rica em Recursos Naturais – Seis Cenários.*

SANTOS. NORMA BRENDA DOS. (1985). *FUNÇÕES DAS TEORIAS GEOPOLÍTICAS: ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O CASO ARGENTINO.*

SITOE. Rufino. (2020). *Terrorismo em Africa. A presença da Ameaça em Moçambique.* Editora TPC, 1ª Edição. Maputo – Moçambique.

SUENSON. Guilherme Guerrilha. (2017). *GEOPOLÍTICA DO PETRÓLEO: Uma análise da geopolítica do petróleo como causa não contada da guerra.* FLORIANÓPOLIS –Brasil.

UCM. (2018). *Manual de Investigação Científica.* 6ª Edição. Nampula.

WHITACKER. Guilherme Magon. (2019). *Geopolítica dos recursos naturais estratégicos e questão agrária em Moçambique: a Vale S.A. e o extrativismo epidémico.* ISSN 2318-2962 Caderno de Geografia, v.29, Número Especial 2.

ZECA. Emílio J. *MOÇAMBIQUE: Exploração de Recursos Energéticos, Privação Relativa, Conflito e Segurança.* Centro de Estudos Estratégicos e Internacionais do ISRI.

<https://www.ibp.org.br/observatorio-do-setor/snapshots/maiores-reservas-provadas-de-gas-natural-em-2020/> <https://www.mireme.gov.mz/>

Legislação

Republica de Mocambique. (2018). *Constituição da República.* Imprensa Nacional de Moçambique. Maputo.

Imprensa Nacional de Moçambique, E. P. (2016). *Colectânea de Legislação de Petróleos.* Maputo-Moçambique. 1ª Edição.

Jornal

Jornal Noticias. *RESERVAS MUNDIAIS DE GÁS: Projecções mantêm país em posição de topo.* Categoria: Economia. Publicado em 09 Maio 2016.

Jornal Público. *A presença do Daesh em Moçambique é Real.* Categoria: Mundo: Conflito em Cabo Delgado. Publicado em 19 de Novembro de 2020.

Documentos

Filipe Jacinto Nyusi, Presidente da Republica de Moçambique na intervenção proferida no dia 05 de Agosto de 2019 em Palma, Cabo Delgado aquando do lançamento da primeira pedra da Infra-estrutura de Gás Liquefeito do Projecto da Anadarko e seus parceiros da Área 1 em Afungi.

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

THE USE OF ARBITRATION IN INDIVIDUAL LABOR DISSIDIES

Ueslen da Silva¹

RESUMO: Este pequeno artigo tem como escopo analisar a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos nos contratos individuais do trabalho. A discussão inicia-se com as dificuldades de se alcançar um efetivo acesso à justiça, dentre as quais se destaca o excesso de demandas no judiciário e a importância das saídas extrajudiciais para solucionar tal excesso. Analisa-se também a importância dos meios alternativos extrajudiciais de soluções de conflitos, bem como aspectos gerais da arbitragem, conceitos, procedimento arbitragem, árbitros, sentença arbitral, além da cláusula arbitral e o compromisso arbitral. Contemplaremos também a história da arbitragem no Brasil, bem como a utilização da arbitragem em alguns países que se beneficiam deste meio extrajudicial há mais tempo. Entraremos em detalhes sobre as vantagens e desafios para a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho, além de alguns princípios relevantes ao direito do trabalho.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Desafogamento do Judiciário; Extrajudicialização; Arbitragem; Solução de conflitos individuais.

ABSTRACT: This short article aims to analyze arbitration as an alternative method of conflict resolution in individual employment contracts. The discussion begins with difficulties in achieving effective access to justice, among which is an increase in the excess of judicial demands and the importance of extrajudicial alternative solution for overload of ours courts. Also analyze the importance of alternative out-of-court method of conflict resolution, as well as the general aspects of arbitration, concepts, arbitration procedure, arbitrators, arbitration award, in addition to the arbitration clause and the arbitration commitment. Also contemplate the history of arbitration in Brazil, as well as the use of arbitration in some countries that have benefited from this extrajudicial method for a longer time. We are going to be in detail about the advantages and

¹Mestrado em andamento em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito, EPD, Brasil. Especialização em ENGENHARIA DE REDES E SISTEMAS DE TELECOMUNICAÇÕES. (Carga Horária: 420h). Instituto Nacional de Telecomunicações, INATEL, Brasil.

challenges of using arbitration in individual employment contracts, in addition to some requirements relevant to labor law.

Keywords: Access to Justice; releasing of Judiciary; Extra judicialization; Arbitration; Solving individual conflicts.

INTRODUÇÃO

Este breve artigo tem o objetivo de mostrar a aplicação do procedimento arbitral como meio alternativo de solução extrajudicial de controvérsias oriundas de conflitos individuais trabalhistas.

Podemos indagar se esse meio alternativo é viável nos dissídios trabalhistas individuais, se sim, quais os aspectos relevantes e indispensáveis para essa compreensão e se não, quais seriam esses limitantes na seara trabalhista. Com a introdução da arbitragem, através do artigo 507-A na CLT, atingiu apenas uma pequena camada de trabalhadores (Cláusula de Barreira), podemos nos questionar por que a grande massa de trabalhadores não foi contemplada na Reforma Trabalhista de 2017, e neste artigo, poderemos fazer uma reflexão acerca do uso da via arbitral.

O poder judiciário estatal tem demonstrado morosidade em resolver todas as demandas e esse acúmulo processual tem trazido enormes prejuízos à sociedade. Veremos as peculiaridades do procedimento arbitral, como a arbitragem é utilizada no direito do trabalho, quais os pontos positivos da utilização do mesmo, quais os argumentos taxados como incompatíveis pela utilização do procedimento arbitral e o porquê de a arbitragem não ser conflitante com o atual sistema trabalhista.

Também faremos uma breve análise do histórico da aplicação desse instituto no Brasil. Existe uma grande barreira para a utilização da arbitragem nos contratos individuais do trabalho e aqui, traremos um pouco de luz neste assunto. Esses são os problemas de pesquisa que pretendemos, com esteio no método hipotético-dedutivo, em análise doutrinária, legal e jurisprudencial, resolver nesse artigo.

1 ACESSO À JUSTIÇA E A SUA APLICAÇÃO NOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

A ideia de acesso à justiça trouxe inúmeros elementos novos, que permitem uma análise mais precisa de institutos, como o da arbitragem, que antes não recebiam a devida atenção ou que eram

tratados sob outros enfoques.

O acesso à justiça consiste, principalmente, no indivíduo ter assegurado a prerrogativa de buscar o amparo do Estado para resolver qualquer questão que o acometa. Pensando nesse sentido é que se concebe que o Estado, ao tomar para si a função de administrar e decidir os litígios, não está autorizado a criar qualquer tipo de distinção ou empecilhos nessa fruição de direitos.

Existem, na visão de Cappelletti, barreiras evidentes ao efetivo acesso à justiça, dentre as quais se destacam as custas processuais, na medida em que a diferenciação das partes com relação ao custo do processo já demonstra o caráter utópico do acesso à justiça. Destaca-se, o princípio da sucumbência, no qual, mesmo que busque a declaração de violação do direito e sua consequente reparação, o vencido, que pode ser o autor, deverá desembolsar valores para arcar com os ônus da sucumbência (CAPPELLETTI, 1988).

Para Cappelletti, se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar-se a demanda uma futilidade (CAPPELLETTI, 1998).

A principal barreira ao acesso à justiça, se analisadas do ponto de vista do Judiciário brasileiro, é, sem dúvida, o tempo da demanda, tendo em vista o princípio da razoável duração do processo. A Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo “razoável” é, para muitos, uma Justiça inacessível e, no mínimo, dispensável (CAPPELLETTI, 1998).

1.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA

No século XVIII, o direito do cidadão era um direito natural, sem uma ação estatal para a sua proteção. O Estado apenas garantia que o direito não seria lesado por outros e caso esses cidadãos não tivessem condições de acessar as instituições, o Estado entendia que não era seu problema.

O sistema que vigorava nessa época era o chamado *laissez-faire* e nele o acesso à justiça, assim como a outros direitos sociais, só poderiam ser alcançados por aqueles que tivessem condições de arcar com seus custos, não havendo uma igualdade efetiva entre os indivíduos para ingresso a justiça.

O acesso à justiça começa a ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas a proclamar o direito, tendo em vista que passa a ser o mais básico dos direitos humanos (CAPPELLETTI, 1998).

Nesse momento, os juristas e processualistas começam a se dedicar mais ao estudo dos métodos alternativos de soluções de conflitos, se apoiando em disciplinas como psicologia, sociologia, entre outras disciplinas para aprimorar o acesso à justiça para todos os indivíduos.

1.3 OBSTÁCULOS AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Em um processo judicial, os litigantes suportam custos elevados entre custas processuais, recursais e os honorários advocatícios. É fato que esses custos constituem uma importante barreira ao acesso à justiça, sendo suportados por uma parcela pequena da sociedade.

Dessa forma, com os custos maiores, o economicamente mais fraco acaba abandonando a causa ou aceitando acordos com valores ínfimos, comparados com o que ele fazia jus. Ou seja, levando em consideração esse cenário, uma justiça que não cumpre sua tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável é uma justiça injusta e inacessível.

Não é difícil concluir que o litigante que possui mais recursos econômicos consegue suportar a morosidade do judiciário, se valendo também dos incontáveis recursos que só protelam a resolução do conflito.

A arbitragem se torna um caminho mais curto para a resolução do conflito, em pese o custo inicial ser mais elevado, este seria compensado com a agilidade do processo arbitral se comparado com a justiça estatal e não há que se falar em depósito recursal no procedimento arbitral, esse instituto não prevê a possibilidade de interposição de recursos.

Além desses obstáculos, merece atenção também o fato do processo judicial ter como característica procedimentos complicados, extremamente formais, que muitas vezes ocasionam intimidação nos litigantes menos favorecidos. O formalismo exagerado da justiça estatal assusta os jurisdicionados, que se sentem intimidados e pressionados.

1.4 A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

Esses métodos foram criados e desenvolvidos com a utilização de procedimentos mais simples e informais, para se atingir a resolução do litígio. Essas técnicas ajudam a solucionar as causas de uma maneira mais ágil e menos onerosa, ao mesmo tempo em que aliviam o congestionamento e a mora do judiciário brasileiro.

Dentre as alternativas extrajudiciais conhecidas podemos citar a mediação, a conciliação e o juízo arbitral. A mediação é o meio de resolução de conflitos em que há a intervenção de um terceiro – mediador – o qual irá conduzir a negociação entre as partes, com o objetivo de ajudar a solucionarem o conflito.

Na mediação existe a proposta de terceiro, mas as partes não estão obrigadas a aceitar. Assim, embora haja entendimento no sentido de que a mediação é uma forma de heterocomposição, trata-se na realidade, de modalidade de autocomposição, pois, com a anuência das partes

envolvidas, o mediador apenas sugere as formas de resolver o conflito, aproximando as partes para que alcancem a solução da controvérsia, sem impor qualquer decisão (GARCIA, 2013, p. 1316).

A conciliação é um instituto similar ao da mediação, consiste também em uma forma de autocomposição de litígio, onde um terceiro imparcial auxilia as partes a chegarem a uma resolução do conflito, entretanto, esse conciliador opina e é ele mesmo quem chega à solução, por óbvio, sempre respeitando a autonomia dos litigantes em aceitarem ou não.

A arbitragem consiste em um método heterocompositivo de resolução de conflito, no qual se atribuem poderes a um terceiro imparcial, para decidir por eles o conflito. Podemos destacar diversas vantagens para a utilização da arbitragem, em destaque, auxiliar no desafogamento do judiciário, os litigantes podem escolher o seu próprio árbitro, geralmente um especialista no assunto, tendo, assim, maior conhecimento e propriedade para entender e solucionar o conflito, decidindo de forma mais cautelosa e justa.

Outro ponto relevante, o procedimento arbitral corre em sigilo, propiciando às partes sigilo quanto à matéria em discussão, pois esta não pode ser divulgada nem publicada. Diversas empresas não querem dar publicidade às suas contendas, uma vez que podem ser prejudicadas em licitações com o Estado, bem como, terem a sua imagem arranhada, afetando negócios privados futuros.

Importante salientar que a sentença dada pelo árbitro, a chamada sentença arbitral, é um título executivo judicial com força de coisa julgada.

1.5 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM FRENTE AO NOVO CPC

O código de processo civil claramente incentiva a utilização da arbitragem (CPC art. 42º) e na palavras de Cunha e Neto (CUNHA, 2014, p. 270), “o CPC eleva a primazia da solução consensual do conflito à condição de norma fundamental do processo civil brasileiro”. Houve uma valorização na resolução de conflitos através de meios alternativos como mediação, conciliação e arbitragem.

A conciliação e a mediação são técnicas destinadas a proporcionar a autocomposição dos litígios. Para isso, um terceiro intervém, ajudando para que as partes resolvam por si mesmas, o conflito que há entre elas. Já a arbitragem, é um meio de heterocomposição. O árbitro tem um papel parecido com o juiz, decidindo a causa que lhe for submetida. O CPC procurou harmonizar-se com a Constituição Federal e com a Lei de Arbitragem, estipulando que a arbitragem também é jurisdição.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

O CPC passou a priorizar uma solução justa de conflitos em detrimento a uma solução exclusivamente processual, criando um sistema integrado de solução de conflitos.

2 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM

2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS ACERCA DA ARBITRAGEM

Nessa sessão, abordaremos o instituto da arbitragem como um dos métodos mais eficazes e vantajosos para resolução de conflitos e entender como ele é aplicado em alguns países como Estados Unidos, França, Espanha e Portugal. Por fim, quais são as ideias contrárias à utilização desse método e se estas estão providas de fundamentos.

2.1.1 Arbitragem

A arbitragem se enquadra como um método heterocompositivo de soluções de conflitos. Dessa forma, a arbitragem pode ser conceituada como um procedimento não judicial apto a solucionar conflitos por meio da heterocomposição, uma técnica na qual as partes do litígio nomeiam um terceiro, denominado árbitro, que irá analisar e decidir o litígio. Conforme entendimento de Amauri Mascaro (2013, p. 598), a arbitragem é:

[...] O procedimento de solução de conflito mediante um órgão ou uma pessoa ao qual as partes são submetidas e que profere uma decisão. Essa pessoa, supra partes denomina-se árbitro.

Quando se elege a arbitragem, a justiça estatal será excluída e o estado não poderá intervir no procedimento arbitral, a não ser que haja um vício (art. 33 da Lei de Arbitragem). Uma decisão transitada em julgado proferida pelo árbitro faz coisa julgada, igualmente os processos transitados em julgado na justiça estatal.

Alguns requisitos são necessários para instituir a arbitragem tais como capacidade civil e o conflito deve versar sobre direito disponível. Uma vantagem da arbitragem, as partes têm liberdade para escolher qual o direito a ser aplicado (nacional, estrangeiro etc.).

Em poucas palavras, a arbitragem funciona assim: as partes elegem o árbitro e delegam a este a função de analisar e apreciar a lide em questão para julgar o caso da melhor maneira. Desta

avaliação, será proferida uma sentença arbitral que vinculará as partes, constituindo um título executivo judicial, conforme o art. 31 da Lei de Arbitragem.

2.1.2 Procedimento Arbitral

O procedimento arbitral permitiu que as partes do litígio exerçam a faculdade de adotarem o procedimento que lhes forem mais adequados a ser aplicado no conflito. Esse princípio não é absoluto, pois encontra limitações legais, tendo em vista que ele não poderá violar preceitos constitucionais, a ordem pública e os bons costumes. Essa possibilidade de escolha permite às partes uma maior segurança nos contratos, considerando que, por ter sido escolhida pelas partes a lei que será aplicada, estas não se surpreenderão com um procedimento de solução diverso do que foi eleito.

2.1.3 Cláusula Arbitral e Compromisso Arbitral

No compromisso arbitral as partes submetem uma lide atual à arbitragem, e não um conflito futuro, como na cláusula compromissória. As partes renunciarão à justiça estatal e optarão pela via arbitral. A Reforma Trabalhista previu apenas a convenção da cláusula compromissória, onde o empregado e empregador devem firmar essa cláusula no momento que firmarem o contrato de emprego, ou em momento posterior, por meio de instrumento apartado, observando que essa convenção deve ser pactuada antes do conflito.

2.1.4 Sentença Arbitral

A sentença arbitral é o momento em que o árbitro declara a prestação jurisdicional a ele incumbida. O julgador deve analisar o conflito, ouvindo as partes, para formar seu convencimento e julgar a lide, por meio de uma sentença a qual irá solucionar o conflito e pôr fim ao processo. Essa sentença tem força de título executivo judicial. Em não convencionando prazo contrário, vale o prazo legal de seis meses contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, conforme o art. 23 da Lei de Arbitragem.

Os requisitos do laudo arbitral são semelhantes aos da sentença judicial, tendo em vista que ele deve conter um relatório, sua fundamentação e o seu dispositivo. Não cabe recurso contra essa sentença, cabendo apenas, a interposição de embargos de declaração, perante o próprio juízo arbitral, no prazo de cinco dias, e as ações anulatórias, perante o judiciário, no prazo de 90 dias, proporcionando, assim, um controle do poder judiciário quanto às possíveis nulidades existentes nas sentenças arbitrais.

2.2 HISTÓRIA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Esse instituto se desenvolveu no direito brasileiro a partir do império, tendo sua primeira previsão na Constituição de 1824, a qual veio permitir que causas penais e cíveis pudessem ser resolvidas por um juiz arbitral, o qual proferiria decisão que iria resolver definitivamente a causa. No Código Comercial (1850) foi instituído a arbitragem para resolver assuntos mercantis. Posteriormente, a Lei nº 1.350 de 1866 revogou a obrigatoriedade da arbitragem para os assuntos mercantis, mas a manteve no ordenamento jurídico de forma voluntária.

O instituto da arbitragem continuou tendo espaço no Código Civil de 1916, o qual a tratou de forma facultativa, depois continuou na Constituição Federal de 1934, nos artigos 4º e 5º. Também apareceu no Código de Processo Civil de 1973, mas não trouxe nenhuma inovação, já Constituição Federal de 1988, foram previstos diversos dispositivos que versam sobre a arbitragem, como os artigos 114, §1º e 217, §§ 1º e 2º e também no artigo 12, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Observamos previsão da arbitragem na Lei de Greve (artigo 7º Lei nº 7.383/89) e também no artigo 4º da Lei nº 10.101/2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa. Em 1996 foi sancionada a Lei nº 9.307, a Lei da Arbitragem, composta por sete capítulos e quarenta e quatro artigos, disciplinando por completo a arbitragem no Brasil.

Nos Código Civil de 2002 e Novo Código de Processo Civil de 2015 também contemplam o compromisso arbitral, a cláusula compromissória nos contratos privados, garantindo o direito das partes escolherem a jurisdição arbitral para solucionarem seus litígios.

Em 2015, entrou em vigor a Nova Lei de Arbitragem, a lei de nº 13.129, que veio alterar a Lei nº 9.307/96, ampliando o âmbito da aplicação do instituto da arbitragem, e por fim, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) modificou a CLT, autorizando a arbitragem através de cláusula compromissória, desde que o empregado tenha remuneração maior do que duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que em 2020 é de R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos), e tenha previsão contratual por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa.

2.3 ARBITRAGEM EM OUTROS PAÍSES

Em matéria de conflitos trabalhistas coletivos, pode-se dizer que a arbitragem já faz parte da tradição ibero-americana.

Nos Estados Unidos, onde a arbitragem trabalhista se desenvolveu enormemente no último século, é possível buscar informações tanto sobre os aspectos positivos quanto negativos em sua

adoção. Há, por um lado, dados seguros demonstrando que a arbitragem trabalhista aumenta o acesso à justiça e tende a melhorar o resultado da solução do conflito para os empregados. Em 2005, o tempo médio de resolução de conflitos trabalhistas na American Arbitration Association (AAA) foi de pouco mais de um ano, menos da metade do tempo médio para a resolução de conflitos trabalhistas no Judiciário americano.

Em estudo publicado em 2015, professores das Universidades de Cornell e Penn State analisaram 2802 sentenças arbitrais prolatadas ao longo de 11 anos em casos trabalhistas administrados pela AAA, concluindo que empregadores com maior quantidade de arbitragens tendem a ter maior sucesso do que empregadores que apenas ocasionalmente se envolvem em litígios arbitrais. Um exemplo, americanos resolvem grande parte de seus conflitos trabalhistas por meio de convenções coletivas e os demais, por meio da mediação e arbitragem, quase sempre de forma voluntária. A arbitragem é facultativa.

Na França, a arbitragem também é utilizada de forma facultativa e é, em sua maioria, inserida nos instrumentos normativos de trabalho e, assim, possui efeitos de convenções coletivas. O árbitro decidirá a demanda de acordo com o direito vigente, nos dissídios de natureza jurídica; e de acordo com a equidade, nos dissídios de natureza econômica. A arbitragem trabalhista ocorre posteriormente a uma tentativa frustrada dos métodos de conciliação e mediação, ou diretamente, quando por iniciativa das partes. A decisão arbitral pode ser impugnada por recursos perante a Corte Superior de Arbitragem. Caso a Corte anule a sentença arbitral, as partes podem indicar um novo árbitro.

Na Espanha, ela encontra-se prevista no Real Decreto-Ley 17/1977, tanto para a hipótese de greve quanto para a negociação de acordos coletivos. O mesmo não se pode dizer do uso da arbitragem para a solução de litígios trabalhistas individuais. Um exemplo, o Tribunal Superior de Justiça decidiu, em 2009, não ser possível a submissão de conflitos trabalhistas individuais à arbitragem. Em razão da indisponibilidade de direitos trabalhistas e das normas que lhes dão sustentação e pela falta de expressa previsão legal. Porém, os conflitos coletivos de trabalho são solucionados, por acordo perante o Ministério do Trabalho e se não chegarem a um acordo, elas podem recorrer à arbitragem. A via arbitral só pode ser utilizada para solucionar lides coletivas e lides individuais trabalhistas de natureza jurídica. Esse instituto também ocorre de forma voluntária e pode ser imposto de forma obrigatória.

Em Portugal, o Novo Código do Trabalho (Lei 7/2009 de 12/02/2009) prevê em seu artigo 529 a arbitragem em conflitos coletivos que não resultem da celebração ou revisão de convenção coletiva, pela conciliação, pela mediação e pela arbitragem. Todos os meios alternativos dependem da vontade das partes e compulsória quando envolverem empresas públicas ou de capitais públicos.

2.4 DESAFIOS PARA A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Não obstante as inúmeras vantagens que existem acerca da utilização da arbitragem no direito processual brasileiro, como a informalidade, a confiabilidade, a especialidade, o sigilo, a flexibilidade, há outra parte da doutrina que aponta pontos negativos na utilização desse procedimento, por entender que a via arbitral é um método conservador e obsoleto como meio de resolução de conflitos, tendo em vista que a arbitragem não poderia substituir a atividade jurisdicional estatal. Dos pontos passivos de críticas, podemos citar a formação dos árbitros, onde as partes podem nomear um árbitro que tenha conhecimentos específicos em relação ao objeto da lide, porém pode não ter conhecimento jurídico, podendo pairar dúvidas quando se deparar com um conflito de normas, por exemplo.

Outro ponto seria a violação ao princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, onde ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Em que pese a alegação no sentido de que existe uma suposta violação ao devido princípio, as partes escolheram solucionar o conflito pela via arbitral, se submetendo a esse procedimento, estaremos respeitando a autonomia da vontade e da liberdade.

Pinheiro Júnior, por exemplo, alega que o procedimento arbitral acarreta uma violação ao princípio da ampla defesa. Nesse princípio, o indivíduo teria instrumentos processuais para o exercício de sua defesa, abrangendo também o princípio do contraditório, o qual estabelece a efetiva participação da parte no processo através do contraditório (PINHEIRO JÚNIOR, 2003, p. 59). Outro princípio violado seria o do duplo grau de jurisdição, o qual permite que a decisão proferida por um juiz de primeiro grau seja reanalisada por um juízo superior e no instituto da arbitragem isso não é previsto, a não ser que as partes venham a pactuar.

Por último, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CF, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça de direito”, ou seja, ninguém poderá ser privado de acessar o judiciário para apreciar sua demanda. Não houve violação a esse princípio, de novo, foi uma faculdade dos litigantes em eleger a via arbitral. Se as partes não concordarem quanto à utilização da arbitragem, estas podem recorrer ao judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, em 2001, julgou recurso no processo de homologação de sentença estrangeira, declarando constitucional a Lei de Arbitragem. Por sete votos a quatro, os ministros do STF decidiram que os procedimentos da Lei de Arbitragem são constitucionais. Os ministros vencidos interpretaram que alguns dispositivos da Lei de Arbitragem dificultam o acesso ao Poder Judiciário, o qual é um direito fundamental previsto na Constituição federal. Os ministros

vencedores consideraram que a Lei é na realidade um grande avanço e não viola nenhum princípio assegurado na Constituição Federal, uma vez que tratava de direitos patrimoniais e disponíveis.

Isto posto, podemos verificar que o instituto da arbitragem tem argumentos positivos e argumentos negativos, porém, é inegável que o procedimento arbitral, por ser mais célere, trará mais benefícios que rejeições.

3 A REFORMA TRABALHISTA E A ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

3.1 CONCEITOS PRÉVIOS NO DIREITO DO TRABALHO

3.1.1 Princípios do Direito do Trabalho

Os princípios são de extrema importância em um ordenamento jurídico, é o ponto de partida, a origem das normas jurídicas, são eles que orientam o legislador a aplicar o direito. Para o Direito, o princípio é a base, a estrutura, o fundamento que irá formar e inspirar as normas jurídicas.

O legislador não consegue prever todas as condutas humanas e conseqüente normas para todos os conflitos que possam existir, por isso, recorre-se aos princípios gerais, que são normas mais amplas e abstratas as quais objetivam guiar o operador do direito quando se deparam com lacunas nas leis. Os princípios gerais são mais abstratos que as normas por serem baseados em todo um sistema, e comportarem aplicação em diversos ramos do ordenamento.

Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios possuem três funções principais. A primeira integração, uma vez que não haja norma específica no ordenamento jurídico para o caso concreto, é indicado recorrer aos princípios gerais. O art. 8º da CLT:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

A segunda função é a interpretativa, quando o aplicador do direito e o intérprete usam os princípios como apoio, ou como forma de orientação para atingir o verdadeiro significado da norma. Por fim, a terceira prescreve as normas e sistematiza suas aplicações.

No Direito do Trabalho temos princípios próprios, quais sejam: princípio da proteção, princípio da irrenunciabilidade, princípio da primazia da realidade, princípio da continuidade da relação de emprego.

3.1.1.1 Princípio da Proteção

O princípio da proteção do trabalhador é considerado uma diretriz básica desse ramo do direito, uma vez que tenta igualar a relação entre empregado e empregador, com forte interferência estatal.

O princípio da proteção do trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes. O Estado impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais.

Por conseguinte, a doutrina divide este princípio em três vertentes, (a) *in dubio pro operário*, (b) norma mais favorável, (c) condição mais benéfica. Vejamos:

a) *In dubio pro operário*: havendo dúvida, pelo aplicador do direito, de qual norma aplicar no caso concreto, deverá optar por aquela que desprende interpretação a favor do empregado. Se uma disposição jurídica tiver diversos entendimentos, deve-se interpretá-la em favor do empregado.

b) Norma mais favorável: existindo mais de uma norma aplicada à situação imposta, prevalecerá aquela que for mais benéfica ao trabalhador, independente da hierarquia formal da norma.

c) Condição mais benéfica: Se o empregador conceder algum tratamento benéfico ao empregado, mesmo que tacitamente, e este for oferecido com habitualidade, não poderá ser suprimido, pois vinculou-se ao contrato de trabalho. A Súmula 51 do TST determina que “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

3.1.1.2 Princípio da Primazia da Realidade

Para o Direito do Trabalho, os fatos e a realidade têm supremacia sobre os documentos.

Na busca da verdade real - que inspira o princípio da primazia da realidade - qualquer das partes pode invocar a verdade verdadeira diante dos aspectos formais que a desfigurem. O trabalhador não pode invocar o formal para contestar o argumento derivado da verdade dos fatos. Ou melhor, se vier a fazê-lo, o empregador poderá invocar esse princípio da primazia da realidade para fazer prevalecer a verdade sobre a aparência, o formalismo ou a ficção.

Dessa forma, se o contrato escrito, assinado for contrário ao realizado habitualmente, o que importará será os elementos fático-jurídico consagrado no cotidiano.

3.1.1.3 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

Os contratos trabalhistas, em geral, são por prazo indeterminado, para preservar a integração do empregado com as empresas, e oferecer maior segurança econômica e estabilidade ao trabalhador.

Na Súmula 212 do TST temos o seguinte enunciando “o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e para despendimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

Esse princípio é aplicado apenas em favor do empregado, de modo que o empregador não poderá invocá-lo para impedir o trabalhador de se demitir, pois assim estaria adstrito a um contrato de trabalho eterno. Por outro lado, podemos considerar que o empregador também auferi vantagem com isto, uma vez que, a antiguidade na empresa traz maior conhecimento, experiência devido a permanência, poupando ter que ensinar novos funcionários frequentemente.

3.2 INTRODUÇÃO DO ARTIGO 507-ANA CLT REFORMADA

A Reforma Trabalhista alterou a Consolidação das Leis do Trabalho introduzindo o artigo 507-A, assim, permitiu a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

A alteração da Lei de Arbitragem - Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015 – tinha o objetivo de ampliar a aplicação da arbitragem e dispor sobre o procedimento arbitral em novos aspectos.

Dessa forma, tentou-se inserir o parágrafo 4º, no artigo 4º a possibilidade de admissão da arbitragem em conflitos individuais do trabalho, por meio de cláusula compromissória, porém, somente para empregados que venham a ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, e que tenham tomado iniciativa de instaurar a arbitragem. Isto porque, nesses casos a indisponibilidade dos direitos trabalhistas teria se perdido.

§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula

compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.

No entanto, este dispositivo foi vetado pelo Presidente da República em exercício, fundamentada nos seguintes termos:

Razões do Veto

[...] O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral [...]

Portanto, diante do veto, apesar de ter se procurado preencher a lacuna na legislação quanto à aplicação da arbitragem como meio de resolução de conflitos individuais no Direito do Trabalho, não obteve sucesso, uma vez que continua não havendo quaisquer impedimentos ou permissão expressa em relação a este tema.

Nesse período, a utilização do instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, era utilizado de forma subsidiária ao Novo Código de Processo Civil, que autorizava expressamente a utilização da arbitragem, com base no artigo 769 da CLT, respeitando os princípios do direito do trabalho. Com o advento da Reforma Trabalhista, a aplicação subsidiária do CPC, deixou de existir, havendo compatibilidade entre institutos do processo civil e do processo do trabalho.

A modificação trazida pela Reforma Trabalhista acerca do instituto da arbitragem, o legislador previu a espécie de arbitragem chamada cláusula compromissória para tratar dos dissídios individuais, ou seja, somente será possível a aplicação desse instituto se as partes acordarem no momento da elaboração do contrato de trabalho, ou ainda que depois, por um termo aditivo, antes de acontecer o conflito.

Esse requisito deve ser sugerido pelo empregado ou ter sua concordância expressa, não restando dúvidas sobre a compreensão desta cláusula. Caso a cláusula compromissória esteja inscrita no contrato, pronto para assinatura, esta deve estar destacada e em negrito, chamando a atenção do empregado, conforme o artigo 4º da Lei de Arbitragem:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Nos contratos de trabalho que não são de adesão, são eles específicos para cada empregado e livremente pactuados entre as partes, a própria existência da cláusula arbitral gerará presunção de concordância do empregado.

Após o surgimento do litígio, não será necessário que o empregado concorde novamente com a cláusula arbitral, se já houver prova do seu consentimento com a cláusula compromissória estipulada na formação do contrato, ou em objeto apartado.

O legislador estabeleceu três requisitos para a validade da cláusula compromissória de arbitragem:

1. o empregado deve receber remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (o que no ano de 2020 significa uma remuneração superior a R\$ 12.202,12);
2. a cláusula de arbitragem deverá ser estipulada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa;
3. deverão ser observadas as exigências previstas na Lei de Arbitragem para a validade da cláusula, mais especificamente o exposto nos §§1º e 2º do artigo 4º.

Seguindo esses requisitos, a cláusula arbitral terá validade para solucionar possível desavença entre empregado e empregador.

3.3 AS VANTAGENS DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Um dos maiores entraves da Justiça Estatal, é a morosidade do andamento processual, ocasionada pelo abarrotamento de processos na Justiça do Trabalho. O Estado, que é o detentor do monopólio da jurisdição, não organiza um sistema judicial acessível à sociedade e apto a prestar uma assistência em um tempo hábil, útil e eficaz.

A criação de meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, certamente é verdadeiro meio para desafogamento da Justiça do Trabalho. Uma sentença arbitral é concluída, em média, seis meses. Nesse sentido, podemos dizer que para o empregado o tempo para a

duração da solução do seu conflito tem caráter primordial, tendo em vista que a falta de recebimento das suas verbas, que tem caráter alimentar, pode afetar a sua subsistência.

O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá informa que a duração média dos procedimentos iniciados entre 2013 e 2015, é de 15 meses e meio.

No Poder Judiciário, indica que o tempo médio para prolação de sentença em ação de conhecimento é de 30 meses, isso nas varas estaduais, enquanto que nas varas federais, o tempo médio é de 28 meses. É necessário sopesar que os processos judiciais enfrentam uma série de recursos, ao passo que a sentença arbitral — salvo nas raras hipóteses de ajuizamento de ação anulatória é definitiva.

A arbitragem concede às partes uma maior flexibilidade, pois elas não estão limitadas apenas às normas processuais, tendo em vista que, respeitando os princípios do contraditório, igualdade das partes, livre convencimento e imparcialidade dos árbitros, elas podem definir em comum acordo um procedimento mais diligente para resolução de seus conflitos trabalhistas.

Podemos dizer que no procedimento arbitral não existe um rigor legal, pois assim as partes o convencionaram. A arbitragem também é caracterizada por sua informalidade e o caráter de confidencialidade, solicitado pelas partes. O sigilo desse procedimento, que se aplica não só ao conflito em si, mas também aos dados e valores, diferentemente do processo judicial, no qual essas informações ficam disponíveis ao público.

Essa particularidade pode ser de grande relevância aos trabalhadores, pois aos que ingressam na Justiça do Trabalho contra seus empregadores para reaverem seus direitos, ficam marcadas e entram em uma espécie de “black list”, ficando com uma imagem negativa por parte dos outros empregadores, os quais podem dar prioridade a outros candidatos.

3.4 DESAFIOS À UTILIZAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO DIREITO DO TRABALHO

São bem conhecidos os desafios para a aceitação de métodos alternativos para a resolução de conflitos laborais:

1. todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis;
2. somente um juiz do trabalho tem isenção, imparcialidade e independência para intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma solução justa;
3. o uso intenso de vias alternativas implicará em um eventual esvaziamento da Justiça do Trabalho.

Um direito trabalhista será absolutamente indisponível quando for objeto de uma proteção de ordem pública, e será caracterizado por uma indisponibilidade relativa, quando o direito laboral

representar um interesse individual ou bilateral simples. Os direitos de personalidade, como a integridade física, psíquica e moral, assim como a garantia de um meio ambiente de trabalho seguro e saudável também são direitos indisponíveis, por exemplo.

O direito indisponível é o direito irrenunciável, do qual o seu titular não poderá abrir mão. Assim, podemos perceber que os direitos trabalhistas não são absolutamente indisponíveis, tendo em vista, que todos eles estão sujeitos à prescrição, conforme o art. 7º, XXIX da Constituição Federal, tanto à prescrição parcial, que é de cinco anos para reclamar direitos trabalhistas, contados da data do ajuizamento da ação, como a total, que é de dois anos para entrar com a ação, contados do término do contrato laboral. A inércia do empregado, leva-o a não poder pleitear mais os seus direitos.

Vamos ao segundo ponto onde diz “somente um juiz do trabalho tem a isenção, a imparcialidade e a independência para intervir em um conflito individual trabalhista e assegurar uma solução justa”.

O novo CPC, em seu artigo 3º, além de impor que o Estado promova soluções consensuais dos conflitos litigiosos, previu também que os próprios magistrados, defensores públicos, advogados, membros do Ministério Público, devem incentivar formas alternativas de soluções consensuais, fora e dentro do processo.

Art. 3º [...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério

Público, inclusive no curso do processo judicial.

Assim, podemos afirmar que existem outros profissionais capazes de atuar em soluções consensuais nos conflitos trabalhistas, como árbitros e mediadores particulares.

Ao analisarmos o art. 32 da Lei de Arbitragem, quando ocorrer uma fraude na solução extrajudicial realizada por um árbitro, a parte que entender que houve fraude na decisão arbitral poderá recorrer à via judicial para contestar a validade da decisão; para tentar afastar um árbitro impedido ou suspeito ou para invalidar ato praticado por um árbitro que contrarie o processo legal.

Por último, diz respeito ao “uso intenso de vias alternativas implicarem em um eventual esvaziamento da Justiça do Trabalho”, na verdade, a ampliação do uso das soluções extrajudiciais

de conflitos individuais trabalhistas certamente não irá esvaziar a Justiça do Trabalho, e sim ajudará a desafogar este órgão jurisdicional.

3.5 CLÁUSULA DE BARREIRA

Ao limitar o uso da arbitragem àqueles empregados com altos salários, o legislador priva a utilização da arbitragem justamente para aqueles mais necessitados de uma justiça rápida e especializada, onde apenas 6,4% da população economicamente ativa atinge o requisito do artigo 507-A.

Se a preocupação é com a capacidade real de consentimento do empregado com a arbitragem, uma vez inserida cláusula arbitral no contrato, o trabalhador não poderia levar seu pleito ao Judiciário, talvez o legislador devesse ter estabelecido a faculdade da arbitragem para os trabalhadores que não atingissem a cláusula de barreira e ainda assim desejassem contratá-la.

Com isso, o trabalhador poderia escolher entre a arbitragem e a justiça estatal sempre que houvesse cláusula arbitral em seu contrato de trabalho, e somente se submeteria à arbitragem proposta pelo empregador se assim o desejasse, cumprindo às instituições arbitrais e aos próprios advogados dos empregados orientá-los de seu direito de optar pelo mais adequado meio de resolução de conflitos. Para os empregados que ultrapassassem a cláusula de barreira (“altos salários”), a arbitragem, uma vez contratada, continuaria sendo obrigatória e vinculante.

Assim, para enfrentar esse problema, uma solução adequada seria a Legislação Trabalhista prever que a escolha do árbitro deva ser feita entre os empregadores e os sindicatos representantes dos trabalhadores, por meio de norma e convenção coletiva, a qual deverá estipular como essa escolha será feita entre as partes ou, até mesmo, estipular uma lista prévia de árbitros que estariam habilitados para julgar os conflitos.

3.6 OS RISCOS DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Elencaremos aqui, alguns riscos que o instrumento da arbitragem poderia ocasionar se aplicados aos dissídios individuais trabalhistas, sendo o primeiro deste, relacionado à capacidade econômica do empregado arcar com os custos da arbitragem, os quais são superiores aos da Justiça Trabalhista, especialmente quando se considera a hipossuficiência da maior parte dos trabalhadores.

A Reforma trata essa questão quando vem permitir a arbitragem apenas para os empregados que possuem maior remuneração e é perfeitamente possível que elas pactuem que o empregador irá antecipar o pagamento de despesas, as quais serão abatidas no final do litígio.

Outro risco está vinculado à possibilidade de muitos empregados aceitarem a cláusula arbitral sem entender do que se trata. Contudo, esse risco está mitigado pela necessidade do consentimento expresso do empregado. A admissão da arbitragem apenas para empregados com maior remuneração induz que sejam pessoas que possuem um nível maior de entendimento e que procurariam saber o que a cláusula significa antes de aceitarem.

Um terceiro risco consistiria na realização de arbitragens simuladas, que constituiriam, em termos de rescisão de contrato de trabalho com renúncia de direitos por parte do empregado, favorecendo o empregador, porém existe a possibilidade de pleitear ao órgão do Poder Judiciário a declaração de nulidade da sentença arbitral nos casos de sentenças arbitrais que violasse os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Um outro risco seria o fato da eleição da via arbitral configurar renúncia do direito de ação, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. O dispositivo não pode ser considerado como incompatível com o instituto da arbitragem, tendo em vista que a arbitragem é facultativa. Outro risco que também merece análise está relacionado aos árbitros que julgariam os conflitos individuais trabalhistas. A Lei de Arbitragem prevê que os árbitros serão escolhidos pela vontade de ambas as partes, e se estas não chegaram a um consenso, essa questão poderá ser exercida pelo judiciário, o qual irá realizar a nomeação dos árbitros.

Uma alternativa, para solucionar esse problema, um árbitro seria escolhido pelo empregador e outro pelos sindicatos de trabalhadores, através de norma ou convenção coletiva, onde estipularia uma lista prévia de árbitros que estariam habilitados para julgar esses conflitos.

3.7 AHIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR

A arbitragem em matéria trabalhista não deve ser exercida de forma irrestrita, pois devido as peculiaridades desta área do direito, é necessário impor alguns limites, para que não haja afronta aos princípios do Direito do Trabalho. Dessa forma, como nesta seara do direito consideramos o trabalhador como sendo hipossuficiente perante seu empregador, aquele necessita de maior proteção, de maneira a não se aceitar a imposição da cláusula compromissória.

O polo mais fraco da relação jurídica de emprego merece um tratamento jurídico superior, por meio de medidas protetoras, para que se alcance a efetiva igualdade substancial, ou seja, promovendo-se o equilíbrio que falta na relação de trabalho, pois, os seus titulares normalmente se apresentam em posições socioeconômicas desiguais.

Paulo Fernando Silveira, observa (...) essa cautela do tribunal arbitral não deve ser converter em ação afirmativa (affirmative action) em favor do empregado, sob o simples argumento da

hipossuficiência ou do presumido abuso patronal, sob pena de quebra dos princípios da igualdade das partes e da imparcialidade do julgamento.

A opção preferencial pelo empregado, no mais das vezes com tratamento desigual em relação ao patrão – como costumeiramente ocorre na Justiça do Trabalho – pode retirar a força moral da sentença, que passa a prevalecer – não pela aceitação de seus justos termos – mas apenas pela força coercitiva estatal. A longo prazo, isso traz descrédito e repúdio público aos julgamentos. Não é demais lembrar que a força do Poder Judiciário, como poder político estatal não eleito, reside, essencialmente, na justiça e imparcialidade de seus julgamentos. A força coercitiva constitui exceção, a ser empregada só em casos extremos, visando dobrar a rebeldia injustificada (SILVEIRA, 2006).

3.8 FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Com a evolução da ciência, a globalização, surge a necessidade de adaptar os princípios e regras à essas mudanças, repercutindo na jurisprudência e nas interpretações que vem sendo feitas pelos juízes.

A importância dos princípios na Ciência do Direito, não tem o condão de transformá-los em axiomas absolutos e imutáveis. Ao contrário, sua validade se preserva apenas caso considerados em seus limites conceituais e históricos específicos, enquanto sínteses de orientações essenciais assimiladas por ordens jurídicas em determinados períodos históricos.

Os princípios jurídicos despontam como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, submetendo-se a uma inevitável dinâmica de superação como qualquer outro fenômeno cultural produzido.

Essa flexibilização pode ser entendida como uma forma de amenizar o rigor ou a rigidez de certas normas jurídicas, ou melhor, permite que as relações entre empregado e empregador possam ser equacionadas de forma diversa do contrato de trabalho.

Devemos observar que flexibilizar pressupõe mudar uma regra consolidada ao longo do tempo, seja na forma autônoma (via negociação coletiva), seja na forma heterônima (alteração da regra pelo Estado), ou seja, a alteração da própria lei para flexibilizar ou autorizar que se flexibilize, que não quer dizer desregulamentação (não é a instituição de novas regras).

Desregulamentação é o vocábulo que deve ser restrito ao direito coletivo do trabalho, e não aplicado, portanto, ao direito individual do trabalho, para o qual existe a palavra flexibilização.

Distinguem-se ambas quanto ao âmbito a que se referem, uma vez que se desregulamenta o direito coletivo e flexibiliza-se o individual, com alguma redução de interferência da lei nas relações coletivas do trabalho.

A flexibilização encontra limitações nos princípios do direito trabalhista, uma vez que não poderá alterar normas que prejudique o empregado de forma unilateral, e sem que haja previsão legal para tanto. É necessário que os interesses das partes sejam convergentes, para evitar qualquer abuso de direito.

3.9 COMO DELIMITAR A COMPETÊNCIA PARA JUDICIALIZAR PROCEDIMENTOS ARBITRAIS TRABALHISTAS?

Para judicializar uma arbitragem trabalhista há que se delimitar/isolar de modo específico, afastando questões outras, o objeto do conflito que se deseja levar à esfera estatal. O mesmo procedimento arbitral que apura relação de emprego poderá ser levado à apreciação da Justiça Comum, Federal e Trabalhista.

Um exemplo, se o procedimento arbitral trabalhista levar à jurisdição estatal conflito relacionado aos árbitros e à câmara, por sua natureza civil, a matéria será objeto da Justiça Comum, uma vez que não se apreciará a relação de emprego, seus direitos ou efeitos, mas tão somente questões formais e procedimentais (processuais), espectro de atuação da Justiça Comum.

A competência em razão da matéria se define a partir da natureza jurídica da controvérsia, que se afere da análise do pedido e da causa de pedir veiculados na inicial. Ou seja, o conflito de direito material apurado no procedimento arbitral não será, necessariamente, o pedido e a causa de pedir da ação judicial buscada.

A competência da Justiça do Trabalho, definida em razão da matéria, será aquela cujo conflito judicializará controvérsia afeta à relação de emprego, seus efeitos e direitos, a exemplo do cumprimento de sentença arbitral com viés trabalhista, ou mesmo a ação anulatória que envolver diretamente a relação empregatícia.

Para bem delimitar a esfera estatal competente, há que se isolar a causa de pedir, pedido e partes da demanda judicial das demais controvérsias existentes no procedimento arbitral. Um mesmo procedimento arbitral trabalhista poderá ser apreciado na Justiça Comum, Federal e Especializada, a depender especificamente da causa de pedir, do pedido e das partes envolvidas na ação judicial (que poderão ser distintas do procedimento arbitral).

O Poder Judiciário, cada vez mais abarrotado de processos certamente não admitirá uma atribuição equivocada de competência.

CONCLUSÃO

Este artigo demonstrou a dificuldade em se alcançar um efetivo acesso à justiça, o enorme volume de processos trabalhistas definitivamente sobrecarrega o judiciário brasileiro, o que ocasiona o

prejuízo efetivo na celeridade processual, justiça tardia, não é justiça, é sim, injustiça. Apontamos meios alternativos extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem, essa última um pouco mais detalhada para os contratos individuais do trabalho, além dos principais conceitos e procedimentos desse método, também vimos um histórico do instituto dentro do direito brasileiro e a sua experiência, além da utilização em outros países.

A arbitragem, como uma modalidade de mecanismo extrajudicial incluída na CLT através da Reforma Trabalhista de 2017, ainda encontra certa resistência em sua utilização. Fora constatado que o procedimento arbitral tem como intuito ser utilizado em conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis e que a faculdade de escolha do procedimento não fere o direito à ação, haja vista que as partes são dotadas de capacidade e podem optar por qual procedimento querem resolver seu conflito.

A utilização da arbitragem sempre foi alvo de muitas críticas e divergências doutrinárias. Uma parte da doutrina sustenta que não caberia a sua utilização, outra parte acredita que os direitos individuais trabalhistas não são absolutamente indisponíveis e, por isso, poderia ser utilizada a arbitragem para a resolução desses conflitos.

Com a Reforma Trabalhista, a utilização da arbitragem para a resolução de dissídios individuais trabalhistas veio a ser expressamente autorizada, por meio do artigo 507-A da CLT, o qual faço uma crítica quanto a abrangência deste artigo, uma vez que apenas 6,4% da população economicamente ativa se beneficiaria deste artigo da CLT.

Ao longo do artigo, pudemos verificar que a utilização da arbitragem acarreta diversas vantagens para o direito brasileiro, sobretudo na Justiça do Trabalho, uma vez que o instituto proporciona um “desafogamento” dos processos trabalhistas, o que fará com que essa Justiça possa analisar suas demandas de forma mais qualificada e prestar uma tutela jurisdicional satisfatórias aos seus tutelados.

O CNJ indica uma justiça trabalhista sobrecarregada de processos e por outro lado, observamos nas câmaras de arbitragem uma celeridade muito superior que na justiça comum, item extremamente importante para quem precisa ter o seu direito reconhecido.

Como já dissemos, o instituto apresenta vantagens na resolução de conflitos como a celeridade, a especificidade do julgador, a informalidade, a flexibilidade, a confidencialidade, entre outras, de forma que os indivíduos se sintam mais confortáveis, seguros e confiantes quando solucionam suas demandas por meio desse procedimento.

Por fim, por ser um instituto relativamente novo no direito do trabalho, ainda merece estudos práticos para provar sua eficácia, derrubando os desafios indicados neste artigo.

REFERÊNCIAS:

BOUER, Laura Mourales. Acesso à justiça: a evolução do conceito segundo Cappelletti, Nov. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44242/aceso-a-justica-a-evolucao-do-conceito-segundo-cappelletti>>. Acesso em 31 Mai 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 585002620095150091, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 07/08/2012. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22159022/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-585002620095150091-58500-2620095150091-tst>>. Acesso em 15 Jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Acórdão do processo Nº E-ED-RR - 79500-61.2006.5.05.0028. Embargante Xerox Comércio e Indústria Ltda. e Embargado Mário de Castro Guimarães Neto. Relator Min. João Batista Brito Pereira. Brasília, 18 Mar. 2010. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;subsecao.esp_pecializada.dissidios.individuais.1:acordao;e:2010-03-18;79500-2006-28-5-0>. Acesso em 15 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CRUVINEL, Carolina Garcia. **Arbitragem e o direito trabalhista: A (in)aplicabilidade nos conflitos individuais**, 24 Mai. 2017. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-23052017-185640/?&lang=br>>. Acesso em 29 Mai. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa de Azevedo. **A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: Meios integrados de resolução**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 21, 38.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. – 7ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.1316.

IBGE POF 2017/2018. **IBGE, classe média, antipetismo: tentando entender o caminhão**, 7 Out. 2019. Disponível em: <<https://www.ocafezinho.com/2019/10/07/ibge-classe-media-antipetismo-tentando-entender-o-caminhao/>>. Acesso em 24 Mai. 2020.

MORAES, Renato Duarte Franco. **O tempo de tramitação dos procedimentos arbitral e judicial**, 1 Mar. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/renato-moraes-tempo-tramitacao-processos-arbitral-judicial>>. Acesso em 5 Jun. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOGAS, Myllena Boguchevski. **A aplicação da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas**, 2018. Disponível em: <<https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/MYLLENA-BOGUCHEVSKI-NOGAS.pdf>>. Acesso em 29 Mai. 2020.

PINHEIRO JUNIOR, Alcy de Jesus Nery. **A relação do Instituto da Arbitragem com a sua aplicação no direito brasileiro**. Belém, 2003, p. 59.

RAMOS, Marcela de Borborema Machado. **A utilização da arbitragem dos dissídios individuais de trabalho à luz da reforma trabalhista**, 14 Jun. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.cesupa.br:8080/jspui/handle/prefix/74>>. Acesso em 29 Mai. 2020.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Tribunal Arbitral: nova porta de acesso à justiça**. 1. ed. (ano 2006), 3. reimpr. – Curitiba: Juruá, 2012.

O HIATO ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA NA ADPF Nº 442 (INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO)

Renzo Giacomo Ronchi¹

RESUMO: a expansão da jurisdição constitucional elevou-a a um patamar em que muitos direitos e definições de políticas, que antes eram deliberados ordinariamente pelo parlamento, passassem a ser discutidos pelas supremas cortes, que se valem de audiências públicas como mecanismo de participação popular. A despeito disso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a experiência colhida até o momento, especialmente pelo estudo de caso feito sobre a audiência pública na ADPF nº 442/DF (interrupção voluntária da gestação), revela que a corte ainda adota uma postura eminentemente formal e pouco engajada, colocando em dúvida a efetividade de seu papel representativo.

Palavras-chave: jurisdição constitucional. Democracia. Audiências públicas.

ABSTRACT: the expansion of constitutional jurisdiction raised it to a level where many rights and policy definitions, which were previously deliberated by parliament, would be discussed by the supreme courts, which use public hearings as a mechanism popular participation. Despite this, within the scope of the Supreme Federal Court, the experience gained so far, especially through the case study carried out on the public hearing at ADPF No. 442 / DF (voluntary termination of pregnancy), reveals that the court still adopts an eminently stance formal and poorly engaged, questioning the effectiveness of its representative role.

Keywords: constitutional jurisdiction. Democracy. Public hearings.

1. INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional é exercida em caráter contramajoritário, pois estão os juízes e tribunais verificando se os atos produzidos por outro poder estão afrontando, ou não, a constituição, podendo invalidá-los, isto é, desfazer no ordenamento jurídico leis e atos normativos que foram criados pelos representantes eleitos democraticamente pela população.

¹Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Mestrando em Direito Processual Constitucional pela Universidade *Lomas de Zamora*, na Argentina. Pós-graduado em filosofia e teoria do direito pela PUC-Minas. Membro da associação brasileira de direito processual constitucional. Juiz de Direito do TJMG.

Essa atividade exercida é denominada de controle judicial das leis e, embora de fato seja uma interferência na atividade exercida por outro poder, sua justificativa fundamenta-se na necessidade de proteção da própria constituição, cujo fundamento de validade de todo o ordenamento deve ser preservado por ser o documento jurídico e político mais importante de um povo onde são estabelecidos os direitos fundamentais, as regras de limitação do exercício do poder, os deveres do Estado e as repartições de competências.

No caso específico dos juízes que integram a corte máxima de um país, estes não são eleitos como os parlamentares, mas a investidura deles é legitimada pela própria constituição, que, nesse caso, estabelece um procedimento diverso. Juízes de um tribunal constitucional não recebem voto e não exercem mandato. Diversamente, ingressam, de regra, por nomeação do presidente ou do primeiro-ministro, sendo essa nomeação submetida ao parlamento (em alguns países quase sempre é o senado quem exerce esse controle), quando então são empossados e, de regra, exercem o cargo vitaliciamente. No Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo presidente da república depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do senado federal (art. 101, parágrafo único, da CF). (BRASIL, 2020).

Hans Kelsen já defendia na década de 1930 que a última palavra sobre a constituição deveria ser dada por uma corte constitucional, pois, segundo ele, não pode o órgão que criou o ato normativo (parlamento ou poder executivo) ser ele próprio quem vai avaliar se está em conformidade com a Constituição, pois isso macularia a isenção do julgamento. Mas, para além dessa ideia, Kelsen também já percebia a importante função desempenhada pela jurisdição constitucional como mecanismo de proteção dos grupos minoritários, que não encontrariam proteção para suas reivindicações no parlamento, já que este é movimentado pela lógica da regra majoritária. (KELSEN, 2007, pp. 237-298).

O que no início era uma dissidência particular entre dois grandes juristas, Kelsen e Schmitt - ao contrário de Kelsen, Schmitt defendia que a última palavra sobre a constituição deveria ser dada pelo chefe do poder executivo federal (SHIMITT, 2007) -, com o tempo, sobretudo após o fim da segunda grande guerra mundial, foi se consolidando em países ocidentais a ideia de que a democracia se legitima por uma constituição e esta deve ser protegida por um tribunal independente que tenha atribuição para exercer a jurisdição constitucional². (BARROSO, 2017, pp. 31 e 33).

Mas, o tema da última palavra sobre a constituição nunca foi consenso. Pensadores como Jurgen Habermas (apud ORTEGA, 2019, p. 69) e Jeremy Waldron (WALDRON, 2018) entendem que a última palavra sobre a constituição não pode ser dada por um tribunal constitucional, cujos

² O padrão de supremacia parlamentar vem se mantendo, além do Reino Unido, também na Holanda e Luxemburgo. BARROSO, 2020, p. 257.

membros não foram eleitos democraticamente. Waldron, o mais severo em sua crítica, chega ao ponto de advertir como esdrúxula a possibilidade de um julgamento por maioria por uma suprema corte invalidar uma lei democraticamente produzida pelo parlamento. (WALDRON, 2018, pp. 153-194).

Assim, a pergunta pode ser formulada do seguinte modo: é legítimo que um tribunal constitucional composto por poucos membros, que não foram eleitos e que não exercem mandato, invalidem um ato normativo criado por representantes eleitos pelo povo? Pode a corte máxima, portanto, interferir na soberania popular?

São questionamentos importantes para se relembrar conceitos fundamentais da democracia e de como uma sociedade democrática deve ser estruturada à luz da teoria da separação de poderes.

Diante desse cenário é que devem ser compreendidas as audiências públicas por ser um mecanismo que estabelece uma ponte entre o povo e a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional é fechada em si, focada demasiadamente no exame de dispositivos jurídicos, sendo ainda antimajoritária por excelência, as audiências públicas, por outro lado, vêm como forma de amenizar esse divórcio entre o exercício da jurisdição constitucional e a soberania popular. São as audiências públicas, em resumo, uma resposta para a sustentada falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, sobretudo nos tempos atuais em que se evidencia o protagonismo de supremas cortes, que se defrontam com questões envolvendo a proteção de direitos e a definição de políticas que antes eram confiados aos outros poderes.

O mecanismo processual das audiências públicas amplia os instrumentos de informação, subsidiando os ministros com elementos para a construção de alternativas para a interpretação constitucional, além de, em tese, conferir maior legitimidade democrática em decorrência da participação da sociedade civil.

Mas, estão as audiências públicas, de fato, aperfeiçoando o exercício da jurisdição constitucional, democratizando-a e ampliando os horizontes de alternativas de interpretação constitucional?

Em outros termos, embora esse importante instrumento tenha sido criado pela Lei nº 9868/1999 com o propósito de democratizar a jurisdição constitucional, após mais de 20 anos de previsão no ordenamento jurídico, indaga-se se as audiências públicas atingiram sua finalidade de conferir maior qualidade deliberativa aos julgamentos.

A importância do questionamento está no fato de que determinados casos que chegam ao supremo tribunal federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade apresentam grande relevância, envolvendo o debate de questões jurídicas e políticas de alta complexidade, de modo que, amparada pela Lei nº 9868/1999 e em seu regimento interno, a corte convoca audiências públicas para aumentar o grau de conhecimento sobre a matéria, possibilitando, em tese, melhor julgamento e funcionando como mecanismo de democratização da jurisdição constitucional.

Esse propósito, de fato, vem sendo efetivamente alcançado?

Esse é o objetivo do texto. O estudo será feito por meio de pesquisa empírica (estudo de caso) sobre a audiência pública realizada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 442, convocada pela ministra Rosa Weber, relatora, além do apoio de uma pesquisa jurídica sobre o tema.

Pela amplitude do tema, o corte metodológico se faz necessário e, embora o objeto de análise (audiência pública na ADPF nº 442) pareça restrito se defrontado com a pergunta - até pelo fato de que, desde o início de vigência da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, já realizou mais de 20 audiências públicas e, dessas, já julgou mais de 10 ações -, a pesquisa detém sua importância para o contínuo aperfeiçoamento da jurisdição constitucional e pode, de alguma forma, contribuir para um estudo mais amplo e detalhado.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: PARA ALÉM DO CONCEITO KELSENIANO DE LEGISLADOR NEGATIVO

Em 2017 o ministro Luís Roberto Barroso publicou um texto, intitulado *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, em que provocou grande agitação no meio acadêmico nacional pelas ideias que foram expostas. Em resumo, o ministro Barroso sustentou que tribunais constitucionais exercem três papéis: contramajoritário, representativo e ocasionalmente *iluminista*³. (BARROSO, 2017, pp. 25-79).

O papel contramajoritário, segundo o autor, embora ainda encontre certa resistência, teria se tornado quase universalmente aceito e sua legitimidade consiste, em linhas gerais, na proteção dos direitos fundamentais, à proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. (BARROSO, 2017, pp. 48-49).

O papel representativo decorreria de uma crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos, de modo que juízes e tribunais estariam se tornando mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais⁴. (BARROSO, 2017, p. 53). Invocando o pensamento de Robert Alexy para quem as cortes constitucionais seriam *representantes argumentativos da sociedade*, o ministro Barroso vai defender que a forma de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é enxergá-la,

³Uma das críticas mais contundentes em face do papel iluminista das cortes supremas, sustentado pelo ministro Luís Roberto Barroso, pode ser lida em FONTELES, 2019, pp. 313-344.

⁴Sobre **as causas da crise democrática, parece-nos razoável e convincente a ideia de que há** um baixo desempenho global da governança democrática. Segundo Sérgio Abranches, haveria um atraso da democracia em absorver novas ideias que já estão disponíveis para melhorar a governança e a representatividade das decisões tomadas pelo poder legislativo e pelo poder executivo. (ABRANCHES, 2020, p. 16). Crítica importante e bem formulada também pode ser encontrada em MENDONÇA, 2017, pp. 520-548.

também, como uma representação popular. No caso do Supremo Tribunal Federal, este tem o dever de ouvir todos os interessados, o procurador-geral da república e o advogado-geral da união possuem atuação obrigatória, além da possibilidade de atuação de *amicus curiae* e de convocação de audiências públicas. (BARROSO, 2017, p. 57).

Por último, tribunais constitucionais também desempenhariam ocasionalmente o papel iluminista de “empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, 2017, p. 59) e, conquanto o próprio autor reconheça se tratar de uma competência perigosa, a ser desempenhada com grande cuidado - em razão de seu risco democrático -, vez ou outra, seria necessária pela responsabilidade de proteção de um direito fundamental. (BARROSO, 2017, p. 60).

O propósito do presente texto não é aprofundar sobre as teses que foram lançadas pelo ministro Luís Roberto Barroso e esse aviso é feito para que não haja desvio no meio do caminho, porém o que nos chama a atenção, concorde-se ou não com os papéis representativo e iluminista de tribunais constitucionais sustentados pelo autor, é que inegavelmente houve uma expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, muito além da proposta inicial de Hans Kelsen para quem tribunais constitucionais deveriam atuar como *legisladores negativos*.

Embora Hans Kelsen tenha idealizado o controle de constitucionalidade não propriamente como exercício de atividade judicial, mas uma função constitucional caracterizada por uma *atividade legislativa negativa* (apud BARROSO, 2004, p. 18), fato é que a jurisdição constitucional no século vinte e um é muito mais expansiva e, exemplificativamente no Brasil, vai discutir em breve dentre muitas outras questões: (1) redução da letalidade policial (ADPF nº 635/DF, Rel. Min. Edson Fachin); (2) juiz das garantias (ADI'S 6298, 6300 e 6305/DF, Rel. Min. Luiz Fux); (3) funcionamento do fundo amazônia e a implementação de políticas públicas em matéria ambiental (ADO nº 59/DF, Rel. Min. Rosa Weber); (4) liberdades públicas de expressão, artística, cultural, de comunicação e direito à informação (ADPF nº 614/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia); (5) interrupção voluntária da gestação (ADPF nº 442, Rel. Min. Rosa Weber).

Se essas matérias que serão deliberadas pelo Supremo Tribunal Federal invadem, ou não, uma área de atuação reservada ao parlamento - o que não será objeto de análise neste texto -, ao menos evidenciam que tribunais constitucionais têm se pronunciado sobre diversos domínios da vida, sendo que nesse espaço institucional existe a oportunidade de pessoas, instituições, organismos, defenderem seus pontos de vista e, assim, tentarem convencer a corte sobre o melhor posicionamento.

Segundo nos diz Andreas Vobkuhle, presidente do tribunal constitucional federal alemão:

[...] a tarefa constitucional de tribunais constitucionais é assegurar a proteção de minorias sociais, da oposição parlamentar e extraparlamentar, e assegurar as

liberdades de comunicação, quer dizer, das liberdades de opinião, de imprensa, de reunião e de associação. Com isso, os tribunais constitucionais abrem espaços, nos quais pode ocorrer um discurso social crítico e fecundo e predomina uma atmosfera do livre embate em torno das melhores concepções políticas. Por esse motivo os tribunais constitucionais, que abrem e preservam tais espaços, trabalham em prol do Estado Constitucional Democrático. (VOBKULE, 2020, p. 96).

Ao justificar as competências amplas do tribunal constitucional federal alemão, Vobkühle alerta que foram criadas por causa do regime de horror do partido nazista que chegou ao poder por meio de eleições democráticas, razão pela qual, segundo ele, há uma espécie de consciência especial na Alemanha de que o poder desmedido da maioria pode, com bastante facilidade, sucumbir à tentação de oprimir gravemente as minorias, de modo que tentativas de enfraquecimento de tribunais constitucionais deve produzir na sociedade um sentimento muito maior do que uma mera intranquilidade. (VOBKHULE, 202, pp. 103-15).

Em países que se encontram em processo relativamente recente de redemocratização, como é o caso do Brasil, a jurisdição constitucional assume papel ainda mais importante, protegendo e promovendo os direitos fundamentais, além de assegurar as regras do jogo democrático. (BARROSO, 2020, pp. 438-439).

Contudo, nesse contexto de democracias mais jovens, os tribunais constitucionais encontram-se em posições mais perigosas porque são instados, volta e meia, a julgar problemas políticos, ainda mais quando os outros poderes estão em constante embate, motivo pelo qual são maiores os riscos que enfrentam e mais difícil é sua atuação. (LUNARDI, 2020, p. 93).

Se é certo que tribunais constitucionais têm expandido suas funções para além do que se idealizou no início do século vinte, chegando ao ponto de serem considerados atualmente como *guardiões da democracia*⁵, parece legítimo e razoável que o espaço institucional de debate e deliberação seja mais aberto para que a sociedade também se faça presente e possa contribuir para outras alternativas de interpretação da constituição, tal como defende Peter Haberle ao propor a mudança de um modelo de interpretação de *uma sociedade fechada* para *uma sociedade aberta* em que estão afetados não somente órgãos estatais (leia-se: jurisdição constitucional), mas, também, cidadãos e grupos, sendo inviável, como ele mesmo diz, “estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. (HABERLE, 1997, pp. 12-13).

Como se percebe, diante dos novos e grandes desafios que os tempos atuais exigem, o legislador⁶

⁵A expressão *guardiões da democracia* pode ser extraída da leitura de artigo publicado por LANDAU, 2020, para quem tribunais constitucionais teriam um importante papel para conter a prática do constitucionalismo abusivo.

não é mais o único interlocutor da jurisdição constitucional, que limita e racionaliza os outros poderes e, também, preserva os direitos fundamentais, as minorias e afasta, se necessário, os novos perigos para a dignidade humana, sem, contudo, incorrer em ativismo judicial. (ABBOUD, 2020, pp. 484-486).

3. A IMPORTÂNCIA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Na democracia liberal, segundo Haberle, esta não se desenvolve somente no contexto da delegação de poder do povo para os órgãos estatais, mas também por intermédio do processo público e plural da política e da prática cotidiana, sobretudo, segundo ele, mediante a concretização dos direitos fundamentais. Assim, o cidadão também interpreta a constituição, não sendo o juiz constitucional um intérprete isolado, pois as formas de participação no processo constitucional devem ser ampliadas. (HABERLE, 1997, pp. 36-41).

Ainda para Haberle, os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser alargados e aprimorados, de modo que sejam implementadas novas formas de participação das chamadas potências públicas pluralistas (grupos, pessoas, partidos, organismos, associações, confederações etc.) enquanto intérpretes em sentido lato da lei fundamental. (HABERLE, 1997, pp. 47-48).

Haberle não sustenta que a jurisdição constitucional possui um papel representativo, como o faz o ministro Luís Roberto Barroso em seu texto *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, mas entende que a aplicação do direito processual constitucional pelo tribunal constitucional há de ser flexibilizada, “tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas”. (HABERLE, 1997, pp. 47-48).

Rejeitando a cultura do guardião que é o detentor exclusivo da última palavra sobre a constituição, Miguel Gualano de Godoy propõe uma perspectiva dialógica e deliberativa, compreendendo o Supremo Tribunal Federal, portanto, como mais uma voz na definição do significado da Constituição. (GODOY, 2017, p. 167).

Dessa forma, para Godoy, o tribunal constitucional deve ter uma postura comedida e humilde, atuando como participante de um diálogo interinstitucional de construção do significado da constituição, agindo, assim, para que o poder legislativo melhore seu desempenho democrático e deliberativo. (GODOY, 2017, p. 167).

De uma forma ou de outra, não se questiona que em um modelo democrático de governo e com

⁶A defasagem da fórmula do legislador negativo também pode ser evidenciada nas chamadas sentenças manipulativas em que o Supremo Tribunal Federal se comporta mesmo como um típico legislador, corrigindo o ordenamento e adequando-o à Constituição. Nesse sentido, conferir ABBUD, 2020, pp. 486-489.

uma atuação mais expansiva da jurisdição constitucional devem ser ampliadas as formas de participação da sociedade, sendo construído um espaço pluralista que é inerente à atividade constitucional na democracia. (ABBOUD, 2020, p. 570).

A positivação no ordenamento jurídico das audiências públicas no exercício da jurisdição constitucional (art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999, e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999⁷) possibilita que o tribunal julgue as causas com amplo conhecimento de todas as suas consequências e repercussões (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1177), além do que a própria suprema corte do país enraíza e eleva sua relação com a sociedade, assegurando novos direitos e institucionalizando uma nova metodologia de diálogo e colheita de informações para uma maior abertura procedimental e qualidade de julgamento superior. (ABBOUD, 2020, p. 571).

Contudo, de acordo com Godoy, mais do que viabilizar a participação popular, é necessário que essa participação seja levada a sério, isto é, que haja uma efetiva escuta dos intervenientes (*amicus curiae*) e convocados para a audiência pública e, ainda, que seus argumentos sejam levados em conta na hora da decisão, seja para integrar os fundamentos da decisão, seja para rejeitar os apontamentos realizados. (GODOY, 2017, p. 170).

Quando essa participação popular é utilizada tão somente como mais um passo para legitimar formalmente a decisão, a abertura dialógica do Supremo Tribunal FEDERAL acaba sendo destituída de sentido e, assim, o que era para efetivamente mudar uma realidade de atuação fechada, torna-se, em verdade, em mera retórica formal. (GODOY, 2017, p. 170).

Godoy defende que o diálogo efetivo ocorre quando juízes do tribunal constitucional deixam de lado sua postura tradicional de hierarquia interpretativa no exercício do controle judicial de constitucional das leis para adotarem uma postura mais engajada, em um diálogo franco e aberto com os demais ramos políticos e com o povo sobre a construção do significado da constituição. (GODOY, 2017, p. 170).

Assim, devem receber os reclamos daqueles que se consideram marginalizados do processo majoritário de discussão, sendo obrigados a tomar nota dessas reivindicações, dando uma resposta fundada em *razões públicas*⁸. Em síntese, o tribunal constitucional, pela posição privilegiada que possui na estrutura de poder, precisa contribuir para fazer com que sejam incluídas e escutadas as vozes daqueles que, de regra, estão alijados do processo democrático. (GODOY, 2017, p. 171).

⁷ A regulamentação das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal foi implementada pela Emenda Regimental nº 29/2009.

⁸ Segundo Rawls, as cortes supremas constituem um modelo exemplar de *razão pública* porque, diferentemente do poder executivo e do parlamento, o tribunal precisa justificar suas decisões à luz da Constituição, das leis e dos precedentes pertinentes ao caso. Conferir RAWLS, 2020, p. 254.

4. UM ESTUDO DE CASO: A AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442 (INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO)

Nos dias 3 e 6 de agosto de 2018 foi realizada audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal para subsidiar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que sustenta a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação.

Em verdade, o PSOL propõe seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária nas primeiras 12 semanas.

A questão, por certo, é muito polêmica, principalmente porque no debate público é possível perceber a divisão de grupos bem formados: aqueles que, sob o aspecto religioso e sagrado, defendem que seria juridicamente proibido que a mulher realize o aborto a partir do momento da concepção. Ainda, aqueles que sustentam que o feto, desde a concepção, é um sujeito de direito, motivo pelo qual deve ser assegurada a vida. E, de outro, aqueles que, à luz de temas como saúde pública, direitos humanos e direitos das mulheres, querem que a mulher tenha autonomia sobre o seu corpo, sendo preservada sua escolha e sua integridade física e psíquica.

Ao convocar a audiência pública, na data de 2 de abril de 2018, a ministra Rosa Weber considerou que a discussão é um dos temas “mais sensíveis e delicados”, pois “envolve razões de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública e, ainda, a tutela de direitos fundamentais individuais”. (BRASIL, 2018).

Mencionou, também, a ministra Rosa Weber, que a compreensão do Supremo Tribunal Federal como órgão colegiado é maior que a realização de sessão plenária de julgamento, sendo saudável que o espaço de escuta e participação da sociedade seja, na maior medida possível, também compartilhada e colegiada. (BRASIL, 2018).

No mesmo despacho convocatório a relatora convidou os demais ministros da suprema corte para participarem da audiência pública, inclusive para se quisessem, procederem à indicação de convidados que julguem pertinentes para a adequada formação do diálogo sobre a questão em debate. (BRASIL, 2018).

Posteriormente, em 4 de junho de 2018, a ministra Rosa Weber proferiu decisão a respeito dos inscritos habilitados, data, ordem dos trabalhos e metodologia, mencionando que foram recebidos 502 *emails* no endereço eletrônico adpf442@stf.jus.br, no período de 2 de abril de 2018 a 25 de abril de 2018 (data-limite para o envio de pedidos de inscrições), dos quais se constatou a relação de 187 pedidos de habilitação como expositor na audiência; 150 manifestações de pessoas físicas de apoio à inscrição de alguma pessoa com autoridade e reconhecimento na

matéria; e o restante dos emails, com pedidos de informação sobre o procedimento e os requisitos exigidos para inscrição, bem como pedidos para participar da audiência na qualidade de ouvinte. (BRASIL, 2018).

Reconhecendo a importância da natureza controversa da questão constitucional em debate, a confiança na participação democrática pelo procedimento adotado por parte dos atores externos e, por outro lado, uma inviabilidade de admissão de todos, a ministra Rosa Weber, amparada nos critérios de (i) representatividade técnica, no espaço da área de conhecimento a que pertencem, (ii) atuação ou expertise especificamente na matéria e (iii) garantia da pluralidade e paridade da composição da audiência, bem como das abordagens argumentativas a serem defendidas, acolhendo parcela dos inscritos, deferiu os pedidos das seguintes pessoas, instituições e organizações, cujo cronograma ficou assim definido:

Dia 03/08/2018

Manhã, das 08h40 às 12h50:

08h40: Abertura dos Trabalhos

08h50: Ministério da Saúde (Expositoras: Dra. Maria de Fátima Marinho de Souza e Dra. Mônica Almeida Neri);

9h10: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO - (Expositora: Dra. Rosires Pereira de Andrade);

9h30: Academia Nacional de Medicina (Expositores: Dr. José Gomes Temporão e Dr. Jorge Rezende Filho);

9h50: Professora Dra. Melania Amorim (Instituto Paraibano de Pesquisa Joaquim Amorim Neto, indicação apoiada por manifestações de cidadãos);

10h10: Dr. Raphael Câmara (Universidade Federal do Rio de Janeiro) (indicado pelo Instituto Liberal de São Paulo e por outros cidadãos); 10h30: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC - (Expositores: Dr. Thomaz Rafael Gollop, Dr. Olímpio Moraes Filho e Dra. Helena Bonciani Nader);

10h50: Centro de Pesquisas em Saúde Reprodutiva de Campinas – CEMICAMP (Expositor: Dr. José Henrique Rodrigues Torres);

11h10: Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ – (Expositores: Dr. Marcos Augusto Bastos Dias e Dra. Mariza Theme-Filha);

11h30: Conselho Federal de Psicologia (Expositores: Dra. Sandra Elena Sposito e Dra. Letícia Gonçalves);

11h50: Movimento Nacional da Cidadania pela Vida – Brasil sem aborto (Expositora: Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia);

12h10: Instituto de Bioética – ANIS (Expositora: Dra. Debora Diniz); 12h30: Espaço deliberativo.

Tarde, das 14h30 às 18h50:

14h30: Reabertura dos Trabalhos;

14h40: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Expositora: Dra. Tania Di Giacomo do Lago);

15h00: International Women's Health Coalition – IWHC – (Expositora: Françoise Girard);

15h20: Center for Reproductive Rights (Expositores: Catalina Martinez Coral, Sebastián Rodríguez Alarcón e Juliana Cesario Alvim Gomes); 15h40: Human Rights Watch (Expositoras: Dra. Verónica Undurraga e Dra. Amanda M. Klasing);

16h00: Health, Access, Rights – IPAS - (Dr. Anand Grover);

16h20: Consórcio Latino-Americano contra o Aborto Inseguro – CLACAI – (Expositores: Dr. Oscar Cabrera e Dra. Rebecca Cook); 16h40: Instituto de Políticas Governamentais – IPG (Expositora: Dra. Viviane Petinelli e Silva);

17h00: Associação Brasileira de Antropologia – ABA – (Expositoras: Dra. Lia Zanotta e Dra. Maria Porto);

17h20: Exposição conjunta de Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular, da Rede Feminista de Juristas – DEFEM, do Criola, do Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde (CFSS), do Grupo Curumim Gestação e Parto, e do Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA (Expositor(a) a ser indicado (a));

17h40: Women on waves (Expositoras: Dra. Rebecca Gomperts e Leticia Zenevich);

18h00: Centro de Reestruturação para a Vida (Expositora: Rosemeire Santiago);

18h20: Sociedade Brasileira de Bioética – SBB - (Expositores: Dr. Dirceu Bartolomeu Greco e Dr. Sérgio Tavares de Almeida Rego) e Instituto de Biodireito e Bioética – IBIOS (Expositores: Dra. Heloisa Helena Gomes Barbosa e Dr. Vitor Azevedo de Almeida Junior);

18h40: Espaço deliberativo e encerramento do primeiro dia.

Dia 06/08/2018

Manhã, das 08h40 às 12h50:

08h40: Abertura dos Trabalhos;

08h50: Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (Expositor: Prof. Hermes Rodrigues Nery);

9h10: Conferência Nacional dos Bispos - CNBB- (Expositores: Dom Ricardo

Hoerpers e Padre José Eduardo de Oliveira e Silva);

9h30: Conselho Nacional do Laicato do Brasil na Arquidiocese de Aracaju/SE – CONAL (Expositora: Sílvia Maria de Vasconcelos Palmeira Cruz);

9h50: Convenção Batista Brasileira (Expositor: Prof. Dr. Lourenço Stelio Rega);

10h10: Convenção Geral das Assembleias de Deus (Expositor: Douglas Roberto de Almeida Baptista);

10h30: Instituto de Estudos da Religião (Expositora: Lusmarina Campos Garcia);

10h50: Associação dos Juristas Evangélicos - ANAJURE- (Expositora: Edna Vasconcelos Zilli);

11h10: A União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP (Expositora: Dra. Angela Vidal Gandra Martins Silva);

11h30: Instituto Baresi (Expositora: Adriana Abreu Magalhães Dias); 11h50: Católicas pelo direito de decidir (Expositora: Dra. Maria José F. Rosado Nunes);

12h10: Defensoria Pública da União (Expositora: Defensora Pública da União Charlene da Silva Borges);

12h30: Espaço deliberativo.

Tarde, das 14h30 às 18h50:

14h30: Reabertura dos Trabalhos;

14h40: Conselho Nacional de Direitos Humanos (Expositora: Fabiana Galera Severo, defensora pública federal, representante da Defensoria Pública Federal no colegiado do Conselho);

15h00: CONECTAS Diretos Humanos (Expositora: Isabela Nogueira);

15h20: Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família (Expositor(a) a indicar);

15h40: Instituto Brasileiro de Direito Civil (Expositoras: Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos e Dra. Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira);

16h00: A Associação de Direito da Família e das Sucessões – ADFAS - (Expositora: Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva);

16h20: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Expositora: Dra. Eleonora Rangel Nacif);

16h40: Professora Dra. Janáina Paschoal, da Universidade de São Paulo – USP;

17h00: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por meio do núcleo

especializado na promoção dos direitos das mulheres – NUDEM-, em parceria com a Clínica de Litígios Estratégicos da FGV Direito SP (Expositora: Ana Rita Souza Prata);

17h20: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Expositora: Lívia Miranda Müller Drumond Casseres) e Clínica UERJ de Direitos (Expositora: Dra. Cristina Telles);

17h40: Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (Expositora: Dra. Camila Silva Nicácio);

18h00: Núcleo de Prática Jurídica em Direitos Humanos da USP – NJP-DH USP (Expositora: Lívia Gil Guimarães);

18h20: Espaço deliberativo e encerramento da audiência pública.

Embora um número considerável de participantes⁹, nessa decisão não constaram os pedidos de inscrição que foram indeferidos e não houve publicação posterior de uma lista separada contendo esses requerimentos, o que deveria ter sido feito, já que, segundo a própria ministra Rosa Weber, relatora da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 442/DF, o propósito da audiência pública é agregar, dialogicamente e de forma aberta aos atores externos da sociedade, o processo de coleta de informações técnicas e das muitas abordagens que a questão constitucional pode suscitar (BRASIL, 2018), de modo que a sociedade deveria conhecer aqueles que não foram admitidos a participar da audiência pública.

Aliás, a falta de uma regulação mais detalhada das audiências públicas no regimento interno do Supremo Tribunal Federal é um fator que pode contribuir para essa falta de transparência, pois parecem ser conduzidas de forma discricionária por cada ministro sem que haja um modelo normativo geral a ser seguido.

Ao justificar a técnica da audiência pública, a ministra Rosa Weber explicou que duas dimensões procedimentais devem ser observadas, das quais a primeira refere-se aos deveres impostos aos atores externos habilitados, que precisam apresentar argumentação objetiva e pontual, evitando-se discursos genéricos ou de replicação daqueles já sustentados no processo. A segunda dimensão, voltada ao Supremo Tribunal Federal, consiste no dever de consideração dos elementos argumentativos coletados na audiência, tanto na decisão “quanto no debate oral”, concluindo que a democracia “é desenvolvida e legitimada pelo caráter argumentativo das interpretações e razões públicas construídas como respostas para os problemas constitucionais controversos”. (BRASIL, 2018).

⁹Na data de 28 de junho de 2018, houve a publicação de uma retificação dos participantes da audiência, cuja errata está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF442Deciso.pdf>, acesso em 2 de fevereiro de 2021.

O teor da audiência pública na ADPF nº 442/DF foi objeto de transcrição integral pelo Supremo Tribunal Federal, possuindo, assim, todos os seus acontecimentos, presenças das autoridades, participações, intervenções, detendo o arquivo, no total, 626 páginas. (BRASIL, 2018).

No primeiro dia da audiência pública, na data de 3 de agosto de 2018, além dos atores externos, da vice-procuradoria-geral da república e da advocacia-geral da união, estiveram presentes, por parte do Supremo Tribunal Federal, a ministra Rosa Weber, que conduziu a audiência integralmente, a ministra Cármen Lúcia, então presidente da corte, que abriu a audiência pública e permaneceu por um período na parte da manhã, além do ministro Luís Roberto Barroso, que esteve na audiência durante todo o período da manhã, não se fazendo presente no período da tarde.

No segundo dia da audiência, na data de 6 de agosto de 2018, além dos atores externos, de representantes do ministério público federal e advogados, estiveram presentes, por parte do supremo tribunal federal, a ministra Rosa Weber, que conduziu a audiência e a ministra Cármen Lúcia, que abriu a audiência pública e permaneceu por um período na parte da manhã, como foi feito no dia anterior, além de uma breve participação do ministro Ricardo Lewandowski.

Assim, com exceção da ministra Rosa Weber, relatora da ADPF 442, que se fez presente durante toda a audiência pública, da ministra Cármen Lúcia, que, na qualidade, à época, de presidente da corte, fez-se presente na abertura dos dois dias da audiência e permaneceu por um determinado período pela parte da manhã, além do ministro Luís Roberto Barroso, que se fez presente durante todo o período da manhã no primeiro dia da audiência pública, e do ministro Ricardo Lewandowski que compareceu breve no segundo dia, nenhum outro ministro compareceu para escutar a sociedade.

A ministra Rosa Weber, por mais de uma vez, fez questão de enaltecer a importância do ato realizado e que, mesmo os demais ministros não comparecendo à audiência pública para ouvir as teses, contrapontos, pontos de vista abordados, por força de seus compromissos com os muitos processos que aportam no STF, posteriormente, receberiam todo o material gravado, razão pela qual teriam tempo suficiente para meditar sobre o seu conteúdo.

Ao final do primeiro dia da audiência pública, a ministra Rosa Weber pontuou expressamente o seguinte:

Eu agradeço, em nome do Supremo Tribunal Federal, em meu nome, aos expositores que, em suas manifestações - podem estar certos -, contribuíram, e muito, para as nossas reflexões, e terão todas as abordagens sobre as quais se manifestaram enfrentadas quando da decisão, por esta Suprema Corte, deste tema tão polêmico, tão sensível e tão difícil. (BRASIL, 2018).

Embora não se discuta a seriedade com que a ministra Rosa Weber conduziu a audiência pública, fato é que não se pode garantir que todas as abordagens serão levadas em consideração quando do julgamento se os outros ministros sequer participaram da audiência pública.

Além disso, segundo a experiência que se tem dos julgamentos referentes às outras audiências públicas já realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, com exceção do relator ou relatora do julgamento, as abordagens não costumam ser levadas em consideração pelos outros ministros, conforme nos mostra Thiago Luís Santos Sombra, que realizou estudo empírico sobre as audiências públicas realizadas pela suprema corte de nosso país:

Apesar de a Lei n. 9.868/1999, no § 1º do art. 9º, ter previsto a criação da figura das audiências públicas para que o STF pudesse “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (TUSHNET, 2015, p. 14), é incontestável, a partir dos dados empíricos obtidos, que a Corte se vale cada vez menos das informações de índole técnica em virtude de vícios argumentativos retóricos e de reiteradas práticas judiciais não submetidas a constantes revisões ou análises (SOBOTA, 1991, p. 47-48). Apesar de Mark Tus- hnet (2015, p. 15) se valer de uma fonte teórica secundária para afirmar que as audiências públicas parecem melhorar a qualidade da jurisprudência do STF, o estudo empírico revelou que o potencial desejado para se atingir esta conclusão ainda está abaixo do razoável. E, em virtude disso, os efeitos são diretamente sentidos pela qualidade da legitimidade das deliberações, marcadas por expressiva perda da racionalidade que poderia ser preservada e cultivada a partir dos dados obtidos nas audiências públicas (RODRIGUEZ, 2013, p. 93). Desse modo, não há como acreditar que a simples apresentação de dados e informações por parte dos representantes de entidades de classe, experts, membros da burocracia ou representantes da sociedade civil, os quais em geral são pouco considerados pelos ministros e seus votos, seja capaz de criar constrangimentos, mensuração de responsividade ou accountability em minipúblicos. (SOMBRA, 2017, pp. 265-266).

Não bastassem esses problemas que já estão sendo detectados por estudos mais recentes¹⁰, a própria forma como as audiências parecem ser conduzidas pelo Supremo Tribunal Federal deixa dúvida sobre a efetiva abertura da jurisdição constitucional, pois, no caso específico da audiência

¹⁰Nesse sentido também é válido mencionar a tese de doutorado intitulada *As audiências públicas em sede de controle concentrado de constitucionalidade: um estudo comparado entre as realidades brasileira e francesa à luz da teoria da democracia deliberativa*, de autoria de THIAGO, 2019.

pública realizada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 442/DF, não houve debate entre os participantes e nenhuma pergunta ou dúvida foram feitas pela ministra Rosa Weber, tanto que a ministra Cármen Lúcia, quando da abertura do segundo dia da audiência pública, disse expressamente que o momento era apenas de oitiva sem discussões ou debates. (BRASIL, 2018, pp. 297-298).

Se as abordagens realizadas na audiência pública da ADPF nº 442/DF serão, ou não, levadas em consideração pela relatora e pelos outros ministros quando do julgamento da ação e se haverá ganho de qualidade na deliberação é uma questão difícil de responder, mas, até o momento, pela forma como as audiências públicas vêm sendo conduzidas, o que se extrai do estudo de caso realizado neste texto, há sinais de que a falta de diálogo, de intervenções, de perguntas, de debates, de pedidos de esclarecimentos - somente foram admitidas perguntas ou pedidos de esclarecimentos de atores externos para atores externos -, são circunstâncias que evidenciam, a grosso modo, uma dificuldade da corte de se abrir para uma postura mais engajada e menos formal, com o intuito de colaborar para que o papel representativo possa ser efetivamente cumprido com uma verdadeira participação popular na jurisdição constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se antes a jurisdição constitucional foi idealizada para atuar como um legislador negativo, nos tempos atuais sua expansão é inegável, intervindo em diversos domínios da vida e, assim, criando a possibilidade de a sociedade civil, por meio de uma participação popular, sustentar seus pontos de vista de maneira a contribuir para que o julgamento seja não só com maior qualidade, mas, também, com legitimidade democrática.

Por tal razão é que vem se consolidando o entendimento de que a jurisdição constitucional, antes fechada no exame de textos legais, deve construir um local para incentivar a existência de um debate plural e igualitário como mecanismo de preservação do princípio democrático.

Mais do que somente permitir a participação popular, é necessário que a abertura seja dialógica; que todos os critérios adotados desde a convocação até o momento em que a audiência pública é finalizada sejam transparentes e objetivos; que todos os ministros da suprema corte se façam presentes às audiências públicas; que haja debate respeitoso entre todos os participantes, inclusive entre os ministros; que todas as dúvidas, pontos de vista, perguntas, pedidos de esclarecimento sejam feitas para ampliar a participação e, ainda, que todas as abordagens sejam levadas a sério no momento da deliberação pela suprema corte.

Embora o julgamento da ADPF nº 442/DF ainda não tenha sido realizado, do que se viu dos acontecimentos na audiência pública, ao menos até o momento, é a existência de uma apatia com que a corte se comporta, seja pela pouca presença de ministros, seja pela falta de debate entre os

participantes (atores externos), seja, ainda, pela inexistência de dúvidas, perguntas, pedidos de esclarecimento por parte da relatora da ação, ministra Rosa Weber.

O papel representativo é colocado em xeque e, enquanto não haja uma mudança efetiva por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas continuam sendo convocadas como peça de retórica para legitimar o princípio democrático.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. Companhia das Letras: São Paulo, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Apud VIEIRA; Oscar Vilhena; GLEZER; Rubens. A razão e o voto. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV Direito SP, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 22 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868/1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm, acesso em 27 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882/1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm, acesso em 27 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>, acesso em 29 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão de convocação de audiência pública**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioInterrupcaoGravidez.pdf>, acesso em 1º de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão com relação dos inscritos habilitados, data, ordem dos trabalhos e metodologia**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RelaoInscritosCronograma.pdf>, acesso em 2 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Retificação da decisão de habilitação dos expositores, ordem dos trabalhos e programação.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF442Deciso.pdf>, acesso em 2 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública. Interrupção voluntária da gravidez. ADPF 442.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>, acesso em 2 de fevereiro de 2021.

FONTELES, Samuel Sales. **A função iluminista dos tribunais constitucionais e o “heroísmo moral clarividente”: um contraponto ao empreendimento teórico de Luís Roberto Barroso.** MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Processo Constitucional.* Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, pp. 313-344.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais.** Belo Horizonte: editora Fórum, 2017.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LANDAU, David. **Constitucionalismo abusivo.** REJUR - Revista Jurídica da UFERSA. Mossoró. V. 4. n. 7; 2020.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF. Poderes, pactos e impactos para a democracia.** São Paulo: Saraivajur/série IDP: São Paulo, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

MENDONÇA, Eduardo. **A jurisdição constitucional como parte de um ciclo institucional de decisão democrática.** VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. *A razão e o voto. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso.* São Paulo: FGV Direito SP, 2017.

ORTEGA, Roberto Niembro. **La Justicia constitucional de la democracia deliberativa.** Marcial Pons: Buenos Aires, 2019.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** São Paulo: Martins fontes, 2020.

SCHIMITT, Carl. **O Guardião da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação.** São Paulo: Revista Direito GV. Vol. 13. Nº 1, jan-abr de 2017.

THIAGO, Tainah Simões Sales. **As audiências públicas em sede de controle concentrado de constitucionalidade: um estudo comparado entre as realidades brasileira e francesa à luz da teoria da democracia deliberativa.** Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará,

Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Orientação: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.

VOBKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo**. Saraivajur/série IDP: São Paulo, 2020.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el congreso y en los tribunales**. Siglo Veintiuno: Buenos Aires, 2018.

A NECROPOLÍTICA DO ESTADO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA ENTRE OS POVOS INDÍGENAS

Bruno Ferraz Pêgo¹

Marcelo Brito²

RESUMO: A pandemia do coronavírus tem feito vítimas entre povos indígenas das mais diversas etnias no Brasil. Problemas centenários que esses povos já enfrentavam no cotidiano se aprofundaram ainda mais com o acometimento do vírus em suas terras. O Estado brasileiro, que tem o dever moral e legal de proteger seus direitos mais elementares, vem, no entanto, atuando de maneira negligente e consciente, relegando os povos indígenas às margens da sociedade, negando-lhes assistência durante a pandemia, conferindo-lhes o *status* de “mortos-vivos”, em uma verdadeira necropolítica, seguindo o conceito introduzido por Achille Mbembe.

Palavras-chave: Pandemia; Povos indígenas; Necropolítica.

ABSTRACT: The coronavirus pandemic has claimed victims among indigenous peoples of the most diverse ethnic groups in Brazil. Centuries-old problems that these people already faced in their daily lives have deepened even more with the virus in their lands. The Brazilian State, which has the moral and legal duty to protect their most basic rights, has, however, been acting in a negligent and conscious manner, relegating indigenous peoples to the margins of society, denying them assistance during the pandemic, giving them the status of the "living dead", in a veritable necropolitics, following the concept introduced by Achille Mbembe.

Keywords: Pandemic; Indigenous peoples; Necropolitics.

1. INTRODUÇÃO

Em meio à pandemia do novo Coronavírus muitas questões se evidenciam como a postura do Estado brasileiro em relação aos povos indígenas. A pandemia já acarretou a morte de mais de 350 mil pessoas no Brasil e o país que conta com mais de 13 milhões de infectados, segundo dados do Ministério da Saúde (2021). A situação se agrava em razão dos baixos investimentos em saúde pública e da gestão das ações de enfrentamento ao vírus pelo Poder Público durante esse período,

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros.

² Professor da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Mestre em desenvolvimento social - UNIMONTES

especialmente quanto aqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social, como é o caso dos indígenas, quilombolas e diversos povos e comunidades tradicionais.

O objetivo central do presente trabalho é abordar a forma como o Estado brasileiro tem agido com os povos indígenas no contexto da pandemia, analisando a aplicação do conceito de necropolítica. Assim, procura-se elucidar como a política de morte foi institucionalizada no Brasil e continua sendo manejada para dizimar determinada parcela da população, vista como um atraso ao desenvolvimento capitalista nacional.

Para tanto, a aplicação do conceito de “Necropolítica”, desenvolvido pelo filósofo camaronês Achille Mbembe, torna-se fundamental, a fim de se estabelecer uma relação mais lúcida e prática entre os ensinamentos do filósofo e sua aplicação nas relações entre o Estado brasileiro e os povos originários.

A relevância do tema reside na necessidade de analisar a situação de vulnerabilidade que se encontram os povos indígenas do Brasil, agravada durante a pandemia do Coronavírus, e o papel do Estado brasileiro. Faz-se necessário tratar a situação em que se encontram esses povos não como um sintoma natural do desenvolvimentismo, mas como uma racionalidade de Estado, como política institucionalizada, que tem mostrado sua face ao longo da pandemia.

Nesse sentido, analisou-se o tratamento violento recebido pelos povos originários no período colonial através da brutalidade e transmissão de doenças por parte dos invasores europeus, bem como a atuação do Poder Público para perpetuar essa situação durante a pandemia do COVID-19 no Brasil. No mais, buscou-se fazer uma análise da estratégia necropolítica do Estado do “não enfrentamento” à pandemia, não só negando o direito à saúde aos povos indígenas, mas também pelo não reconhecimento de suas culturas, seus territórios, sua autodeterminação, sua reprodução social e econômica e seu acesso às políticas públicas.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE NECROPOLÍTICA EM ACHILLE MBEMBE

Achille Mbembe, filósofo, historiador e professor camaronês, propõe uma espécie de complementação ao que Michel Foucault chamou de biopoder e biopolítica. Mbembe acredita que os termos apresentados pelo filósofo francês são insuficientes para explicar a soberania e as formas de poder que subjagam a vida ao poder da morte (2016). O camaronês, portanto, escreveu o ensaio intitulado “Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte”, publicado pela primeira vez no ano de 2003, em que acrescenta à discussão apresentada por Foucault como se dá a organização da morte, das formas de morrer de do desaparecimento dos corpos pelo Estado.

Para além do entendimento de Foucault, Mbembe entende que o ato de gerir populações não se limita a controlar todos os aspectos da vida dos indivíduos através de técnicas, conhecimentos e instituições. O exercício da soberania pelo Estado se dá através da gestão da morte, do poder de definir quem é descartável para ser morto ou deixado à mercê para morrer, sem merecer a experiência do luto, da dor, da visibilidade. A função primordial do Estado que exerce a necropolítica, portanto, é usar o poder da violência e da construção do consenso para organizar uma guerra civil não declarada contra uma parcela da população, como se lutasse contra um inimigo externo (MBEMBE, 2016).

Para o filósofo camaronês, a forma mais crua de expressão da necropolítica se dá nas sociedades coloniais.

Em suma, as colônias são zonas em que guerra e desordem, figuras internas e externas da política, ficam lado a lado ou se alternam. Como tal, as colônias são o local por excelência em que os controles e as garantias de ordem judicial podem ser suspensos – a zona em que a violência do estado de exceção supostamente opera a serviço da “civilização” (MBEMBE, 2016, p. 133).

Na visão do colonizador, estando diante de uma “vida selvagem” desprovida de qualquer fator humano e vínculo em comum, impera o direito de matar em nome do avanço civilizatório, vez que a ausência de um Estado moderno na colônia implica também na ausência de leis e garantias fundamentais (MBEMBE, 2016, p.133).

No intuito de legitimar a política de morte (necropolítica), os Estados contemporâneos se utilizam dos instrumentos do biopoder, como o racismo, para promover o medo e a sensação geral de insegurança, subjugando certos grupos e tratando-os como culpados pelo caos social, e assim instaurando regimes de emergência alimentados pelas relações de inimizades. Dessa forma, grupos da sociedade conferem ao Estado soberano o direito de dizer quem deve morrer e quem deve viver, a fim de garantir a ordem e a segurança. O Estado pode, assim, se transformar em uma “máquina de guerra” (MBEMBE, 2016, p.140), ou simplesmente financiar grupos não-estatais para exercer essa função com todo respaldo estatal, como as milícias (especialmente no meio urbano) e os jagunços (no meio rural). Nas palavras de Mbembe (2016, p.146), “armas de fogo são implantadas no interesse da destruição máxima de pessoas e da criação de “mundos de morte”.

A necropolítica, portanto, enquanto racionalidade de Estado, permite que este utilize das armas que tem para converter parcela da população “a condições de vida que lhes conferem o status de 'mortos-vivos'” (MBEMBE, 2016, p.146).

A forma como o Poder Público trabalha no Brasil a fim de manter determinada parcela da

população invisíveis e vulneráveis, como a população negra, os moradores de rua e os povos originários se enquadra no conceito de necropolítica trazido pelo filósofo camaronês.

3.A SITUAÇÃO ENFRENTADA PELOS POVOS INDÍGENAS DURANTE A PANDEMIA

A pandemia do Coronavírus impôs a necessidade de se adotar medidas extremamente restritivas em todo o mundo, como o isolamento social, confinando indivíduos em suas casas, a fim de conter a propagação do vírus. Em razão dos números alarmantes, especialmente no Brasil, a população vive sob um clima de tensão constante pelo medo da morte, da perda de familiares, ou de não receberem o tratamento necessário devido à superlotação dos hospitais.

Tal contexto pode ser completamente novo e imprevisível para quem vive em uma sociedade moderna construída sob a égide do eurocentrismo, mas os povos indígenas brasileiros enfrentam doenças que os dizimam há mais de quinhentos anos.

O massacre dos povos originários do Brasil pelo colonizador europeu desde sua invasão ao litoral brasileiro é ilustrado pelos números: em 1500, a população indígena brasileira era de aproximadamente 3 milhões de habitantes. Em 70 anos de colonização esse número foi reduzido para cerca de 1,2 milhões, menos da metade do que havia quando os portugueses desembarcaram. Em 1957 foi registrado o patamar mais crítico, apenas 70 mil indígenas no Brasil, segundo dados publicados pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI (2013).

De acordo com o último Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizado em 2010, a população originária brasileira conta com cerca de 896 mil habitantes, sendo que 379 mil vivem fora das terras indígenas, seja na área rural ou urbana. O próprio Instituto explica que esse expressivo aumento populacional não poderia ser compreendido apenas como um efeito demográfico (ou seja, devido à mortalidade, natalidade e migração), mas a um possível crescimento no número de pessoas que se reconheceram como indígenas, principalmente nas áreas urbanas do país (IBGE, 2010).

As armas de extermínio mais eficientes utilizadas pelos invasores, no entanto, não foram espadas e canhões, mas bactérias e vírus. “Os europeus traziam, como pragas bíblicas, a varíola e o tétano, várias enfermidades pulmonares, intestinais e venéreas, o tracoma, o tifo, a lepra, a febre amarela, as cáries que apodreciam as bocas”, como escreveu o autor uruguaio Eduardo Galeano (2012, p.22).

As explicações do antropólogo Darcy Ribeiro dizem respeito aos tempos coloniais, mas podem também ser refletidas no atual contexto:

Em cada século e em cada região, tribos indígenas virgens de contato e indenes de contágio foram experimentando, sucessivamente, os impactos das principais compulsões e pestes da civilização, e sofreram perdas em seu montante demográfico de que jamais se recuperaram. O efeito dizimador das enfermidades desconhecidas, somado ao engajamento compulsório da força de trabalho e ao da deculturação, conduziram a maior parte dos grupos indígenas à completa extinção (RIBEIRO, 2015, p.108).

Os efeitos da pandemia do novo coronavírus nos territórios indígenas já se revelam impactantes. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) calcula mais de 50 mil indígenas infectados pelo novo coronavírus e 1.039 mortos, afetando pelo menos 163 povos (APIB, 2021).

A exposição ao vírus tem grandes chances de acarretar graves problemas para os povos indígenas. Em estudo realizado por pesquisadores do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM) e da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB) em 2020, foi divulgado que a taxa de mortalidade pelo coronavírus entre indígenas é 150% mais alta do que a média brasileira, e o risco de disseminação em toda a comunidade é muito alto. Além disso, não é oferecido pelo sistema de saúde pública do Brasil um tratamento adequado e digno que respeite suas tradições e seus modos de ser.

É o caso, por exemplo, do que ocorreu com três mães indígenas da etnia Yanomami, residentes na aldeia localizada em Roraima. Segundo Brum (2020), em maio de 2020, as três mães e seus bebês foram levados a um hospital na capital roraimense com suspeitas de pneumonia. Lá, as três crianças acabaram sendo contaminadas pelo Covid-19, e morreram. Não bastasse a dor de perder seus filhos, os corpos das crianças desapareceram. Ninguém lhes dava informação, situação ainda mais agravada pelo fato de não falarem a língua portuguesa, mas somente a língua da etnia. Seus filhos haviam sido enterrados em um cemitério municipal. Ocorre, no entanto, que os Yanomami estão entre as etnias indígenas brasileiras mais apegadas às tradições ancestrais, e um Yanomami nunca, sob hipótese alguma, é enterrado. É necessário que toda a comunidade participe da cremação dos corpos dos mortos para que, meses depois, as cinzas sejam diluídas em mingau de banana e se dissipe nos corpos dos vivos. Se isso não ocorre, a comunidade está condenada ao luto eterno. Enterrar o morto é, portanto, uma das maiores crueldades que se pode fazer com um indígena da etnia Yanomami.

Assim, a crise sanitária tem ameaçado não só a saúde dos povos originários, mas também seus territórios, suas memórias, suas lideranças, e com elas saberes e modos de viver seculares.

4.A NECROPOLÍTICA DO ESTADO BRASILEIRO NO COMBATE AO CORONAVÍRUS ENTRE OS POVOS INDÍGENAS

A atuação do Estado brasileiro durante a pandemia, levado a cabo pelo governo federal, reflete a concretização do projeto necropolítico em relação aos povos indígenas.

As frentes de gestão necropolítica adotadas pelo Estado brasileiro para exterminar os povos indígenas e outros grupos tradicionais que “atrapalham” o desenvolvimento econômico nacional, embora se relacionem diretamente, podem ser mais bem visualizadas se divididas da seguinte maneira: 1) a morte pela aculturação; 2) por negação ao direito à terra; 3) por abandono de políticas públicas.

4.1 PRODUÇÃO DA MORTE SILENCIOSA POR ACULTURAÇÃO

O conceito de aculturação adotado nesse artigo segue a linha de entendimento do antropólogo Eduardo Galvão (1979), que explica que a interação cultural decorrente do contato entre colonizador e os povos nativos não se deu através da troca pacífica de conhecimentos e experiências que viriam a originar mudanças em ambos os modos de ver e viver. Na verdade,

O processo aculturativo cedo deixou de ser bilateral, para um outro, impositivo do luso-brasileiro para o índio, acentuando-se mais e mais a clivagem social e a superação dos mecanismos de autodeterminação tribal, por outros que evidenciam franca dominância do colono (GALVÃO, 1979, p.268)

Importa adotar esse entendimento do processo de aculturação no Brasil para que se possa entender como o poder público brasileiro ainda não aceita a existência de outra forma de ser e viver que não aquela imposta pelo colonizador europeu. Isso pode ser visualizado na fala do ex-presidente da ditadura militar brasileira, Ernesto Geisel, ressaltada por Darcy Ribeiro (2015, p. 91-93) em um de seus escritos:

'Por que esses índios se mantêm nessa mania de serem índios? Meu pai e minha mãe são alemães. Eu falei só alemão até os 12 anos de idade e hoje sou um brasileiro. Esses índios teimam em ser índios, provavelmente porque são induzidos a isso pelos missionários e pelos funcionários do serviço de proteção'.

Em 2017, o atual Presidente da República (à época candidato ao cargo), Jair Bolsonaro, declarou em uma palestra que “o afrodescendente mais leve lá (no quilombo em que esteve) pesava sete arrobas”. Afirmou ainda que os quilombolas “não fazem nada, [...] não servem nem para procriar” (Congresso em Foco, 2017).

As falas do ex-ditador Geisel e do atual Presidente da República ilustram a dificuldade ou simples falta de interesse do homem branco em respeitar e reconhecer a existência de culturas diversas que não compartilham da mesma visão eurocêntrica de civilização e desenvolvimento que ele. O homem dito “civilizado” normalmente não aceita a possibilidade de existir outras maneiras de organização social que não são fundadas na lógica da acumulação primitiva de capital, concentração de terras e degradação ambiental.

Ocorre, no entanto, que não faltam disposições na Constituição Federal de 1988 que impõem ao Estado o dever de assegurar e promover o direito dos povos e comunidades tradicionais de exercerem e reproduzirem suas práticas, conhecimentos, crenças e tradições. Tais disposições se iniciam nos princípios fundamentais da República, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º – III); como objetivo a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º – IV); e como princípios que regem suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos (art. 4º – II) e o repúdio ao racismo (art. 4º – VIII). Passam ainda pelos direitos fundamentais do artigo 5º, como a “inviolável liberdade de consciência e de crença” (IV) e a livre expressão de atividade intelectual e artística (IX) (BRASIL, 2018).

O artigo 215 da Constituição Federal de 1988 prevê o dever do Estado de garantir a todos “o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”, além de apoiar e incentivar “a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Mais especificadamente, aduz o §1º do referido artigo que cabe ao Estado proteger “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (BRASIL, 2018).

Apesar do dever constitucional expresso de proteção à pluralidade de origens e expressões dos grupos étnicos tradicionais, o Estado sempre se utilizou de suas forças para oprimir e deslegitimar as manifestações culturais que compõem o patrimônio cultural brasileiro.

Segundo dados publicados pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI (2001) mais de 1.470 etnias indígenas foram extintas desde a invasão europeia às terras brasileiras. O último Censo do IBGE (2010) revelou a existência de somente 305 etnias diferentes, além de 274 línguas indígenas, quantidade menor do que as 1.500 línguas que existiam no Brasil de 500 anos atrás.

Nesse processo de aculturação Galeano (2012, p.51) explica que

A expropriação dos indígenas – usurpação de suas terras e de sua força de trabalho – foi e é simétrica ao desprezo racial, que por sua vez se alimenta da objetiva degradação das civilizações destruídas pela conquista. Os efeitos da conquista e todo o ulterior e longo tempo de humilhações despedaçaram a identidade cultural e social que os indígenas tinham alcançado.

Essa dissolução étnica decorrente da violência cultural promovida pelo Estado teve variações ao longo da história, mas sempre esteve presente. A necessidade de integração do indígena, dos quilombolas e dos povos tradicionais ao poder político de tomada de decisões e ao amparo estatal das políticas públicas não deve, jamais, se confundir com assimilação cultural, ou seja, com a renúncia de suas formas de ser e viver.

O Plano Nacional de Imunização (PNI) contra a covid-19, elaborado pelo governo federal, abrange tão somente 413.739 (quatrocentos e treze mil e setecentos e trinta e nove) indígenas, dos 896 mil que vivem no país. O Plano prioritário exclui mais da metade da população indígena do Brasil por reconhecer somente os indígenas “aldeados”, ou seja, que vivem em áreas rurais reconhecidas pelo governo, terras demarcadas (BRASIL, 2021).

A negação ao acesso emergencial à saúde dos povos indígenas, especialmente os mais invisibilizados pelo Estado brasileiro - aqueles que vivem em áreas rurais não demarcadas ou no meio urbano –, reforça o estereótipo racista que só reconhece como indígena aqueles que vivem em aldeias rurais, sem roupas “sociais” e que não falam português fluentemente. O presidente do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, Dom Roque Paloschi, a esse respeito expõe:

“O critério adotado demonstra racismo institucional, uma vez que define como indígenas apenas povos que vivem em aldeias de terras indígenas homologadas, ignorando os povos que vivem em contexto urbano que, segundo dados do Censo IBGE, de 2010, são cerca de 46% da população indígena no Brasil. O termo usado pelo ministro da Saúde, 'indígenas aldeados', nos remete ao período da ditadura militar que representa uma discriminação, onde o governo pretende definir de forma arbitrária quem é e quem não é índio, estabelecendo assim um conflito com a Constituição Brasileira, com os marcos legais nacionais e internacionais, e com o Movimento Indígena. O Censo populacional de 2010 indica a existência de quase 900 mil indígenas no Brasil. O Plano Nacional de Vacinação, portanto, precisa reconhecer o total desse grupo prioritário e alcançá-lo em sua totalidade.” (COLLET, 2021).

Mais um capítulo desse etnocídio histórico praticado pela máquina mortífera do Estado brasileiro contra os povos indígenas aconteceu no dia 17 de fevereiro deste ano. Nesta data, morreu em Roraima o Aruká Juma, contaminado pelo Coronavírus. Aruká era o último homem até então sobrevivente da etnia Juma, uma das mais antigas do Brasil. Foi um dos pouquíssimos sobreviventes do massacre sofrido pelo povo Juma em 1964, quando cerca de 60 indígenas foram brutalmente assassinados por jagunços impunes que relataram atirar nos indígenas Juma “como se atirassem em macacos” (GORTÁZAR, 2021).

O Estado brasileiro matou Aruká Juma, pois, ciente das vulnerabilidades dos povos indígenas e da alta taxa de mortalidade entre eles quando acometidos pelo vírus, pouco ou nada fez para garantir seu direito fundamental à saúde. Com ele todos os costumes, as línguas, as tradições, os saberes centenários de todo um povo morreram. A irreparável morte de Aruká praticamente não foi repercutida, nenhum integrante do governo federal lamentou ou sequer se manifestou a respeito.

A aculturação violenta e impositiva mata, adocece, extermina línguas, etnias, visões de mundo, saberes milenares. O desenvolvimentismo vazio e ganancioso o qual o Brasil está fundado nunca levou em conta a participação colaborativa dos povos indígenas e demais povos e comunidades tradicionais e seus apurados conhecimentos acerca da agricultura, da pesca, da astrologia e da sustentabilidade. O Estado brasileiro tem historicamente aculturado, silenciado e invisibilizado os povos indígenas.

4.2 PRODUÇÃO DE MORTE PELO NEGAÇÃO DO DIREITO À TERRA

A CF/88 trata sobre o direito indígena às terras tradicionais no *caput* do art. 231 e seus parágrafos:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

[...]

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

[...](BRASIL, 2018).

Nota-se que o legislador constituinte não se ocupou em simplesmente garantir aos povos indígenas um lugar qualquer para morarem, mas condições necessárias para viverem social, cultural e economicamente. Isso porque o valor dado a terra pelos povos indígenas e demais povos e comunidades tradicionais não se limita ao quesito econômico ou para a moradia. Para eles, o espaço geográfico tem valor ancestral, sentimental, valor de pertencimento, pois é naquele determinado território, rio, bioma que enraizaram seus costumes, crenças, valores e conhecimentos.

O direito à terra pode ser considerado o mais elementar para os povos indígenas. É o direito que gera direitos. A falta de acesso à terra que lhes pertence afeta diretamente a sua dignidade humana, pois impossibilita a reprodução cultural, social e econômica da comunidade.

Os interesses econômicos da elite colonial foram responsáveis pela expulsão violenta dos povos originários de suas terras e até hoje busca impedi-los de acessar o que sempre lhes pertenceu. Como explica Silva (2018), durante o período colonial o regime de sesmarias foi a estratégia fundiária e econômica utilizada pela Coroa portuguesa consistente em doação de terras públicas para administração de particulares, visando facilitar a ocupação e colonização do extenso território brasileiro. Para a Coroa, as terras indígenas eram devolutas e atrapalhavam a exploração dos recursos naturais, sendo também incluídas no regime de sesmarias. Assim, “dos primeiros anos da colonização até a Lei de Terras (séculos XV-XIX) ocorre uma destruição radical das populações originárias, bem como a dispersão e diversas formas de migrações compulsórias, produto da expulsão de seus territórios” (SILVA, 2018, p.484).

A derrocada do regime de sesmarias se deu principalmente pelos inúmeros casos de fraudes que beneficiaram os posseiros irregulares.

Tendo sido concebida para solucionar questões peculiares ao reino português de fins do século XIV, a aplicação da lei das sesmarias no extenso e inexplorado território da colônia brasileira, não obstante as reiteradas tentativas de adaptação às condições aqui vigentes, resultou no uso mais ou menos generalizado da posse como recurso de acesso à terra, que culminou, por sua vez, com a suspensão das concessões de terras em sesmaria, em 1822. Até a promulgação da lei de terras, ocorrida em 1850, a posse manteve-se como expediente isolado de apropriação privada das terras públicas. (NOZOE, 2006, p. 589)

O advento da Lei de Terras em 1850 transformou as terras públicas concedidas por sesmarias e apossadas irregularmente pela elite econômica e política em propriedades particulares. Já as terras que não estavam sob domínio de particulares integraram o patrimônio do Estado e só poderiam ser passadas para particulares através da compra, política clara de concentração de terras nas mãos de quem detém a superioridade financeira. Dessa forma, ficava completamente inviável a aquisição de terras por indígenas, quilombolas e pequenos agricultores. Nas palavras de Prioste (2018, p. 242):

O bloqueio racista e de classe social no acesso à terra está bem exposto na Lei de Terras de 1850. A venda de terras públicas tinha um preço estipulado em patamar mínimo que não impedisse a compra pelas elites nacionais, ou por imigrantes europeus que tivessem capital para investir no Brasil. E os recursos arrecadados com a compra de terras deveriam ser destinados à importação e mão-de-obra europeia para substituir o trabalho escravo negro pelo trabalho assalariado branco europeu, numa nítida política racista de embranquecimento [...]

Ao longo do século XX o governo brasileiro pouco fez para mitigar as consequências deixadas pela política econômica e fundiária dos séculos anteriores. Na realidade, continuou sendo conivente com as violações dos direitos territoriais dos povos e comunidades tradicionais, isso quando não foi/é o próprio autor da violência.

O maior exemplo disso são as denúncias a respeito das violações dos direitos dos povos indígenas durante o regime de ditadura militar, publicizadas pela Comissão Nacional da Verdade em 2014. Sob o slogan “Brasil: ame-o ou deixe-o”, o regime ditatorial ficou marcado pelo alto investimento em infraestrutura para modernizar o país, a custo de muita violência. As obras faraônicas, legados

desse período truculento, foram construídas em cima de várias terras indígenas e quilombolas, gerando não só a expulsão dos povos originários de seus territórios, mas a extinção de várias etnias e vidas, tanto por fuzis quanto por doenças fatais, fato semelhante ao que ocorreu ao longo dos séculos de colonização. O endurecimento da política indigenista no período ditatorial é assim relatado:

O ano de 1968, na esteira do endurecimento da ditadura militar com o AI-5, marca o início de uma política indigenista mais agressiva – inclusive com a criação de presídios para indígenas. O Plano de Integração Nacional (PIN), editado em 1970, preconiza o estímulo à ocupação da Amazônia. A Amazônia é representada como um vazio populacional, ignorando assim a existência de povos indígenas na região. A ideia de integração se apoia em abertura de estradas, particularmente a Transamazônica e a BR 163, de Cuiabá a Santarém, além das BR 174, 210 e 374. A meta era assentar umas 100 mil famílias ao longo das estradas, em mais de 2 milhões de quilômetros quadrados de terras expropriadas. Na época, o ministro do Interior era o militar e político José Costa Cavalcanti, um dos signatários do AI-5, [...] declara que a Transamazônica cortaria terras de 29 etnias indígenas, sendo 11 grupos isolados e nove de contato intermitente – acarretando em remoções forçadas. Para a consecução de tal programa, a Funai, então dirigida pelo general Bandeira de Mello, firmou um convênio com a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) para a “pacificação de 30 grupos indígenas arredios” e se tornou a executora de uma política de contato, atração e remoção de índios de seus territórios em benefício das estradas e da colonização pretendida (BRASIL, 2014, p. 209).

Em uma ditadura, a necropolítica do Estado é regra. No caso brasileiro, o extermínio dos povos indígenas e a extorsão de suas terras se deram não somente pela truculência dos militares que invadiram inúmeras aldeias – como conta o relatório de Violações aos Direitos Humanos dos Povos Indígenas, da Comissão Nacional da Verdade (2014) -, mas também pela ação e omissão dos membros designados para proteger esses povos, os próprios funcionários da Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

A partir do processo de redemocratização, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT representam marcos de mudanças a respeito dos territórios dos povos e comunidades tradicionais no Brasil.

A importância do processo de demarcação de terras tradicionais se dá pela necessidade de se garantir aos povos originários o acesso às terras que já lhes pertenciam, através de estudos complexos e detalhados a respeito da cultura, história e forma de organização social e econômica da comunidade e sua relação com o território em questão. Não basta, assim, simplesmente doar qualquer pedaço de terra para satisfazer o direito, mas de garantir à comunidade a terra a qual possui vínculo histórico-cultural, o espaço físico conquistado há décadas ou séculos por seus ancestrais, onde mantém viva a memória destes, possibilitando sua reprodução sustentável de geração em geração (SILVA, 2018).

Enquanto o Estado não cumpre seu dever de demarcar as terras e proteger os povos tradicionais, o avanço capitalista de exploração predatória dos campos que visa investir em grandes empreendimentos - como barragens, exploração de madeira, de minério, hidrelétricas – continua sendo uma grave ameaça de expropriação das terras de indígenas, quilombolas, e diversas comunidades tradicionais rurais.

A concentração de terras nas mãos das classes economicamente poderosas, a monocultura e utilização massiva de agrotóxicos (o Brasil é o líder mundial nesse quesito) fazem do país o terceiro maior exportador de produtos agrícolas. Em 2020, o Produto Interno Bruto (PIB) do agronegócio chegou a R\$ 2 trilhões (WALENDORF, 2019), mas o que chega às terras dos povos e comunidades tradicionais é o terror, medo, fazendeiros armados, jagunços e incêndios criminosos. Como escreve Galeano (2012, p.50), “quanto mais ricas são essas terras virgens, mais grave se torna a ameaça que pende sobre suas vidas; a generosidade da natureza os condena à espoliação e ao crime”.

Em abril de 2020, na reunião ministerial do governo federal o Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, afirmou que a pandemia do Coronavírus que assola o país é uma “oportunidade” para “ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas [ambientais]” (ALESSI, 2020). O Ministro ainda falou que, como as atenções estão voltadas para a crise sanitária, deveriam aproveitar a oportunidade “que a imprensa (...) está dando um pouco de alívio nos outros temas (...) e passar as reformas infralegais de desregulamentação”. No mesmo mês, Salles exonerou dois fiscais do Ibama que chefiaram uma operação contra o garimpo ilegal em terras indígenas, após reportagem exibida no programa Fantástico, da TV Globo (2020).

Os povos indígenas têm sofrido muito com a diminuição da atuação dos órgãos ambientais de fiscalização, sendo detectado uma explosão do desmatamento em terras indígenas durante a pandemia, atingindo um aumento de até 800% em determinados lugares, segundo pesquisa publicada no ano passado pelo Instituto Socioambiental (2020). A invasão de grileiros, garimpeiros, madeireiros, fazendeiros, jagunços etc. em terras indígenas tem sido uma porta de entrada para o Coronavírus nas aldeias e tribos isoladas.

É possível constatar que de forma reiterada é negado aos povos originários seu direito mais elementar: a terra. O direito que gera direitos. Sem ela, não há dignidade. Essa violência parte não só de particulares interessados em se apropriar das terras alheias, mas principalmente do Estado necropolítico que expulsa aqueles que não se identificam com o estilo de viver e ser do restante da sociedade, seja diretamente através de forças armadas, seja pelo discurso anti-demarcação, seja pela omissão e baixa destinação orçamentária para titulação de terras, ou pela impunidade aos particulares que se utilizam da força e do terror para matar e roubar povos praticamente indefesos.

4.3 O ABANDONO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma das maneiras mais eficientes de criar condições de vida que submetem os povos e comunidades tradicionais ao *status* de “mortos-vivos”, adotando o conceito de Mbembe (2016), é através da manutenção desses povos em sua invisibilidade, não só pela aculturação e pela negação do acesso à terra, mas pelo total abandono das políticas públicas conferidas ao restante da população. O Brasil tem abandonado os vulneráveis a suas vulnerabilidades.

Diante de uma crise sanitária sem precedentes em razão da pandemia do novo coronavírus, observa-se a ausência ou pouca efetividade de políticas públicas voltadas especificamente para a população indígena.

Após mais de três meses de tramitação, o Projeto de Lei 1.142/2020 - que prevê medidas de prevenção social e apoio às demandas dos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais no contexto de pandemia no Brasil – foi sancionado pelo Presidente Jair Bolsonaro com vinte e dois vetos, dentre eles a obrigação de o governo garantir a esses povos acesso à água potável; distribuir gratuitamente materiais de higiene, limpeza e de desinfecção; ofertar emergencialmente leitos hospitalares e de terapia intensiva; e comprar ventiladores e máquinas de oxigenação sanguínea (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Embora o projeto de socorro aos povos tradicionais tenha sido o mais vetado entre todos os projetos emergenciais durante a crise sanitária, a sua conversão na Lei 14.021/2020 representa uma importante medida legislativa protetora dos direitos básicos dessa parcela da população brasileira, pois vários problemas que os povos indígenas e outras comunidades tradicionais já enfrentavam diariamente como precariedade de acesso à água, ao saneamento básico, às políticas públicas e a garantia dos seus direitos fundamentais se aprofundaram desde o acometimento da pandemia do Coronavírus (MOREIRA; DIAS, 2020).

Os vetos, que foram em sua maioria derrubados pelo Congresso Nacional, representam a necropolítica, a produção da morte de um Estado que dolosamente impede que esses povos tenham acesso às políticas públicas conferidas ao restante da população, essenciais para sobreviverem.

Os povos e comunidades tradicionais raramente são pauta das discussões de políticas públicas no Brasil, exceto quando o assunto é a retirada de seus direitos.

5. CONCLUSÃO

A gestão da pandemia do Coronavírus por parte do Poder Público representa mais um capítulo da história brasileira em que povos inteiros são submetidos à condição de “mortos-vivos” por meio de diversas armas, como: a disseminação de doenças fatais sem a prestação segura de serviços de saúde; assassinatos e uso da violência física, seja direta (como no período colonial e na ditadura militar) ou indiretamente (através da “vista grossa” e impunibilidade a criminosos); a aculturação imposta, obrigando os indígenas a renunciarem seus modos de ser e viver e se transformarem em “cidadãos brancos comuns”; a não demarcação e a invasão de suas terras; e o completo abandono das políticas públicas, fazendo com que os mais vulneráveis sejam deixados a suas vulnerabilidades.

O elevado número de indígenas infectados e mortos pela COVID-19 escancara o descaso intencional do Estado brasileiro frente a esses povos, se transformando em uma “máquina de guerra” que se utiliza de suas armas para criação de verdadeiros “mundos de morte”. Essa destruição máxima racional da população indígena do Brasil se trata de uma necropolítica, um grande exemplo do conceito encabeçado e introduzido por Achille Mbembe (2016).

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. Salles vê “oportunidade” com coronavírus para “passar de boiada” desregulação da proteção ao meio ambiente. *El País*. São Paulo, 22 maio 2020. Disponível em <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-22/salles-ve-oportunidade-com-coronavirus-para-passar-de-boiada-desregulacao-da-protecao-ao-meio-ambiente.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

APIB. Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. **Panorama geral da Covid-19**. Disponível em: <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados_covid19/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BOLSONARO: “Quilombola não serve nem para procriar”. **Congresso em Foco**. Brasília (DF), 05 abr. 2017. Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/bolsonaro-quilombola-nao-serve-nem-para-procriar/>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BOLSONARO sanciona com vetos lei para proteger indígenas durante pandemia. **Agência Senado**. Brasília (DF), 08 jul. 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/08/bolsonaro-sanciona-com-vetos-lei-para-proteger-indigenas-durante-pandemia>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Violações de direitos humanos dos povos indígenas.

In: BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade: volume II, textos temáticos**. Brasília (DF): CNV, p. 209, dez. 2014. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202-%20-%20Texto%205.pdf>> .

Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988**. 53. ed. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. **Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> . Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **Povos indígenas, quem são**. 12 nov. 2013. Disponível em <<https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020**. Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14021.htm>. Acesso em: 28 fev. de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Boletim Epidemiológico Especial: Doença pelo Coronavírus COVID-19 nº 58**. Brasília (DF). 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/abril/16/boletim_epidemiologico_covid_58-1.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Plano nacional de operacionalização da vacinação contra a COVID-19**. 5. ed. Brasília (DF): 29 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/centrais-de-conteudo-corona/plano-nacional-de-operacionalizacao-da-vacinacao-contr-a-covid-19-5a-edicao>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRUM, Eliane. Mães Yanomami imploram pelos corpos de seus bebês. *El País*. 24 jun. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-24/maes-yanomami-imploram-pelos-corpos-de-seus-bebes.html>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Outros 500: construindo uma nova história** São Paulo: Editora Salesiana, 2001. 256 p.

COIAB, Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira; IPAM, Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia. **Não são números, são vidas! A ameaça da covid-19 aos**

povos indígenas da Amazônia brasileira. 2020. Disponível em: <<https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2020/06/NT-covid-indi%CC%81genas-amazo%CC%82nia.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

COLLET, Andressa. Vacina contra Covid para indígenas no Brasil: entre fake news e discriminação, a esperança. *Vatican News*. 26 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2021-01/vacina-covid-prioridade-indigenas-brasil-discriminacao-aldeias.html>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

DIAS, Vercilene; MOREIRA, Maira. Vetos ao PL 1142: Negação da política de combate à Covid-19 para quilombolas, indígenas e povos tradicionais. *Terra de Direitos*. 21 jul. 2020. Disponível em: <<https://terradedireitos.org.br/acervo/artigos/vetos-ao-pl-1142-negacao-da-politica-de-combate-a-covid19-para-quilombolas-indigenas-e-povos-tradicionais/23429>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre, RS: L&PM, 2012. 265 p.

GALVÃO, Eduardo. **Encontro de sociedades: índios e brancos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. O último ancião Juma morre de covid-19 e leva para o túmulo a memória de um povo aniquilado no Brasil. *El País*, São Paulo, 19 fev. 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-19/o-ultimo-anciao-juma-morre-de-covid-19-e-leva-para-o-tumulo-a-memoria-de-um-povo-aniquilado-no-brasil.html>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

GOVERNO exonera chefes de fiscalização do Ibama após operações contra garimpos ilegais. **G1**. 30 abr. 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/04/30/governo-exonera-chefes-de-fiscalizacao-do-ibama-apos-operacoes-contragarimpos-ilegais.ghtml>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **O Brasil indígena: os indígenas no censo demográfico de 2010**. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Desmatamento e Covid-19 explodem em Terras Indígenas mais invadidas da Amazônia**. 01 set. 2020. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/desmatamento-e-covid-19-explodem-em-terras-indigenas-mais-invadidas-da-amazonia>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Arte & Ensaios, PPGAV, EBA, UFRJ, n.32, dez. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

NOZOE, Nelson. Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia. *Revista Economia*, Brasília (DF), v.7, n.3, p. 587–605, set./dez. 2006.

PRIOSTE, Fernando G. V. Direito constitucional quilombola à terra: aspectos jurídicos de lutas

seculares e o direito humano à duração razoável do processo. **Revista de Direito Agrário: 30 anos da Constituição Federal de 1988**, Brasília (DF): Ano 21, nº 22, pág. 251-253, 2018.

RIBEIRO, Darcy. **O Brasil como problema**. 2 ed. São Paulo: Global, 2015. 272 p.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 3 ed. São Paulo: Global, 2015. 368 p.

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira. **Revista Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, nº 133, p. 484-485, set./dez. 2018.

WALENDORFF, Rafael. PIB do agronegócio fechou 2020 com alta recorde de 24,31%, dizem CNA e Cepea. **Valor Econômico**. Brasília (DF), 11 mar. 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2021/03/11/pib-do-agronegocio-fechou-2020-com-alta-recorde-de-2431percent-dizem-cna-e-cepea.ghtml>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

TRANSFERÊNCIA E PARTILHA DE RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM MOÇAMBIQUE

Edson da Graça Francisco Macuácu¹

Mervin Stewart Sampaio da Mota²

RESUMO: O presente artigo versa sobre “*Transferência e partilha de riscos nas Parcerias Público-Privadas em Moçambique*”. A proposta do presente trabalho é de analisar a transferência e partilha de riscos nas PPP em Moçambique, a partir da caracterização, descrição e avaliação da transferência e partilha de riscos nas PPP em Moçambique. Esta análise foi efectuada sob a óptica das Parcerias Público-Privadas, Administração Pública, Direito Administrativo e das Finanças, Contabilidade e Gestão Pública. Para a materialização da presente pesquisa optou-se pela abordagem qualitativa baseada em leitura de obras e análise documental. Inicialmente, foi conceituada transferência e partilha de riscos e parcerias público privadas. E posteriormente, debruçámos a respeito das transferências e partilha de riscos, o contexto internacional, regime jurídico e peculiaridades, análise crítica do regime jurídico e desafios e perspectivas das parcerias público-privadas. Constatou-se que as Parcerias Público-Privadas consistem na celebração de um vínculo ou relação contratual entre entes públicos e privados de modo a garantir a satisfação de necessidades colectivas de forma cada vez mais eficiente e eficaz de modo a maximizar os ganhos e minimizar as perdas e que visam garantir a provisão eficiente e eficaz, qualitativa e quantitativa de serviços e bens públicos aos utentes, bem como a valorização do sector privado. Por isso, uma das áreas mais importantes das PPP é a transferência e partilha de riscos que o legislador em Moçambique acautelou, desde que sejam observados princípios orientadores e que a mesma esteja enquadrada na política, estratégia e plano de desenvolvimento do respectivo sector económico ou social, na eficiência, racionalidade e sustentabilidade da exploração e uso de recursos e bens públicos, na equidade da partilha dos benefícios, salvaguardando, assim, o princípio de equivalência ou equilíbrio das prestações e de prevenção e mitigação dos riscos, de aquisição de saber, de promoção do desenvolvimento, de responsabilidade e sustentabilidade social e de implementação de medidas de fiscalização da legalidade. Não obstante, imperam inúmeros desafios relativos a legislação, transparência, institucionalização de órgãos e qualidade e formação de tecido social para que as PPP constituam efectivamente uma mais-valia para o Estado e a sociedade moçambicana.

Palavras-chave: Transferência e partilha de riscos em PPP.

¹Doutor em Direito, Doutor em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano, Mestre em Administração Pública, Mestre em Direito e Mestre em Direito de Petróleo e Gás, Docente da Faculdade de Direito na Universidade Eduardo Mondlane e na Universidade Católica de Moçambique.

²Mestre em Administração Pública, Mestrando em Direito Administrativo.

ABSTRACT: This article deals with “*Transferring and sharing risks in Public-Private Partnerships in Mozambique*”. The purpose of this paper is to analyze the transfer and sharing of risks in PPPs in Mozambique, based on the characterization, description and evaluation of the transfer and sharing of risks in PPPs in Mozambique. This analysis was carried out from the perspective of Public-Private Partnerships, Public Administration, Administrative and Finance Law, Accounting and Public Management. For the materialization of this research, a qualitative approach based on reading of works and documentary analysis was chosen. Initially, the transfer and sharing of risks and public-private partnerships were considered. And then, we looked at transfers and risk sharing, the international context, legal regime and peculiarities, critical analysis of the legal regime and challenges and perspectives of public-private partnerships. It was found that Public-Private Partnerships consist of the celebration of a contractual bond or relationship between public and private entities in order to guarantee the satisfaction of collective needs in an increasingly efficient and effective manner in order to maximize gains and minimize losses and which aim to guarantee the efficient, qualitative and quantitative provision of public services and goods to users, as well as the valuation of the private sector. Therefore, one of the most important areas of PPPs is the transfer and sharing of risks that the legislator in Mozambique has taken care of, provided that guiding principles are observed and that it is framed in the policy, strategy and development plan of the respective economic or social sector. , in the efficiency and rationality of the exploitation and use of resources of public goods and resources, in the equity of the sharing of benefits, thus safeguarding the principle of equivalence or balance of benefits and risk prevention and mitigation, acquisition of knowledge, promoting development, social responsibility and sustainability and implementing legality enforcement measures. Nevertheless, there are numerous challenges regarding legislation, transparency, institutionalization of organs and quality and formation of the social fabric so that PPPs effectively constitute an asset for the State and Mozambican society.

Keywords: *Transfer and risk sharing in PPP.*

1. Introdução

O presente artigo científico intitulado *Transferência e partilha de riscos nas Parcerias Público-Privadas em Moçambique*, enquadra-se na linha de pesquisa das Parcerias Público-Privadas, Direito Administrativo, Administração, Finanças, Contabilidade e Gestão Públicas.

O mesmo visa analisar a transferência e partilha de riscos nas PPP em Moçambique, numa

perspectiva epistemológica que tem como objectivos específicos caracterizar, descrever e avaliar a transferência e partilha de riscos nas PPP em Moçambique, para que em função disso possam ser descortinados desafios e perspectivas nessa vertente para Moçambique.

Metodologicamente foi usada a abordagem qualitativa, para o alcance dos objectivos previamente definidos. Nesta ordem de ideias, foram usadas como técnicas de recolha de dados, as pesquisas bibliográfica e documental. A primeira através da leitura de diversas obras científicas, dissertações e teses relacionadas com o assunto em epígrafe e a segunda por meio de documentos, reportagens televisivas, de jornais e diários.

De modo a facilitar a compreensão, o presente artigo foi estruturado da seguinte forma: 1. Introdução, que contém objectivos, argumento central e estrutura do artigo, de modo a facilitar a familiarização com o tema em estudo; 2. Contextualização, que aborda a respeito da evolução histórica do fenómeno a nível internacional e nacional; 3. Transferência e partilha de riscos em parcerias público-privadas, com a conceitualização de parcerias público-privadas, análise da transferência e partilha de riscos com estudo minucioso sobre transferência e partilha de riscos, um olhar sobre experiências internacionais no âmbito do Direito Comparado, regime jurídico e suas peculiaridades, análise crítica do regime, desafios e perspectivas para Moçambique e finalmente 4. Conclusões, resultantes da discussão nos subcapítulos anteriores, e os caminhos a serem trilhados por Moçambique de modo a suplantar os desafios decorrentes do tema em epígrafe.

2. Contextualização

Para Guedes³, o instituto das PPP surgiu no Reino Unido na década de 70 do século XX, num contexto político-económico caracterizado por diversas crises financeiras, políticas e económicas, ou seja, além de os estados europeus não conseguirem fazer face aos aumentos de investimento (motivado pela decrescente capacidade de aumentar a carga fiscal), a partir dos anos 80 os modos de gestão privada ganharam especial relevância face aos modos de gestão pública, aliado ainda ao facto do desenvolvimento de novas técnicas de financiamento a projectos de longo prazo.

Prossegue ainda Guedes⁴ que, neste contexto, podemos verificar que a Administração Pública começou a revelar uma tendência para ceder espaço ao sector privado, designadamente, ao permitir a realização de investimentos em infra-estruturas de utilidade pública, sendo o privado remunerado através do direito à cobrança de taxas aos utentes pela sua utilização e, ao permitir o

³Joana Guedes. (2011). *Parcerias público-privadas e a Distribuição do risco*. Dissertação de Mestrado em Direito na Universidade Católica. Porto-Portugal, p. 3.

⁴Ibidem.

fornecimento, ao sector público, de determinados bens (financeiros), sendo remunerado pela própria Administração Pública.

Assim, face ao contexto social, político, cultural e económico que a própria Administração Pública vivia, abre-se espaço para a implantação das parcerias público-privadas e cada vez mais como uma prática corriqueira da Administração Pública moderna, ou do *New Public Management*.

Nestes termos, para Guedes, (op. cit)⁵, os primeiros projectos de PPP surgiram no Reino Unido no início da década de 1990, como a fase subsequente de um processo que se iniciou na década anterior, no qual foram desenvolvidas acções de privatização, recebendo o nome de *Private Finance Initiative* - PFI (Iniciativa de financiamento pelo sector privado). Decorrente da experiência de implementação das PPP no Reino Unido, o referido modelo irradiou-se pelo mundo, alcançando países como França, Portugal, Itália, Espanha, Austrália, África do Sul, Irlanda, entre outros.

Subsequentemente, em Moçambique, a Constituição da República de 1975, no art. 13º, reconhece de forma tímida a propriedade privada, enquanto que, a Constituição de 1990, no art. 41º valoriza a propriedade privada, e a Constituição de 2004 e a recente revisão em 2018, no art. 96º consagram o equilíbrio entre o interesse público e a política económica de mercado, norteadas a construção de bases fundamentais do desenvolvimento, a melhoria de condições de vida do povo, ao reforço da soberania do Estado e a consolidação da unidade nacional, através da participação dos cidadãos, bem como a utilização eficiente dos recursos humanos e materiais, relativamente a política económica.

Deste modo, urge realçar que as PPP, surgiram de forma paulatina e como corolário da evolução do Estado e da Administração Pública, e na contemporaneidade, é um processo que vem ganhando cada vez mais espaço desde 1990, altura em que o Estado firma os primeiros contractos com entidades privadas, tendo se alicerçado em 2004, e posteriormente em 2018, e de forma específica com a institucionalização a partir da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto⁶, com o fito de garantir que o sector privado possa se sentir valorizado e contribuir juntamente com o tradicional sector público para prover e garantir a satisfação das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar de forma eficiente e eficaz e concomitantemente de modo a garantir menor dispêndio dos recursos públicos.

⁵ Idem, p. 6.

⁶ Estabelece as normas orientadoras do processo de contratação, implementação e monitoria de empreendimentos de parcerias público-privadas, de projectos de grande dimensão e de concessões empresariais.

3. Transferência e partilha de riscos em parcerias público-privadas

Para Navarro-Espigares e Martín-Segura, Pomeroy, citados por Araújo e Silvestre⁷, parcerias público-privadas, consiste na cooperação entre entidades públicas e privadas, que têm um objectivo comum, e que estão dispostas a partilhar os riscos e responsabilidades na produção e prestação de serviços públicos a longo prazo.

De acordo com a Comissão Europeia citados por Marques e Silva⁸, uma parceria público-privada pode ser definida como “a forma de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço”.

Segundo Lewis citado por Guerra⁹, define parcerias público-privadas como um método que junta o sector público e privado numa relação contratual de longa duração para produzir e fornecer serviços públicos, sendo que cada um mantém a sua identidade e responsabilidades. A essência de uma parceria público-privada encontra-se no facto de que o sector público não adquire uma infra-estrutura, mas antes um conjunto de serviços sujeitos a termos e condições específicas, sendo esta a principal característica que torna uma PPP numa forma de empreitada distinta das restantes formas consideradas mais tradicionais.

Enquanto que, no ordenamento jurídico moçambicano, nos termos da alínea a), do número 2, do art. 2º da Lei n.º 15/2011, Parcerias Público-Privada, é o empreendimento em uma área de domínio público, excluindo de recursos minerais e petrolíferos, ou em área de prestação de serviço publico, no qual mediante contrato ou sub financiamento, no todo ou em parte, do parceiro privado, este se obriga, perante o parceiro público, a realizar o investimento necessário e explorar a respectiva actividade, para a provisão eficiente de serviços ou bens que compete ao Estado garantir a sua disponibilidade aos utentes.

Destarte, vislumbra-se que parcerias público-privadas, possuem vários conceitos, dependendo do quadrante em que é empregada, mas existem elementos peculiares que são universais, como a correlação de entes públicos e privados e a satisfação das necessidades colectivas.

Por isso, perfilhamos o conceito do legislador moçambicano, pois, por parcerias público-privadas, entende-se como a celebração de um vínculo ou relação contratual entre entes públicos

⁷Joaquim Filipe Ferraz Esteves Araújo e Hugo Consciência Silvestre. (2014).As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infra-estrutura rodoviária: experiência recente em Portugal. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro 48(3):571-593, Maio/Jun. 2014, p. 573.

Rui Cunha Marques e Duarte Silva. (2008). As Parcerias Público-Privadas em Portugal. Lições e Recomendações. Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review 2008, Vol VI, nº 10, 033-050. ISSN: 1645-9911, p. 34.

⁸Gonçalo Miguel Torrão Guerra. (2015). Análise de custos numa Parceria Público-Privada do Sector Eólico. Um estudo de caso. Dissertação de Mestrado em Economia e Administração de Empresas na Universidade de Porto. Porto-Portugal, p. 6.

e privados com a conciliação de recursos públicos e privados, de modo a garantir a satisfação de necessidades colectivas de forma cada vez mais eficiente e eficaz, bem como maximizando os ganhos e minimizando as perdas.

Em Moçambique, nos termos do art. 21º da Lei numero 15/2011 de 10 de Agosto, os contractos das PPP, revestem-se das seguintes modalidades contratuais:

- a) Contrato de concessão;
- b) Contrato de cessão de exploração e;
- c) Contrato de gestão.

A parte mais importante das parcerias público-privadas é a transferência e partilha de riscos que são uma componente chave do seu financiamento. E isso garante que os riscos devem ser identificados, mitigados e alocados entre as diversas partes envolvidas no empreendimento (proprietários do projecto, projectistas, fornecedores de matérias-primas, entidade pública responsável) através de instrumentos atenuantes que podem assumir a forma de garantias, como dispositivos contratuais, seguros e suportes de crédito suplementar, Santiago, citado por Correia¹⁰. A alocação dos riscos a ambas as partes permite um melhor controlo e gestão conduzindo a benefícios reais para os projectos PPP, minimizando os custos Nisar, citado por Correia¹¹.

No raciocínio de Guedes (op. cit)¹², de um modo geral, as parcerias público-privadas caracterizam-se pelos seguintes elementos:

- a) natureza das partes e interesses prosseguidos;
- b) valor acrescentado ou poupança;
- c) a duração relativamente longa da relação, que implica a cooperação entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado sobre diferentes aspectos de um projecto a realizar e,
- d) a distribuição dos riscos entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo sector público.

No caso em epígrafe esta em causa a análise do último elemento das parcerias público-privadas, ou seja, da alínea d), a transferência e partilha de riscos e todos os contornos por detrás deste factor.

3.1 Análise da transferência e partilha de riscos

As PPP têm inúmeras vantagens que o legislador moçambicano previu e estas compreendem benefícios socioeconómicos e financeiros¹³.

¹⁰Vanda Cristina Charrua Correia. (2014). Parcerias Público-Privadas, Análise do Custo-Benefício. Dissertação para Obtenção do Grau de Mestre em Contabilidade e Finanças, Setúbal-Portugal, p. 14.

¹¹Ibidem.

¹²Idem, p. 12

¹³ Artigo 32, n.º 1 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto.

Destarte, relativamente aos benefícios socioeconómicos, passam pela: criação, reabilitação ou ampliação de infra-estruturas de produção ou de prestação de serviços, oferta de postos de trabalho e programas de formação profissional para trabalhadores moçambicanos, programas e acções de formação técnico profissional e transferência de tecnologias e do “saber fazer” para o país, incremento e manutenção da capacidade de produção, de exportação e de abastecimento a necessidades do mercado interno, contribuição para o desenvolvimento de negócios de pequenas e médias empresas moçambicanas, via ligações empresariais e tecnológicas, e, realização de programas de actividades ou projectos de responsabilidade, de desenvolvimento e de sustentabilidade social junto das comunidades locais por conta própria do empreendimento¹⁴.

Enquanto que, em relação a benefícios financeiros, os contratos devem tomar em consideração: a participação reservada para alienação, via mercado bolsista a favor da inclusão económica em termos comerciais de mercado, preferencialmente de pessoas singulares moçambicanas, no capital social do empreendimento; a oportunidade de participação de pessoas colectivas públicas ou privadas moçambicanas no capital social do empreendimento; geração de efeito cambial positivo para a balança de pagamentos, geração de receita fiscal e de contributo positivo para o erário público; geração e distribuição de lucros e dividendos; e, partilha com equidade dos benefícios directos extraordinários de modo a salvaguardar a competitividade económica¹⁵.

Bem como, financeiramente, o Estado ou outro ente público encaixam entre 0.5% a 5% do empreendimento referente a taxas de adjudicação ou bónus de assinatura em casos de concessão para a exploração de recursos naturais¹⁶.

Igualmente, deve-se assegurar o pagamento da taxa de concessão ou de cessão de exploração, de periodicidade mensal, trimestral, semestral ou anual, conforme o acordado entre as partes, a uma taxa de: taxa fixa de concessão, de valor não inferior a 2% nem superior a 5% do justo valor dos activos cedidos ao empreendimento; taxa variável de concessão, incidente sobre a receita bruta líquida de impostos indirectos relativa a facturação periódica mensal, trimestral, semestral e anual da exploração da actividade objecto do empreendimento, cujo valor pode ser entre 2% a 10% dependendo dos casos¹⁷.

Para além das inúmeras vantagens retro mencionadas, existem as desvantagens, que para Oliveira citado por Pequenino¹⁸, são: a) provocam prejuízos económicos e financeiros e sociais resultantes da falha de adequada fiscalização, b) geram conflitos de interesse na aprovação e concessão de licenças ambientais, c) muitas vezes o parceiro privado se revela incapaz de

¹⁴ Alineas a)-f), artigo 34 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto.

¹⁵ Alineas a)-f), do n.º do artigo 33 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto.

¹⁶ Alinea a) do n.º 2 do artigo 33 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto.

¹⁷ Alinea b), I, II, n.º 2 do artigo 33 da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto.

¹⁸ Benjamim Pequenino. (2017). *O Contrato de Parceria Público-Privada em Moçambique*. Maputo-Moçambique. Editora Escolar.p. 56.

alcançar os objectivos públicos almejados, d) aumentam os custos de transacção que tem implicações negativas na redução da flexibilidade para a modificação de contractos, e e) por fim, as PPP, estão associadas a uma serie de outras desvantagens e riscos.

Sendo o risco uma destas desvantagens, é sobre ela que iremos nos focar subseqüentemente.

Para Guerra (op. cit)¹⁹, define risco como “qualquer factor, evento ou influência que ameace a conclusão bem sucedida de um projecto em termos de tempo, custo ou qualidade”. Os riscos são directamente traduzidos em implicações financeiras. Depois de uma adequada avaliação, o sector público deve encontrar a alocação de riscos ideal, com o fim de transferir o risco para a parte que se revelar mais capaz de o gerir. A transferência total de riscos não é possível na maioria dos casos e para cada projecto alguns riscos são mais relevantes que outros.

No ordenamento jurídico moçambicano, existe um ambigüidade da conceitualização do risco e urge que seja explicitamente incluído na legislação o conceito de risco em PPP.

Mas etimologicamente²⁰, risco significa (...) perigo, possibilidade de correr perigo, exposto a todos os perigos, estar exposto a, em perigo de.

Para Guerra (op. cit)²¹, o Estado não deve transferir para o privado riscos que estão sob o seu controlo, não devendo, também, assumir riscos que não esteja em condições de controlar. Da mesma forma, deverá assegurar-se que, em caso de transferência de riscos para o sector privado, o benefício público de tal transferência supera o agravamento de custos que irá ocorrer. Para uma melhor análise da viabilidade técnica e financeira dos projectos, revela-se importante que seja criada uma matriz de riscos, facilitando a identificação, avaliação, alocação e mitigação dos mesmos e sintetizando os resultados obtidos.

Por isso, Guedes (op. cit)²², (...), afirma que o estabelecimento de um contrato entre duas entidades, especialmente em contractos de longa duração, tais como os contractos de PPP, acarreta a existência de diversos riscos. Por conseguinte, considera-se relevante conhecer qual a melhor forma de alocação de riscos entre os dois parceiros, de forma a minimizar o custo global de desenvolvimento do projecto, otimizando a sua eficiência, tendo como princípio basilar a alocação do risco ao parceiro mais habilitado para o identificar, gerir e minimizar, reduzindo, desta forma, o risco e o custo global do projecto. Com efeito, o sistema de transferência de risco é uma das características centrais de um modelo de PPP.

Como corolário disso, é fundamental saber identificar, gerir e minimizar os riscos para que sejam geridos de forma eficiente e eficaz pelos intervenientes.

Prossegue Guedes (op. cit)²³, afirmando que, muitos riscos podem ser transferidos, de forma mais ou menos eficiente: riscos políticos e económicos, risco de projecto e de construção; risco de

¹⁹ Idem, p. 35.

²⁰ Dicionário Universal da Língua Portuguesa, Texto Editores, lda, 8ª Edição, Lisboa-Portugal, 2007, p. 1302.

²¹ Idem, p. 31.

²² Idem, p. 13.

derrapagens temporais e financeiras; risco de integração; risco de procura; risco de exploração; risco financeiro. No entanto, nem sempre a transferência de risco numa PPP se verifica de forma bem nítida, pelo que um cuidado básico que o Estado deve ter, na concepção de uma PPP, é o de serem claramente estabelecidos no contrato os termos exactos em que esta deve ser concretizada. Do extracto acima fica claro que todos os riscos devem ser decorrentes do contrato para que não existam ambiguidades.

Por isso, para Vieira de Almeida citado por Guedes, (op. cit)²⁴, para melhor identificar os riscos, é necessário analisá-los em três 3 níveis: nível macro, nível meso e nível micro. O nível macro caracteriza-se por compreender riscos exteriores ao projecto (por exemplo, condições políticas e legais, condições económicas, condições sociais e condições meteorológicas); o nível meso compreende riscos internos ao projecto (implementação do projecto, procura, localização, design, construção e tecnologia); por sua vez, o nível micro representa riscos no âmbito das relações entre os diferentes *stakeholders* envolvidos em todo o processo, desde logo porque, conforme foi referido anteriormente, os interesses dos parceiros são diferentes: o sector público orienta-se pela prossecução do bem-estar social, enquanto que, o sector privado é mais orientado pelo lucro.

Nota-se o cruzamento do interesse público e do interesse privado, desde que os gestores públicos estejam cientes de que o interesse público deve ser colocado em primeiro plano e imperar em todos os momentos da implementação das PPP e simultaneamente os riscos a todos os níveis sejam minuciosamente analisados de modo a reduzir o nível de perigosidade ou exposição.

3.2 Transferência e Partilha de riscos em PPP no Direito Comparado

A transferência e partilha de riscos no âmbito do Direito Comparado em diversos quadrantes do mundo, tem as suas peculiaridades distintas.

Destarte, no âmbito do Direito Comparado, esmiuçaremos a respeito de situação similar em **Portugal e Angola.**

Em **Angola** as questões relativas as parcerias público-privadas foram primeiramente acauteladas na Lei n.º 2/11, de 14 de Janeiro, dispositivo legal que visava potenciar e maximizar o contributo do sector privado na melhoria da eficiência e eficácia dos serviços públicos, convista a catapultar o crescimento e desenvolvimento de Angola.

Subsequentemente, de modo a acompanhar as novas dinâmicas políticas, sociais, económicas e culturais, a lei n.º 2/11, de 14 de Janeiro foi revogada e aprovada a lei n.º 11/19, de 14 de Maio.

A lei n.º 11/19, de 14 de Maio tem 24º artigos que incorpora o objecto, âmbito de aplicação,

²³ Idem, p. 14.

²⁴ Idem, p. 15.

conceito de PPP, princípios gerais, finalidades, contratos compatíveis com o regime jurídico, responsabilidades, partilha de riscos, aprovação da parceria, procedimento aplicável, júri do procedimento, adjudicação, fiscalização e acompanhamento, encargos, partilha de benefícios, reposição do equilíbrio financeiro e renegociações do contrato, resolução de litígios e disposições finais.

Relativamente ao risco, entre os artigos 10º e 19º da lei em voga, o legislador acautela, mas de forma explícita, aspectos relativos a repartição de responsabilidades e partilha de riscos, nos artigos 10º e 12º respectivamente.

Assim, no ordenamento jurídico angolano, no âmbito das parcerias público-privadas, incumbe ao parceiro público privado o acompanhamento, a avaliação e o controlo da execução do objecto da parceria, de forma a garantir que sejam alcançados os fins de interesse público subjacentes²⁵ e ao parceiro privado, o financiamento, no todo ou em parte, bem como o exercício e a gestão da actividade controlada, nos casos em que não haja transferência imediata para o parceiro público da infra-estrutura edificada²⁶.

Bem como, que os diferentes riscos inerentes as parcerias público-privadas devem ser repartidos entre as partes, de acordo com as suas características, devendo o parceiro privado assumir, sempre, parte significativa e efectiva dos mesmo²⁷.

A lei n. 11/19, de 14 de Maio não prevê as diversas tipologias de riscos, por isso, o legislador remeteu a regulamentação do Decreto n. 316/19, de 28 de Outubro, que nos termos do qual estão acautelados os riscos de demanda, utilização de terreno, do projecto e construção, financeiro, de operação, institucionais e legais e políticos.

Reparo positivo a institucionalização de um órgão de Governação das PPP coadjuvados pela Comissão Técnica das PPP e avanços relativos a transparência e publicitação.

Reparo negativo é o facto de o órgão responsável pela Governação das PPP ser constituído pelos Ministérios da Economia e Planeamento e das Finanças, o ideal seria que o órgão fosse independente para garantir isenção das suas decisões e com isso evitar-se a parcialidade e corrupção.

Em **Portugal**, para Marques e Silva²⁸, o Decreto-Lei n.º 86/2003 veio regulamentar o regime de contratação pública baseado em PPP. Este diploma, horizontal a todos os sectores, tem por objecto a definição das normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das PPP.

25 Alínea a), artigo 10º, da lei n. 11/19, de 14 de Maio em Angola.

26 Alínea b), artigo 10º, da lei n. 11/19, de 14 de Maio em Angola.

27 Alínea a), numero 1, artigo 12º, da lei n. 11/19, de 14 de Maio em Angola.

28 Idem, p. 36.

Esta norma sofreu, passados três anos, várias alterações através do Decreto-Lei n.º 141/2006 que procura a sua simplificação e o melhor acautelamento do interesse público, designadamente no que concerne à eficácia da partilha de riscos e dos benefícios alcançados, assim como esclareceu o direito a indemnização da entidade privada. Refira-se que em diversos sectores, como no do ambiente, da saúde ou dos transportes, existe regulamentação específica que visa contemplar as suas especificidades individuais. Alguma desta regulamentação foi mesmo produzida em data anterior ao Decreto-Lei n.º 86/2003, documento normativo de cúpula das PPP.

No contexto actual, as PPP em Portugal tem como base o Código dos Contratos Públicos, Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de Janeiro e o Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, que criou a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos.

Recentemente, o Decreto-Lei n. 170/19, de 04 de Dezembro, procedeu à décima primeira alteração ao Código dos Contratos Públicos, Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de Janeiro e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio.

O dispositivo retro mencionado altera os artigos 37º, 109º e 340º do Código de Contratos Públicos que foi aprovado pelo Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de Janeiro.

Outrossim, são ainda alterados no dispositivo legal em epígrafe, os artigos 2.º, 3.º, 6.º, 7.º, 9.º, 11.º, 12.º, 14.º, 16.º, 17.º, 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 26.º, 27.º, 33.º, 35.º e 39.º da criação da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos, Decreto -Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio.

O legislador português acautela a situação da partilha de riscos nos termos do qual, a partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados deve estar claramente identificada contratualmente e obedece às seguintes regras: os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respectiva capacidade de gerir esses mesmos riscos; o estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado; a criação de riscos que não tenham adequada e fundamentada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes deve ser evitada e o risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado²⁹.

Nota positiva a existência de um Código de Contratos Públicos e institucionalização da Unidade Técnica de acompanhamento no art. 34º e seguintes do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, apesar de possuir autonomia administrativa, depende directamente do membro do Governo responsável pela área das finanças, o ideal seria se fosse uma área totalmente autónoma de modo a garantir a necessária imparcialidade nas suas decisões em todas as vertentes.

²⁹ Alíneas a)-d), numero 1, artigo 7º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio em Portugal.

3.3 Regime jurídico e peculiaridades da transferência e partilha de riscos nas PPP em Moçambique

Entre os artigos 12º à 26º da Lei numero 15/2011 de 10 de Agosto, o legislador acautela os aspectos relativos a transferência e partilha de riscos das PPP em Moçambique.

O artigo 13º da Lei numero 15/2011 de 10 de Agosto faz menção que o regime jurídico aplicável as PPP, é o de **concurso público**, aplicando-se subsidiariamente as regras que regem contratações publicas. O mesmo pode ser através da: **concessão, cessão de exploração e gestão**.

Desde que se observem os princípios de legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, prossecução do interesse publico, transparência, publicidade, igualdade, concorrência, imparcialidade, boa-fé, estabilidade, motivação, integridade e idoneidade, responsabilidade, boa gestão económico-financeira, celeridade e os demais princípios do direito público aplicáveis³⁰.

De acordo com Melo³¹, a provisão de infra-estruturas e serviços públicos pode identificar-se uma grande variedade de riscos, existindo várias abordagens de classificação dos mesmos, nomeadamente:

a) Riscos gerais e específicos:

- 1) Riscos globais, que incluem riscos legais, ambientais e políticos;
- 2) Riscos elementares, associados aos componentes de construção, operação, finanças e obtenção de receita.
- 3) Riscos relacionados com o mercado, que derivam dos mercados de receitas (por exemplo, risco de procura/tráfego rodoviário) e financeiros (taxas de juros, taxas de câmbio);
- 4) Riscos de conclusão, que resultam dos projectos técnicos ou das tecnologias utilizadas, dos custos de construção e de atrasos nos prazos de execução e de problemas operacionais;
- 5) Riscos institucionais, que surgem de leis e regulamentos, da oposição de grupos ambientais e locais, e de decisões de órgãos governamentais que querem renegociar contractos.

Para Ng e Loosemore citados por Melo (op. cit)³² distinguem:

- 1) Riscos de projecto, que advêm da forma como o projecto é gerido ou de eventos no seu microambiente imediato (e podem incluir riscos naturais, tais como problemas de solo e problemas técnicos associados a design, projectos e equipamentos, problemas materiais associados a fornecedores, problemas organizacionais associados aos subcontratados, problemas de mão-de-obra associados a sindicatos, problemas contratuais associados a acordos de Joint Venture e problemas ambientais associados à poluição);

³¹Ana Cristina Bettencourt Melo. (2017). ALOCAÇÃO DE RISCOS EM PARCERIAS PUBLICO-PRIVADAS: UM ESTUDO DE CASO. DISSERTAÇÃO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM CIÊNCIAS ECONÓMICAS E EMPRESARIAIS. Ponta-Delgada – Portugal, p. 35.

³²Idem, p. 36.

2) Riscos gerais, os quais não estando directamente associados às estratégias do projecto, ainda, assim, podem ter um impacto significativo nos seus resultados (normalmente resultam de eventos naturais, políticos, regulatórios, legislativos e económicos no ambiente macroeconómico que envolve o projecto).

Na esteira do raciocínio de De Vries e Yehoue, citados por Melo (op. cit)³³, classificam os riscos como:

- 1) Riscos exógenos, que correspondem a riscos que podem ser activamente geridos através da mudança de comportamentos;
- 2) Riscos endógenos, aqueles em que nenhuma parte pode tomar tais medidas activas a fim de reduzir ameaças ou vulnerabilidade;

Li et al. Citados por Melo (op. cit)³⁴, criaram uma matriz de riscos de PPP de infra-estruturas, em que classificam os riscos em 3 níveis:

- 1) Macro, isto é, de natureza exógena ou externa ao projecto (engloba os riscos político e de política governamental, macroeconómico, legal, social, natural);
- 2) Meso, ou seja, de natureza endógena ou interna ao projecto (inclui os riscos de selecção de projecto, de *project finance*, de concessão, de construção, de operação e residual);
- 3) Micro, que se reportam ao relacionamento entre os *stakeholders* (risco de relacionamento e risco de terceiros envolvidos).

Grimsey e Lewis citados por Melo (op. cit)³⁵ apresentam uma matriz de risco padrão para PPP de infra-estruturas, em que identificam 10 categorias de riscos:

- 1) Risco de disponibilidade do local (site risks, que englobam as condições do terreno e a preparação do terreno);
- 2) Risco técnico, relativo a falhas nas especificações técnicas e no design;
- 3) Risco de construção, que inclui derrapagens de custos, atrasos na execução, falhas na qualidade da prestação;
- 4) Risco operacional, associado aos custos de operação e de manutenção se apresentarem mais elevados do que o previsto;
- 5) Risco de receita, oriundo da possibilidade de procura insuficiente ou abaixo do previsto e do eventual aumento dos preços das tarifas;
- 6) Risco financeiro, o qual diz respeito a erros na estimativa dos fluxos de receitas do projecto e dos custos de financiamento do projecto;
- 7) Risco de força maior, envolvendo eventos extraordinários, como guerras ou calamidades; 8) Risco regulatório/político, decorrente de mudanças legislativas ou de interferência política;

³³Ibidem.

³⁴Idem, p. 37.

³⁵Ibidem.

9) Risco de default, que significa o fracasso total do projecto, que, geralmente, estaria associado a uma combinação dos eventos elencados individualmente acima; 10) Riscos de activos, relativo à cessação do contrato e ao valor de transferência do activo.

Cabral citado por Melo (op. cit)³⁶, tendo em conta também o momento a que se refere a ocorrência do risco - ao longo da vida do contrato, apenas na fase da construção ou, ainda, na de funcionamento -, classifica os riscos em:

1) Riscos políticos e riscos económicos, resultando os primeiros de oposição política ao projecto ou de eventuais alterações legislativas que contendem com o contrato em causa e os segundos de alterações das taxas de juro, de câmbio ou da inflação, sendo, por regra imputados a ambas as partes;

2) Riscos de concessão e construção, que abrangem, designadamente, a aquisição de terrenos, as licenças e alvarás, as licenças ambientais, os achados arqueológicos, as expropriações, os ajustes de preços, os riscos de construção, os atrasos na execução da obra ou no fornecimento e os trabalhos a mais;

3) Riscos de funcionamento, referentes à disponibilidade do activo e com a continuidade e qualidade da provisão do serviço e que integram riscos de mercado ou de procura (relacionados com a manutenção da necessidade dos serviços providos), riscos de manutenção, riscos de força maior e risco de valor residual (relativo ao preço futuro de mercado da infra-estrutura).

Para Yescombe citados por Melo (op. cit)³⁷, os riscos dividem-se em três categorias:

1) Riscos comerciais, inerentes ao projecto em si ou ao mercado em que está inserido (destacam-se a viabilidade comercial do projecto, o risco inerente à sua finalização no tempo e com o orçamento inicialmente estipulados, os riscos operacionais, o risco de o projecto criar ou não os proveitos esperados e os riscos de impacto ambiental);

2) Riscos macroeconómicos, relacionados com factores económicos externos que não estão directamente relacionados com o projecto mas que acabam por influenciá-lo (por exemplo, taxa de inflação, taxa de juro e taxa de câmbio);

3) Riscos políticos, que engloba os riscos intrínsecos à actuação do Governo ou acontecimentos que influenciem a sua actuação (por exemplo, alterações governamentais). Estão, ainda, incluídos nesta categoria o risco de investimento e risco de alteração legislativa.

Marques e Berg citados por Melo (op. cit)³⁸, propõem uma classificação de risco baseada em três categorias:

1) Produção: engloba os riscos de planeamento, projecto, expropriação, construção, ambiental, manutenção, operação tecnológica, e desempenho, entre outros;

³⁶ Idem, p. 38.

³⁷ Idem, p. 39.

³⁸ Ibidem.

- 2) Comercial: abrange os riscos de procura, competição e cobrança, entre outros;
- 3) Contexto: contempla os riscos de financiamento, inflação, legal, regulatório, modificação unilateral, contestação pública e força maior.

Para IMF citado por Pequenino³⁹, a contratação de PPP envolve diversos riscos que podem ser divididos em cinco categorias, a saber: *riscos de construção* que se relacionam com problemas de desenho, escalamento de custos, e atrasos na conclusão da construção, *riscos financeiros* de variação de taxas de juro e de câmbio, e outros factores que aumentem os custos financeiros, *riscos de performance* relacionados com disponibilidade, quantidade e qualidade do bem ou serviço, *risco de procura* relacionado com a demanda pelos consumidores/utilizadores do bem ou serviço e *risco residual* que é o que está relacionado com o preço de mercado de um bem no fim do contrato de PPP.

Fica eloquente que existem vários tipos de riscos em parcerias público-privadas dependendo do contexto e perspectivas em que são tidas em consideração.

No ordenamento jurídico moçambicano, artigo 17º, da lei nº 15/2011, de 10 de Agosto, o legislador congrega e aglutina diferentes tipos de riscos e acautela os relativos a:

- ✓ Conflitos de interesse,
- ✓ Económico-financeiros,
- ✓ De concepção, desenho, engenharia e construção deficientes,
- ✓ Comerciais, de gestão e do desempenho;
- ✓ De queda da procura ou oferta de mercado;
- ✓ Delapidação dos valores residuais dos activos;
- ✓ De impacto ambiental.

Assim, de modo a evitar ambiguidades legais, é imperioso que se inclua na legislação em epígrafe de forma explícita o alcance de cada um dos diversos tipos de riscos.

Outrossim, o legislador salvaguarda que devem ser escrupulosamente observados princípios orientadores, o projecto deve ter enquadramento na política, na estratégia e no plano de desenvolvimento do respectivo sector económico ou social, da eficiência e de racionalidade na exploração de recursos de bens e recursos, da equidade na partilha dos benefícios, salvaguardando, assim, um princípio de equivalência ou equilíbrio das prestações e de prevenção e mitigação dos riscos, de aquisição de saber, de promoção do desenvolvimento, de responsabilidade e sustentabilidade social e de implementação de medidas de fiscalização da legalidade.

Os casos mais notáveis das PPP em Moçambique são: Gestão da Estrada Nacional n4, Gestão da Estrada Nacional Beira-Machipanda, Gestão do sistema de abastecimento de água e Portos de Maputo, Nacala e Beira, mas existem igualmente vários casos de Parcerias Público-privadas mas

³⁹ Idem, p. 55.

que não sejam de grande dimensão.

No entanto, para Matabela⁴⁰, o legislador moçambicano salvaguarda a exclusão de custos nas seguintes áreas:

- ✓ Contratações de aquisições públicas de bens e serviços (Lei do SISTAFE e o Decreto nº 15/2010, de 24 de Maio);
- ✓ Parcerias de natureza altruísta, social ou humanitário e sem fins lucrativos (Lei do Mecenato);
- ✓ Contratação de bens ou serviços públicos cuja provisão compita exclusivamente ao Estado.

3.4 Análise Crítica do Regime de Transferência e partilha de riscos nas PPP em Moçambique

O legislador moçambicano acautela a situação de transferência e partilha de riscos na lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto, tendo acautelado desde o regime jurídico, manutenção da propriedade do Estado, princípios gerais sobre a prevenção e mitigação de riscos, responsabilidade da mitigação de riscos, garantias financeiras e especificidades contratuais.

A prior, denota-se a inexistência de uma abordagem legal sobre o alcance e sentido do termo risco. Outrossim, existe a imperiosidade de o legislador esmiuçar sobre os desdobramentos dos diversos tipos de riscos legalmente previstos para evitar ambiguidades.

Concomitantemente, existem inúmeros desafios relativos ao *procurement* e transparência para se aceder a parcerias público-privadas de forma transparente e imparcial, de modo essencialmente a se evitar que os critérios de selecção do parceiro e o processo de tomada de decisões estejam inquinados de vícios de diversa ordem ou que transcenda a isso e possam desaguar no campo da corrupção.

Destarte, é imperioso que situações anteriormente mencionadas que podem colocar em causa o património público e quiçá, ameaçar a soberania do Estado não criem espaço para capitalismo selvagem ao nível do sector privado e concentração da riqueza em determinados grupos económicos poderosos ou tradicionalmente bem colocados política, económica e financeiramente, que possam ser predilectos em relação aos demais.

Denota-se a imperiosidade da institucionalização de um órgão responsável pela gestão de PPP, como a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos em Portugal e órgão responsável pela Governação das PPP coadjuvados pela Comissão Técnica das PPP em Angola, desde que os

⁴⁰João Laisse Matabela. (2015). A Parceria Público-Privada de Pequena Dimensão – O Caso do Parque Infantil Municipal de Chimoio. DISSERTAÇÃO DE MESTRADO em Direito Administrativo. Chimoio-Mocambique, p. 42.

referidas órgãos em Moçambique sejam totalmente autónomos e independentes, para garantir a imparcialidade das suas decisões.

Por isso, de modo a suplantar os aspectos críticos, retro mencionados, urge que os mesmos sejam estatuídos na legislação, abrindo espaço para revisão da legislação infraconstitucional e ou quiçá da regulamentação da lei de base das PPP em epígrafe.

3.5 Desafios e perspectivas da transferência e partilha de riscos em PPP em Moçambique

A transferência e partilha de riscos nas parcerias público privadas, tem inúmeros desafios para a Administração Pública e o Estado, nomeadamente:

- ✓ A criação de um sistema específico das PPP no tesouro, para que se possa notar o seu contributo para o orçamento do Estado e institucionalização de um órgão específico responsável pela gestão das PPP;
- ✓ Evitar conflitos de interesses e tráfico de influências;
- ✓ Fragilidades decorrentes da legislação que, podem de todo ser aproveitadas para lesar o Estado;
- ✓ Exigibilidade do equilíbrio financeiro para evitar sobrecarga das contas do Estado;
- ✓ Falta da análise de empreendimentos concedidos antes da entrada em vigor da lei das PPP;
- ✓ A publicidade dos contractos públicos e todos aspectos decorrentes;
- ✓ A publicidade dos valores de impostos a serem pagos nas PPP;
- ✓ Formação e institucionalização de gestores e fiscais de contractos públicos que tenham domínio de gestão de riscos em parcerias público privadas;
- ✓ Formação dos gestores das UGEAS em gestão de risco nas PPP;
- ✓ Delimitação de funções;
- ✓ Captação de recursos e de fundos;
- ✓ Institucionalização do conceito de risco;

4. CONCLUSÕES

As parcerias público-privadas, vem catapultar o envolvimento do sector público no desenvolvimento dos serviços públicos e da administração pública, bem como surgem no âmbito das privatizações e liberalização da função pública e na transição do Estado Burocrático para o Estado liberal e o *New Public Management*.

Não obstante, a inexistência legal de um conceito de risco na legislação específica que versa sobre Parcerias, Público-privadas em Moçambique, a transferência e partilha riscos em PPP, legalmente acauteladas, é extremamente importante de modo a garantir que não existam ambiguidades nos contratos administrativos nesta vertente e convista a cobrir todas as eventuais

vicissitudes que possam decorrer durante a implementação das PPP.

Deste modo, a eficiência e eficácia das PPP, reside na transferência e partilha de riscos, pois visa a redução de custos, incentiva o sector privado e reduz ao mínimo as probabilidades da realização de negociações contratuais após a entrada em vigor de um determinado contrato administrativo. Dai a sua imprescindibilidade em contratos do género, apesar da inexistência de um órgão responsável pela gestão das PPP.

Apesar de o processo encerrar dificuldades relativas a avaliação e alocação devido a complexidades de diversa ordem, adjacentes ao próprio contrato e as peculiaridades deste, os riscos são largamente assumidos ou suportados pelo parceiro privado, sem prejuízo de por garantias ser reafectado a outros entes por subcontratação, processos relativos a seguros e/ou patrocinadores.

Outrossim, o processo de transferência e partilha de riscos em PPP, deve ter em conta as peculiaridades de cada caso específico, ou seja, não existem casos iguais, cada caso é um caso, desde que se tenha em conta as capacidades de avaliação, controlo e gestão das partes envolvidas nos contratos em epígrafe.

Igualmente, desde que, estejamos cientes de que todos os riscos assumidos decorrem de garantias contratuais tendo em conta o equilíbrio financeiro e que o Estado pode estar sujeito a compensações e as concessionárias salvaguardadas o direito da necessidade de reposição do equilíbrio financeiro constante do contrato.

Referências Bibliográfica

Obras

ALVES. Natália de Sousa Rodrigues. (Julho/2018). *O MODELO DE PARTILHA DE RISCO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PORTUGAL E BRASIL)*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências JurídicoPolíticas/Menção em Direito Administrativo.

ARAÚJO. Joaquim Filipe Ferraz Esteves. e **SILVESTRE.** Hugo Consciência. (2014). *As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal*. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro 48(3):571-593, Maio/Jun. 2014.

BELL, Judith. (2002). *Como Realizar um Projecto de Investigação (Trajectos)*. 2ª Edição. Lisboa. Gradiva Publicações, Lda.

CIP. (2013). *Lei das Parcerias Público - Privadas apresenta fragilidades que podem ser aproveitadas pela elite politico – empresarial*. Maputo. Moçambique. CIP. Maputo.

CORREIA. Vanda Cristina Charrua. (2014). *Parcerias Público-Privadas, Análise do Custo-Benefício*. Dissertação para Obtenção do Grau de Mestre em Contabilidade e Finanças. Setúbal-Portugal.

DICIONÁRIO, Dicionário Universal da Língua Portuguesa, Texto Editores, Lda, 8ª Edição, Lisboa-Portugal, 2007.

GIL, António Carlos. (1989). *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. Editora Atlas S.A. São Paulo.

GRESSLER, Lori Alice. (1979). *Pesquisa Educacional: Importância, Modelos, Validade, Variáveis, Hipóteses, Amostragem, Instrumentos*. Edições Layola. São Paulo.

GUEDES. Joana. (2011). *PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO*. Porto-Portugal.

GUERRA. Gonçalo Miguel Torrão. (2015). *Análise de custos numa Parceria Público Privada do Sector Eólico. Um estudo de caso. Dissertação de Mestrado em Economia e Administração de Empresas na Universidade de Porto*. Porto-Portugal.

KERLINGER, Fred Nichols. (1980). *Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais, um tratamento conceitual*. Editora Pedagógica e Universitária, Lda. São Paulo.

LAKATOS, Eva Maria e Marconi, Marina de Andrade. (2001). *Fundamentos de Metodologia Científica*. Editora Atlas S.A. São Paulo. 4ª Edição, Revista e Ampliada.

LIMA. Carlos Marcio Campos. e **COELHO**. Antonio Carlos (2015). *Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil*. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro 49(2):267-291, mar./abr.

MARQUES. Rui Cunha. e **SILVA**. Duarte. (2008). *As Parcerias Público-Privadas em Portugal. Lições e Recomendações*. Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review 2008, Vol VI, nº 10, 033-050. ISSN: 1645-9911.

MATABEIA. JOÃO LAISSE. (2015). *A Parceria Público-Privada de Pequena Dimensão – O Caso do Parque Infantil Municipal de Chimoio*. DISSERTAÇÃO DE MESTRADO em Direito Administrativo. Chimoio-Mocambique.

MELO. Ana Cristina Bettencourt. (2017). *ALOCAÇÃO DE RISCOS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UM ESTUDO DE CASO. DISSERTAÇÃO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM CIÊNCIAS ECONÓMICAS E EMPRESARIAIS*. Ponta-Delgada – Portugal.

NHAMIRE. Borges e **MATINE**. Jorge (Dezembro de 2015). *PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UM INVESTIMENTO NECESSÁRIO MAS PROBLEMÁTICO EM MOÇAMBIQUE-CASO DA CONCESSÃO DO PORTO DE NACALA E LINHA DO NORTE*.

PEQUENINO. Benjamim. (2017). *O Contrato de Parceria Público-Privada em Moçambique*. Maputo-Mocambique. Editora Escolar.

PINTO-FARIA. JOSÉ CARLOS CASTRO. (2015). *A ANÁLISE DE RISCO EM INVESTIMENTOS DO TIPO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS*. Tese de Doutoramento em Engenharia Civil. Universidade de Porto. Porto-Portugal.

QUIVY, Raymond e CAMPENHOUDT, LucVan. (1998). *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. Lisboa: Gradiva – Publicações, Lda.

RICHARDSON. Roberto Jarry. (1999). *Pesquisa Social, Métodos e Técnicas*. Editora Atlas S.A, São Paulo. 3ª Edição, Revista e Ampliada.

RUDIO. Franz Victor. (1997). *Introdução ao Projecto de Pesquisa Científica*. Editora Vozes Lda, Petrópolis, RJ-Brasil. 21ª Edição.

Legislação

República Popular de Moçambique. (1975). *Constituição da República*. Imprensa Nacional de Moçambique. Maputo.

República de Moçambique. (1990). *Constituição da República*. Imprensa Nacional de Moçambique. Maputo.

República de Moçambique. (2004). *Constituição da República*. Imprensa Nacional de Moçambique. Maputo.

República de Moçambique. (2018). *Constituição da República*. Imprensa Nacional de Moçambique. Maputo.

República de Moçambique. (2011). *Lei numero 15/2011 de 10 de Agosto, Lei das PPP*. Imprensa Nacional de Moçambique. Maputo.

República de Angola. (2019). *Lei n. 11/19, de 14 de Maio, Lei das PPP*. Luanda – Angola.

República de Angola. (2019). *Decreto n. 316/19, de 28 de Outubro, Regulamento da Lei das PPP*. Luanda – Angola.

República de Portugal. *Decreto-Lei n. 170/19, de 04 de Dezembro*, procedeu à décima primeira alteração ao Código dos Contratos Públicos, *Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de Janeiro* e à segunda alteração ao *Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio*.

República de Portugal. *Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de Janeiro*, cria o Código de Contratos Públicos.

República de Portugal. *Decreto -Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio*, cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos.

INTERPRETANDO AS DEMANDAS DE CONSUMO COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL: CARACTERÍSTICAS E INCENTIVOS QUE APONTAM PARA A NECESSIDADE DE UM MELHOR TRATAMENTO

Luiz Gustavo Cavalcanti de Araújo¹

RESUMO: Debate-se a interpretação da atual situação das demandas de consumo no Brasil como um problema estrutural, baseado na teoria dos processos estruturais de Owen Fiss. Ainda, aponta-se possíveis incentivos para que a situação se dê e se mantenha da forma atual, isto é, em graus elevados de demanda massificada, contribuindo para o congestionamento do sistema como um todo. Trata-se de pesquisa de cunho diagnóstico, visando apresentar uma interpretação acerca do panorama descrito como meio de possibilitar eventuais medidas de solução.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Processos estruturais; incentivos econômicos;

ABSTRACT: The present research debates a possible interpretation of the consumerists demands in Brazil as a structural violation, based on the Owen Fiss' structural injunctions theory. Also, are pointed possible economic incentives that sustain the current situation of a high quantity of legal and massified demands, contributing to the overflowing of the system in general. It is a diagnosis type research, aiming to present an interpretation of the reality and useful to realize eventual means of resolution.

Key-words: Consumerist Law; Structural injunctions; economic incentives.

Introdução

A partir do cenário da necessidade de novas e mais eficientes formas de tratamento das demandas judiciais no Brasil, sobretudo se observado o grande número de processos, número este que afeta diretamente a segurança e a celeridade da Justiça, visa o presente artigo debater um possível diagnóstico da situação, de modo que uma melhor compreensão do problema contribua para melhores opções de enfrentamento.

É nesta toada que se dá a presente pesquisa, com enfoque setor de consumo, e especialmente no que se refere as demandas desta natureza endereçadas aos Juizados Especiais Cíveis, haja vista

¹Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (2017), mestre no programa de mestrado profissional em “Direito, Justiça e Desenvolvimento” do IDP-SP (2020).

sua feição cotidiana e a posição destas demandas nos índices quantitativos oficiais² (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Frente essa situação e a partir do marco teórico dos processos estruturais de Owen Fiss, se busca interpretar a situação posta como um problema de natureza estrutural, visando as vantagens e oportunidades oriundas desta forma de interpretação. Discute-se neste ponto, para além da possível forma de apresentação deste problema, situações ligadas ao acesso e ao funcionamento da justiça.

Ainda, como forma de ampliar a análise da situação narrada, se discute a situação de eventuais elementos não estritamente jurídicos ou judiciais para a manutenção do quadro, buscando melhorar a compreensão da situação, e contribuir com as impressões anteriormente apresentadas. Neste ponto, se utiliza conceitos oriundos da análise econômica do Direito, sendo traçados alguns possíveis incentivos econômicos que reforçam ou desmotivam determinadas práticas dos agentes envolvidos, incentivos estes voltados para os elementos constitutivos destas demandas e que auxiliam na compreensão do problema.

Feitos todos estes levantamentos, traz-se um diagnóstico possível da situação, de modo que este diagnóstico indique para eventuais soluções mais precisas e que possam levar a melhores resultados no que tange a melhor eficácia dos comandos legais e jurisdicionais.

1. A teoria dos processos estruturais

A teoria dos processos estruturais advém da obra de Owen Fiss e suas reflexões sobre o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, caso no qual foi consagrada a inconstitucionalidade da segregação racial no sistema educacional estadunidense. A ideia parte do fato de que a decisão que nulificou os atos que permitiam a segregação por raça no sistema educacional não apenas promoveu o direito a igualdade, mas foi capaz de motivar a reestruturação de todo o sistema, objetivando um estado de não segregação (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 1).

Este processo não apenas resolveu um caso, mas foi o motor de alteração de uma estrutura já existente, sendo o divisor de águas para duas modalidades de processo, dois modelos de injunção: o da resolução de disputas e o dos processos estruturais.

O primeiro, da resolução de disputas, seria o modelo processual bipolar clássico: haveriam duas partes em conflito, visando a resolução de uma questão privada que lhes é de interesse. Ainda, tal modelo não trataria da mudança de uma estrutura preexistente, mas buscaria a restauração ou

²Por exemplo, dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, apontam que questões de consumo são o 6º tema mais recorrente nas demandas judiciais, ao passo que nos Juizados em questão, aproximadamente a metade das ações ali protocoladas são de natureza consumerista.

preservação de um estado de coisas preexistente, baseado na violação da lei ou contrato já postos, sendo o Judiciário um terceiro imparcial que avaliaria tal situação e decidiria com base na lei a situação específica.

Noutro sentido viriam os processos estruturais, no qual o intuito seria a alteração do *status quo* e não sua preservação. Tais processos lidariam principalmente com questões públicas e de direitos fundamentais, não podendo ser devidamente tratadas pela lógica bipolar do modelo de resolução de disputas. Nestes casos, tampouco o Judiciário agiria como terceiro imparcial, afastado das partes, já que neste caso este seria parte ativa, legítima e institucionalmente responsável em promover a alteração do quadro em nome destes valores coletivos, públicos e/ou fundamentais relevantes (FISS, 2005, p. 5).

Haveriam problemas em tratar uma situação que possua conteúdo de um problema estrutural pelo modelo de resolução próprio das disputas individuais, sendo a principal deles a situação de recorrência de demandas fundadas nos mesmos direitos, com pedidos idênticos ou análogos. Isso se daria, pois, não sendo tratado o problema estrutural de fundo, a verdadeira causa de tais violações de direitos, as consequências desse vício na estrutura, traduzidas nos problemas individualmente percebidos, seriam repetidamente levadas ao Judiciário visando soluções pontuais e específicas (ARENHART, 2013, p. 13).

No Brasil, o tema vem sendo tratado por diversos expoentes da doutrina, como Edilson Vitorelli, Freddie Didier e Sérgio Cruz Arenhart, sendo as contribuições destes aplicadas ao modelo Judiciário e processual do Brasil. Assim como Fiss, Arenhart levanta a problemática de se tratar um problema estrutural através da modalidade “ordinária” de processos, vez que a lógica bipolar, típica da modalidade da resolução de disputas, não atenderia a questão de fundo e de valores sensíveis correlatas àquele problema (ARENHART, 2013, p. 3).

Na sistemática brasileira, um processo estrutural possuiria duas fases distintas: em um primeiro momento, se avaliaria a situação, reconhecendo o problema e sendo expedidas medidas para o atingimento de determinado patamar desejável de respeito aos valores violados; o segundo momento, seria marcado pela avaliação do progresso atingido pelas medidas anteriormente expedidas e eventual expedição de novas medidas necessárias.

Tais fases seriam espelhadas no processo decisório, haja vista que a decisão pelo juiz competente também se daria em dois momentos: primeiramente, se reconheceria a situação de violação estrutural e seriam expedidas medidas para sua correção, e em um segundo momento, subsistiria uma fase de avaliação para averiguar se tais valores públicos foram atendidos em acordo com a primeira decisão (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 3).

Tal processo requer a alteração da lógica bipolar, isto é, da lógica de que haveriam apenas dois interesses dialeticamente contrapostos, isso independentemente do processo se dar na

modalidade coletiva ou individual. A lógica mais adequada para estes casos deve extrapolar a noção de bipolaridade, também alterando de forma radical a ideia de contraditório, vez que os interesses em jogo não operam numa lógica dialética, mas sim numa lógica multifacetada, intrincada e que opera em vários aspectos e graus diversos (FERRARO, 2015, p. 59).

Por essas diferenças um processo de natureza estrutural não se confunde com um processo coletivo, apesar dos processos estruturais se darem, por regra, com efeitos coletivos e multiplicidade de partes.

Tal qual explica Vitorelli, um processo coletivo é definido pela natureza jurídica de suas partes: ao invés de haver duas partes em conflito dialético, ambos ou um dos “lados” do processo é marcado pela multiplicidade de agentes no processo. Independentemente deste aspecto coletivo, a depender do pedido e da forma de organização do processo, este ainda estaria sujeito à lógica bipolar do sistema de resolução de conflitos, logo, não poderia ser confundido como processo estrutural (VITORELLI, 2018, p. 2).

Em sentido contrário viriam os processos estruturais, uma vez que estes geralmente assumem a forma de processos coletivos no que tange o processo, mas estes se diferenciariam de processos coletivos “comuns” por buscarem a superação da lógica bipolar, bem como atenderiam os pressupostos apontados por Fiss: afetação coletiva ampla (e não a partes necessárias do processo); a violação de valores constitucionais ou socialmente relevantes; ter o Judiciário como membro ativo e coordenador da aplicação de alterações no sentido do atingimento de valores sensíveis; e, sobretudo, ser o motor e visar a alteração do *status quo* preexistente. Tal última característica, própria dos processos estruturais, seria sobretudo encontrada no rol de pedidos deste processo (FISS, 2005, p. 8-10).

Em síntese, e até por tratar de interesses coletivos, os processos estruturais, em regra, se apresentarão em processos que possuam alguma alçada coletiva³, contudo, não necessariamente todo processo coletivo se dá em nível estrutural. A proposta de um processo estrutural visa justamente inaugurar uma noção de processo em que as ideias de contraditório, pedido e procedimento ultrapassem a noção preexistente própria do modelo de resolução de conflitos e tratando de violações que se dão numa escala mais alargada (ARENHART, 2015, p. 8).

Especificamente quanto ao problema estrutural, diversas características o diferenciariam um problema comum, este passível de uma solução oriunda do sistema de resolução de conflitos. Dentre estas diversas características, aponta Naomi Sharp: a inexistência de um ponto de parada na violação de direitos, ou seja, a lesão não possui uma delimitação temporal ou factual, ao

³Na experiência brasileira, processos estruturais geralmente se apresentam em ações civis públicas, processos que podem abarcar uma grande variedade de atores e possui sistemáticas processuais mais “livres”, como foi o caso da Ação Civil Pública do Carvão, estudada por Sérgio Cruz Arenhart como um processo estrutural. In ARENHART, 2015, p. 5.

contrário, ela se alonga no tempo; que o dano causado geralmente possui complexidade e suas causas são profundas; que o dano resultante seria apenas a evidência, o sintoma, da violação estrutural (SHARP, 1999, p. 45).

Sharp ainda aponta que as relações entre ofensores e ofendidos é duradoura ou com contornos de obrigatoriedade, remetendo sobretudo às violações estruturais perpetradas por agentes do Estado (tal qual fora o próprio *Brown vs. Board of Education*), mesmo sendo apontada pela própria autora que tais violações oriundas de uma estrutura também possam se originar de organizações privadas (SHARP, 1999, p. 44).

Tais características são utilizadas para a identificação de um problema que possivelmente seria melhor solucionado através de uma tutela que considere os pressupostos do processo estrutural, isto é, a violação de um princípio constitucional e/ou socialmente sensível e a necessidade da alteração do *status quo* para que tal violação cesse, se atingindo assim um estado de maior eficácia deste direito ou valor violado.

Feitas estas considerações, parte-se para a análise da situação das demandas de consumo no Brasil, buscando depreender das características desta situação elementos que possibilitem a interpretação desta como um problema estrutural, apontando para a necessidade da compreensão desta situação em sua dimensão complexa e demandando o tratamento adequado a tais complexidades.

2. A situação das demandas de consumo no Brasil como um problema estrutural

De acordo com dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, os processos correlatos a questões de consumo são a 6º matéria mais demandada judicialmente no Brasil (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2020). Ainda, os processos de consumo correspondem a aproximadamente metade dos processos judiciais em curso nos Juizados Especiais BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 121).

Quanto a tais Juizados, deverá ser aberto um parêntese: tais instâncias surgiram com o intuito de democratizar o acesso à Justiça, oferecendo um meio de tutela jurisdicional de baixo custo (apenas são cobradas custas no caso de recurso ou demonstrada litigância de má-fé), além de ser uma alternativa para o desafogamento das instâncias da justiça comum e que se encontravam em altos níveis de congestão (TOSTA, 2010, p. 17).

Ocorre que com o transcorrer dos anos, os Juizados Especiais se tornaram tão congestionados quanto as instâncias ordinárias, o que indicaria para a existência de uma demanda reprimida por serviços públicos judiciários e a manutenção da necessidade de se recorrer ao Judiciário para sanar as mais diversas questões afins (SILVA, 2020, parte 1.2).

Em dados oficiais, se aponta que metade da capacidade destes Juizados está ocupada com o

tratamento de demandas de consumo, mas não quaisquer demandas de consumo. No caso, grande parte destas demandas são direcionadas a determinados setores empresariais: a do setor de telecomunicações; do setor bancário; e das empresas e concessionárias de serviços públicos, correspondendo estes setores ao que se compreende como demandas de consumo de massa (PALMA; BARBIÉRI, 2019).

É visando mais uma forma de contenção do grande número de demandas de consumo que foram estabelecidos meios de resolução (individual) destes problemas, sobretudo através dos Procon's e de plataformas públicas, como o “consumidor.gov”. Analisando tais plataformas, constata-se que os mesmos setores demandados judicialmente são os acionados de forma extrajudicial, o que aponta para a existência anterior destas violações da lei do contrato e não apenas uma “cultura demandista” ou uma suposta criação artificial de demandas⁴.

Ainda, se observadas as informações trazidas por estas próprias plataformas, o número de casos relatados se dá em níveis também considerados altos, além de haver similaridades entre tais setores no que concerne aos tipos de reclamação (como cobranças indevidas ou má prestação de serviços). Tais informações apontam para a ocorrência e recorrência destes problemas de consumo apesar da grande quantidade de reclamações e acionamentos judiciais frente a tais empresas (SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR, 2018, p. 6).

Deve ser explicitado ainda como se dá o tratamento destes casos nestas duas vias: nos Juizados, as demandas são sobretudo alocadas nas categorias de “responsabilidade do fornecedor” e “danos morais”, resultando geralmente na condenação à reparação pelos danos materiais sofridos, prestações afins e a condenação aos danos morais, largamente debatida na academia, sobretudo no que se refere à suposta “indústria dos danos morais”.

Quanto a tal suposta “indústria”, observa-se que os valores obtidos pelos demandantes não correspondem a valores vultosos se comparado às operações dos agentes econômicos envolvidos, e tampouco teriam condão de enriquecer o demandante ou de cumprir com algum ensejo punitivo-pedagógico (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, partes 3 e 4).

Como anteriormente apontado, os processos de consumo se dão, em sua grande maioria, a nível individual e através do rito simplificado dos Juizados Especiais, apesar da existência e o intuito de se tratar questões de consumo pela via da tutela coletiva, considerando a própria classificação e natureza dos direitos do consumidor⁵.

Já no caso do acionamento das instâncias administrativas, seja pela plataforma das próprias

⁴Por vezes, é apontado como um problema uma suposta “cultura demandista” no Brasil, uma vez que o brasileiro teria o entendimento de que a melhor e única forma de solucionar um problema da vida seria através do Judiciário. Tal argumento encontra algum respaldo pela própria “demanda” de Justiça percebida após a criação do Judiciário, mas para o presente estudo, entende-se que anteriormente ao intuito do consumidor em acionar a Justiça, há a preexistência de um problema fático de consumo, problema este que dá azo a propositura das reclamações administrativas, seja pelos canais das próprias empresas, seja pelos canais oficiais e órgãos correlatos e também à propositura de demandas Judiciais.

empresas (como por exemplo, SACs) ou daquelas disponibilizadas pelo poder público, ocorrem acionamentos individuais, solucionando casos concretos dos consumidores que utilizam estas plataformas, mas sem que haja a feição indenizatória, como ocorre no acionamento judicial.

Tal forma de abordagem direta pelos consumidores na forma individualizada não priva os organismos do poder público de buscar ações coletivas, mas para fins do presente estudo, nos concentraremos nos dados e casos levados individualmente pelos consumidores a tais instâncias e não eventuais acionamentos de iniciativa destes órgãos voltados para o Judiciário e/ou órgãos reguladores de mercado.

Tendo em vista a natureza coletiva e difusa dos interesses do consumidor, bem como a noção de que tais problemas não podem ser interpretados como demandas comuns e isoladas pela sua própria natureza consumerista, tal qual aponta Miragem, pode se interpretar que tais demandas se dão na modalidade de demandas pseudoindividuais, tal qual trouxe Watanabe (MIRAGEM, 2020, parte 3).

Explica-se: demanda pseudoindividual seria aquela que apesar de se apresentar como individual, ou de ser fundada em direito supostamente individual, acaba por dever ser compreendida como coletiva, haja vista a natureza da decisão decorrente ou a tutela intendida (WATANABE, 2006, p. 30).

Ao fim, o problema existente na prática seria o tratamento destes problemas de consumo de massa, compreendidos pela doutrina como possuidores de uma natureza coletiva, através de demandas judiciais ou administrativas individualizadas, não sendo aplicados os efeitos necessários para que houvesse a sua resolução numa escala mais alargada, o que levaria à nova proposição de demandas (HERMAN, 2010, 155).

Quanto aos atores presentes nestas demandas, não se poderia deixar de fazer menção à classificação trazida por Cappelletti e Garth em “Acesso à Justiça”, vez que restariam configurados no caso uma situação em que os fornecedores largamente demandados seriam *repeat players* ou litigantes habituais. Estas figuras, no processo, seriam aquelas capazes de obter vantagens estratégicas da quase que perene presença no jogo processual.

Tais vantagens iriam da formação de laços informais entre os representantes da parte litigante e os membros da instância julgadora até a possibilidade de gerenciamento destas demandas em escala, baseada na possível compreensão dos rumos e possibilidades dos processos; da testagem de teses; do oferecimento ou não de acordos; dentre outras, de modo que a operação no Judiciária se torna menos custosa ou até mesmo vantajosa em determinados casos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 25).

⁵Neste sentido, não se poderia deixar de mencionar diversas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ou por entidades de proteção do consumidor, bem como dispositivos legais e dos tribunais voltados à tutela coletiva destes direitos, como o art. 81 do CDC e o Enunciado nº 32 da FONAJE, todos no sentido da identificação e tratamento de problemas de consumo a nível coletivo.

No mesmo sentido traz Galanter, apontando que se deveria alterar a forma de tratamento processual destes casos, visando justamente coibir tais vantagens de modo a proporcionar um ambiente de embate judicial mais equilibrado e efetivo (GALANTER, 2018, p. 48).

A situação é bastante clara nas palavras de Mancuso (MANCUSO, 2015, parte 2, item 3.1.):

Não raro, torna-se cômodo e conveniente para os clientes habituais do Judiciário (v.g., Poder Público, Bancos, empresas de seguro-saúde, entidades de crédito ao consumidor, administradoras de cartões de crédito, empresas de telefonia) deixar que as pendências se judicializem e permaneçam sub judice o maior tempo possível: isso dispensa tais litigantes de investir em recursos humanos e materiais na organização de serviços de atendimento ao público, que, se bem estruturados e manejados, preveniriam pendências e resolveriam aquelas já instaladas. Dado que esse vasto segmento trabalha em economia de escala na sua relação com a Justiça estatal, o custo do acompanhamento dos processos não pesa significativamente, sendo antes um modo inteligente de repassar ao Estado o encargo de gerenciar tais pendências. Não admira que tantas empresas prefiram adotar uma política de apenas pagar direitos trabalhistas em Juízo, assim se poupando do custo de organização e manutenção de seu próprio Departamento Jurídico, assim repassando ao Judiciário (numa sorte de terceirização!) o ônus de analisar a pretensão do ex-empregado, calcular o quantum indenizatório e ainda presidir eventual negociação. (grifo nosso)

Em síntese: se observa um grande número de demandas a nível massificado, repetitivo e correlato a agentes reincidentes. O tratamento destas demandas de forma individualizada não interrompe o problema e ainda pode ser traduzido em vantagens para os agentes repetidamente demandados.

A situação apresentada pode ser compreendida como alguma das características dos problemas estruturais na análise de Naomi Sharp, uma vez que as violações de direito e que resultam em demanda, seriam apenas o sintoma, evidência de uma estrutura viciada e que acaba por culminar nestas violações de direitos particulares.

Deve-se fazer menção também a tais questões se darem a nível coletivo, apesar do tratamento majoritariamente individual. Como anteriormente levantado, tal forma de tratamento pode até mesmo agravar a situação-problema, vez que não se enfrentaria o problema em sua causa, mas apenas em seus sintomas. Neste sentido, já apontou Mancuso que um dos grandes problemas do acesso à Justiça no Brasil seria de justamente tratar os sintomas dos problemas jurídicos, sem que se atente as causas destes problemas (MANCUSO, 2015, parte 3, item 2.8).

Existem ainda registros acerca do prolongamento destes problemas de consumo no tempo, tal qual apontou em entrevista Igor Britto, diretor de relações institucionais do Instituto de Defesa do Consumidor. Para o entrevistado, problemas de consumo reiterados ocorrem desde o início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, apontando ou para a impossibilidade de cumprimento do Código ou para a inefetividade dos comandos judiciais e regulatórios no sentido do cumprimento da norma posta (VELOSO, 2019).

Quanto a isto, poderia se levantar que tais empresas, por corresponderem a parcela considerável do mercado no qual atuam, e por oferecerem, em regra, contratos de longa duração e com alta demanda, seriam mais sujeitas a serem demandadas em qualquer instância.

E de fato, tal correlação é possível, contudo, ainda são encontradas outras características dos problemas estruturais na situação analisada, de modo que se observada o não cumprimento reiterado dos comandos legais e judiciais, a inefetividade do tratamento individual e a interpretação destas demandas e reclamações como um sintoma, sintoma de violações de direitos preexistentes e decorrentes do modo de operação destas empresas.

Ocorre que, observadas as capacidades financeiras e técnicas destas empresas, seriam estas as mais capazes em adotar medidas tanto no sentido de se evitar a ocorrência destas ilegalidades, quanto no sentido de solucionar eventuais lesões.

Na prática, o que acontece é justamente o contrário: o “peso” das condenações para empresas litigantes habituais é consideravelmente menor se comparado ao das menores, no qual uma condenação padrão poderá comprometer sensivelmente sua operação. Nesta lógica, é mais arriscado fazer uso de práticas ilegais ou que incorram em algum tipo de dano para as empresas de menor porte.

Em sentido contrário, observa-se que, apesar da possibilidade econômica de investir em métodos mais seguros, as litigantes habituais não necessariamente se organizam neste sentido, sendo demandadas em grande quantidade, sem que, contudo, tais acionamentos e condenações causem o efeito esperado de correção (ORSINI; RIBEIRO, 2015, p. 5).

Também estão contemplados os pressupostos levantados por Fiss no que tange o processo e os problemas estruturais, sendo eles a violação de um preceito fundamental ou um valor social de alta relevância; a afetação da coletividade e não de um caso individual; o Judiciário possui presença ou correlação com a questão a ser tratada; restando necessário apenas o objetivo em alteração do *status quo* posto e não a sua preservação e/ou reestabelecimento, elemento que seria observável numa ação afim (FISS, 2005, p. 5).

O primeiro destes elementos, para além da alta relevância social das questões consumeristas numa sociedade capitalista, é encontrado na própria Constituição de 1988, seja no art. 5º, XXXII, que alça a defesa do consumidor como direito fundamental, seja no art. 170, V, no que tange a regulação da ordem econômica.

Quanto a tal regramento, deve-se levar em conta que a norma constitucional no âmbito do consumidor é baseada em regulação e intervenção estatal, apesar da opção constitucional pelo sistema capitalista. Tal regulação se dá sob sopesamento com outros valores e princípios constitucionais, como as liberdades de mercado e propriedade. O intuito constitucional é de conformação do mercado a patamares básicos de defesa e dignidade do consumidor no seio da operação mercadológica (GRAU, 2003, 254-255).

A afetação coletiva e não passível de resolução individual é depreendida pelas próprias características do Direito do Consumidor, este entendido como inscrito no rol dos interesses coletivos, difusos e não homogêneos, bem como a partir das características anteriormente trazidas voltadas a existência de violações de direito em grau amplo, por vezes repetitivas apesar do tratamento em âmbito individual.

A participação do Judiciário é particularmente notória no caso estudado, já que o Judiciário é prejudicado pela situação posta, além de peça central na (re)produção do problema. Explica-se: a má gestão ou mau tratamento das demandas, de modo inefetivo ou incapaz de estancar a reprodução de novos fatos violadores de direito acaba por ser convertida, ao menos em parte, em novas demandas, estas que acabam por prejudicar o bom desempenho da própria atividade pública de julgar.

Isso porque o mau tratamento dos casos, o não enfrentamento das causas e a ideia de “fordismo judicial” levaria apenas a maior, e não melhor, oferta de serviços judiciais, agravando o estado de congestão do sistema e não a algum tipo de pacificação regulatória (MANCUSO, parte 3, item 2.8).

Por fim, quanto ao intuito de uma ação estrutural, esta voltada para a mudança do *status quo* vigente no que tange àquela violação e a estrutura que a mantém, entende-se que estaria configurado o problema e seria necessária uma ação inscrita num modelo apropriado, modelo este que contemplasse a verdadeira natureza do problema e suas complexidades, resultando num pedido que pudesse proporcionar a alteração do quadro.

3. Incentivos e outros elementos que reforçam o quadro de demandas repetitivas

Não bastaria apenas o apontamento e a subsunção do problema tratado como um de natureza estrutural para que o mesmo fosse compreendido, devendo ser investigados elementos que causam tal situação e não apenas seu enquadramento em determinada nomenclatura doutrinariamente estabelecida.

É neste sentido que é trazida a ideia de incentivos, sendo estes incentivos oriundos da análise econômica do Direito, e que seriam elementos não jurídicos, mas que impulsionariam determinadas situações ou agentes em prol da situação-problema relatada (MANKIWI, 2014, p.

7).

A escolha destes elementos se deu por se tratar do estudo das escolhas dos agentes econômicos, bem como de seus consumidores e a forma com que tais personagens agem numa situação de violação do Direito do Consumidor, este intimamente ligado a questões econômicas e de mercado. Tais elementos comporiam o diagnóstico e reforçariam os argumentos do mesmo, possibilitando eventuais soluções mais acuradas para o problema de pesquisa.

A ideia de incentivos composta neste trabalho se dá analisando os elementos de custos, sejam eles os custos de oportunidade, sejam eles os custos de transação, bem como a análise econômica dos danos punitivos, trazida por Steven Shaveel e Mitchell Polinsky, e que revela a consequência econômica na escolha dos agentes frente as decisões e sanções judiciais.

O intuito é, compreendendo que os agentes econômicos perpetradores operam numa sistemática de escassez e estão submetidos à lógica econômica, inferir possíveis incentivos e desincentivos para que determinadas práticas e formas de organização empresarial se manifestem e se mantenham à revelia da norma.

Seguindo adiante, levanta-se que custos de oportunidade são aqueles na qual opções possíveis em determinada circunstância são perdidas na medida em que o agente opta por uma delas, seguindo a ideia de “cada escolha implica numa renúncia”. Desta forma, o “custo” seriam todas aquelas opções perdidas no ato da escolha (MANKIW, 2014, p. 244-245).

Pelo próprio contexto de escassez, os agentes fazem escolhas racionais, baseadas no custo-benefício das opções possíveis, seus próprios interesses e eventuais riscos. Tal lógica é encontrada tanto em indivíduos, quanto em instituições que possuem interesses definidos, como as empresas que visam ganhos e lucros (HAMMOND, 1997, p. 3).

Já os custos de transação operam nestas escolhas, mas são aqueles que não integram vantagem de nenhuma das partes, sendo neles em que o Direito operaria, tornando determinadas transações mais ou menos custosas. Neste sentido, os custos de transação auxiliariam na realização de uma escolha, mas não são uma escolha abandonada, mas sim parte do “preço” que se pagaria por determinada operação, sem que outra parte (como o vendedor, por exemplo) obtivesse uma vantagem (BOUCKAERT; GEEST, 2000, p. 464).

É destes custos de transação que se infere o “teorema de Coase”, que revela que em um ambiente livre de custos de transação e com direitos de propriedade bem consolidados, as transações possíveis seriam sempre ótimas, independentemente da distribuição inicial ou da existência de um sistema regulatório que opere no sentido de um agente ou outro. O Direito agiria no sentido de aumentar ou diminuir estes custos, tornando uma operação mais ou menos custosa, a ponto desta mesma operação ser viável ou não para o agente em questão (COASE, 1960, p. 3).

A ideia de uma transação “ótima” também deve ser explanada: uma situação ótima seria aquela de maior eficiência, na qual os agentes envolvidos encontram um estado no qual os ganhos ou a

realocação de recursos não melhoraria a condição de nenhum dos agentes caso alterada, sendo esta a situação mais “benéfica” para a totalidade dos agentes. Tal situação seria a melhor para qualquer um deles sem que outro “perdesse” mais recursos e vantagens (MANKIW, 2014, p. 130).

Para o presente estudo, serão levantados custos de transação existentes sobretudo no ato de acionar o Judiciário visando a reparação destes direitos e bens afetados por estas violações, sendo avaliados também as consequências deste acionamento para as partes.

Já quanto os impactos de uma decisão condenatória, sobretudo àquelas em danos punitivos, pela análise econômica do Direito são dados na obra de Pollinsky e Shavell, na qual pregam os autores a necessidade de tais danos (e as punições como um todo) se darem a um nível ótimo, isto é, que nem desincentivem aquela atividade afim, e que tampouco incentivem a atuação ilegal.

Este seria um equilíbrio delicado entre a ideia de dissuasão insuficiente (*underdeterrence*) e dissuasão exagerada (*overdeterrence*), buscando a dissuasão eficiente, isto é, aquela que não incentiva o descumprimento da norma, tampouco torna a atividade deveras custosa, restando como melhor opção a atuação regular.

Sobre os danos punitivos, deve-se levantar ainda que este instituto, oriundo da doutrina norte-americana, é um mecanismo que visa atender a ideia de reparação integral e equivalente ao dano, utilizando a feição punitiva como multiplicador para as possíveis vezes em que o agente restou impune pelo dano causado. Vários elementos comporiam este multiplicador, como as circunstâncias do caso que possibilitariam a impunidade, a legalidade e aceitabilidade da conduta, dentre outras (POLINSKY; SHAVELL, 1998, p. 882).

Aplicando-se a possibilidade dos danos causados serem integralmente reparados pela existência da modalidade de danos punitivos, o agente seria compelido a adotar as medidas de prevenção calculadas até o valor da possível punição, uma vez que seria mais vantajoso adotar a medida de precaução do que estar sujeito à punição caso a violação ocorra. Desta forma, estaria atingida ideia de dissuasão eficiente, pois o agente foi incentivado a adotar medidas de precaução ante a possibilidade de sanção.

Outro ponto a ser levantado é que, ante a possibilidade de punição pela totalidade, os agentes infratores também seriam impulsionados a adotar as melhores formas de tratamento dos problemas que causam, estando todos estes movimentos contidos na ideia de se buscar as melhores opções frente a possibilidade de reparação integral de um dano (POLINSKY; SHAVELL, 1998, p. 947).

Estes elementos, compostos pelas ideias de custos e a existência de um regime de dissuasão, eficiente ou não, incorpora uma ideia de incentivos aplicáveis ao caso e que poderiam incentivar os agentes para que a situação problema relatada se configure.

Feitas tais explanações, levanta-se primeiramente possíveis incentivos e desincentivos que

agiriam sobre o consumidor lesado, este que estaria sujeito a tais “impulsos” no sentido de acionar o Judiciário ou as ferramentas administrativas visando a resolução de um problema de consumo que enfrentou.

Neste sentido, aponta-se para além do eventual interesse na reparação do próprio patrimônio e/ou resolução de um problema que pode ter os mais variados graus de dano, os baixos custos de acionamento dos mecanismos de resolução, seja ele judicial, seja ele administrativo.

No judicial pois, se forem analisadas as situações levadas aos Juizados Especiais Cíveis, levanta-se a questão da não cobrança de custas iniciais e honorários sucumbenciais, bem como a imposição destas custas apenas em grau recursal e/ou no caso de comprovada litigância de má-fé. Como anteriormente levantado, tais juizados tinham como intuito democratizar o acesso ao Judiciário, de modo que seu desenho é voltado para facilitar este acesso, inclusive no sentido financeiro.

Tais Juizados ainda dispensam a contratação de advogados para causas de até vinte salários mínimos, de modo que este custo não se aplicaria, e mesmo quando aplicado, existem evidências de que a defesa técnica nestes casos também possui baixos custos (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, parte 2).

Ainda, operaria como incentivo para o acionamento judicial o possível ganho financeiro, sobretudo aquele oriundo dos danos morais inscritos na lógica punitiva-pedagógica, apesar de ser necessário pontuar quanto a sua incapacidade de promover enriquecimento da parte indenizada ou prejuízo sensível da parte pagadora, ao contrário do que é encontrado em diversos julgados (ROSENVALD, 2019, p. 3).

Há uma situação similar no que se refere aos meios e plataformas de resolução administrativa, observado a questão da inexistência de pleitos indenizatórios, mas apenas a possibilidade de reembolsos e a solução concreta do problema. Ainda assim, haveriam custos baixíssimos para o acionamento destas plataformas.

Não se poderia, contudo, apontar que haveriam apenas incentivos claros para que os consumidores acionassem as instâncias de resolução, vez que haveriam circunstâncias que desincentivariam tal acionamento, a começar pela opção racional de apenas se acionar algum método de resolução quando o transtorno superar os custos deste acionamento.

A partir daí, pode-se apontar gastos em relação ao tempo dispendido para a proposição da demanda (e aquele não dispendido com quaisquer outras atividades), o aguardar até sua resolução, gastos com advogados (caso feita a escolha por esta contratação), busca e confecção de documentos, entre outros.

Os ganhos possíveis deverão ser analisados em acordo com os riscos da ação e as perspectivas de vitória em todos os seus aspectos, como demora, valores atingíveis, esforço desempenhado, entre

outros. É a partir desta reflexão que se entende que a situação na qual o dano não ocorre, não necessariamente é idêntica àquela em que ocorre o dano e ele é posteriormente indenizado, vez que da situação original serão decrescidos estes demais custos afins existentes no próprio ato de demanda (FORTES, 2019, p. 126).

Por fim, ainda quanto a estes consumidores, se poderia dizer que em havendo altos custos de transação e/ou um dano que lhe seja desprezível, o consumidor será incentivado a optar pelo não ajuizamento, levando a situação em que o agente ofensor não seja responsabilizado pela lesão que deu causa.

Poderia se questionar acerca dos mesmos incentivos aplicados às ações coletivas, e neste sentido é necessário expor que uma ação coletiva possui ônus maiores (como a própria organização da coletividade) e bônus menores (se comparados a possíveis ganhos numa ação individual). Deste modo, pode-se compreender porque as ações individuais se proliferam, contudo, tal proliferação não seria possível sem que houvessem causas, tanto fáticas, quanto na estrutura de tratamento destas demandas que motivassem tais demandas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 27).

Já analisando os agentes que ocasionam tais ilegalidades, levanta-se em primeiro lugar que as mesmas vantagens competitivas decorrentes dos baixos custos destas demandas também se aplicam: caso surgido um caso no Judiciário, as empresas também estão isentas da condenação em custas e honorários, diferentemente do que ocorre nas varas comuns.

A princípio, entende-se que o próprio comando legal ou decorrente das decisões judiciais serviria de desincentivo para determinadas práticas, de modo que as alterações e adequações necessárias para o cumprimento destes ditames se daria como consequência da existência deste regramento. Ainda, no caso do consumo, poderia se levantar a situação da perda reputacional decorrente de determinados vícios no produto ou serviço, fato que levaria práticas lesivas ou abusivas ao *status* de indesejáveis pelos próprios agentes.

Também existem custos com advogados, prepostos e uma equipe para lidar com tais processos e/ou reclamações, sendo sempre a opção de custos “nulos” aquela em que não existe a demanda, logo, seria desejável a não ocorrência ou baixa ocorrência de eventos que demandassem tais esforços.

Nesta situação, deve-se apontar a situação levantada nos estudos quanto ao acesso à Justiça, na qual aponta-se a possibilidade dos agentes dotados de grandes possibilidades financeiras e longa inserção no “jogo judicial” de mitigar tais custos, sobretudo se observada a possibilidade de gestão destes procedimentos em escala e diluição destes mesmos custos através de atuação estratégica e padronização de teses (MARCELLINO JUNIOR, 214, p. 241).

Levanta-se ainda a questão das condenações, haja vista que para além da definição legal e/ou jurisprudencial de que determinadas condutas violariam o ordenamento, tais definições vem

acompanhadas de sanções a nível pecuniário aos agentes infratores e também no sentido de determinadas obrigações, que possuem custos por si só.

No que tange a questão da responsabilidade do fornecedor, como já trazido, são aplicáveis em diversos casos a condenação a título de danos morais, condenação esta que poderá vir numa feição majorada, pois integra vieses punitivos-pedagógicos buscando justamente a não repetição da conduta e a sinalização para os demais agentes que determinadas práticas são puníveis (ROSENVALD, 2019, p. 6).

A respeito destas condenações devem ser levantados dois pontos, sendo o primeiro, os custos que desincentivam o acionamento daqueles que sofrem com a ilegalidade. Tal constatação remete à ideia dos danos punitivos, estes que teriam o objetivo de alcançar a totalidade dos danos ocasionados por aquela operação e oferecer uma condenação mais condizente com o dano causado.

Em segundo lugar, seriam os casos em que há o acionamento, mas a sua reparação se dá em níveis insuficientes para a devida dissuasão da prática, seja pelo tratamento individualizado em sede administrativa que apenas corrige um vício localizado, seja pelo tratamento judicial que resulta numa condenação aquém do valor capaz de alterar a situação fática daquela relação (FORTES, 2019, p. 131).

Estas duas observações remetem a situação de ilicitude lucrativa apontadas na academia e ocorre quando determinadas práticas ilegais são mais rentáveis que o cumprimento da norma. Possíveis eventos da ocorrência da ilicitude lucrativa teria ocorrido em ao menos duas searas: na do consumidor, tal qual levanta Pedro Rubim Fortes e na trabalhista, como traz João Hagenbeck Parizzi.

Na obra de Fortes são levantadas questões correlatas a punição insuficiente, que seria aquela que não leva em conta a totalidade dos vícios e consequentes danos. Tal punição minorada corresponderia a ganhos do agente ofensor, vez que o mesmo aferiria ganhos em todas aquelas operações na qual o mesmo violou o ordenamento e restou impune. Tal análise é suportada pela ideia de que a situação de não dano não se confunde com a de dano seguido de reparação, observadas as perdas decorrentes nesta segunda situação.

Fortes exemplifica a situação com o caso das cobranças: numa determinada cobrança ilegal por um agente econômico, tal agente “lucra” sobre todas as cobranças indevidas que realizou, mas que não foram ressarcidas. Quanto às que foram efetivamente ressarcidas, deve-se levar em conta que o valor ressarcido não necessariamente se confunde com aquele inicialmente cobrado, e na hipótese de haver algum tipo de indenização, estas não necessariamente cobrem a totalidade de outras cobranças indevidas. O resultado ao final é que o agente que cometeu a ilegalidade lucrou com a prática ilegal e nem mesmo a determinação Judiciária fora suficiente para conter tais ganhos (FORTES, 2019, p. 118).

Deve ser ainda levantado um parêntese: os desincentivos para as práticas ilegais inscritos nas perdas reputacionais dos agentes econômicos estaria mitigado em economias de baixa concorrência, haja vista que não restariam opções não viciadas para os consumidores. No caso brasileiro, litigantes habituais se encontram em setores de alta concentração de mercado, ou em monopólios naturais (como no caso das concessionárias de água, esgoto e energia elétrica), de modo que resta configurado tanto o elemento do problema estrutural de certa compulsoriedade na relação entre ofendido e ofensor, quanto o elemento da mitigação de possíveis danos reputacionais. Tais elementos incentivariam a ilicitude lucrativa (FORTES, 2019, p. 131).

Parizzi chega a conclusões semelhantes analisando o não pagamento voluntário de determinada verba rescisória por determinado empregador do setor bancário. A análise parte da ideia dos ganhos destes valores na eventual não proposição da ação de cobrança, mas é também levantado ao longo da pesquisa possíveis ganhos oriundos da demora no processamento destas demandas e a delegação de diversas obrigações acessórias deste dever legal, como o cálculo, para o Judiciário ou outros agentes da demanda (PARIZZI, 2019, p. 118).

Caso mantida a situação tal qual ela se encontra, é mais vantajoso para que a empresa não realize os pagamentos, tampouco mobilize seu pessoal para que seja confeccionado o cálculo e os documentos para tal pagamento, vez que tais obrigações são transferidas ao Judiciário e/advogados da parte demandante. Há ainda a possibilidade de eventuais vitórias por parte do violador, como em hipóteses das perdas de prazo, eventual entendimento do magistrado neste sentido ou da falta de provas por parte do lesado, todos estes que incorporariam ganhos do ofensor (PARIZZI, 2019, p. 118).

Além de dialogar com o que fora trazido por Mancuso (MANCUSO, 2015, parte 2.18), tais levantamentos e o uso do Judiciário como terceiro na realização de atos próprios de outros agentes aponta para a existência de uma questão estrutural, que requererá uma tutela específica e que contemple tais complexidades. Não se trataria então de casos individualizados ou ainda, casos coletivos, mas inscritos numa lógica individualizada.

Feitos tais levantamentos, pode-se entender que possivelmente os custos para a alteração do funcionamento destes agentes (ou seja, a alteração de sua estrutura) seriam mais altos que os da manutenção do atual estado de coisas e que resulta em violações de direito, sobretudo se observada tanto a situação de dissuasão insuficiente, quanto a possibilidade de delegação de obrigações. Neste sentido, uma medida de alteração do quadro passaria pelo aumento dos custos da manutenção deste estado de ilegalidade e/ou pela diminuição dos custos para uma transição para um estado mais adequado à norma.

Ao fim, a partir da leitura destes incentivos, incidentes tanto aos consumidores no sentido de impulsionar o acionamento individual, quanto às empresas no sentido delas “se deixarem ser acionadas” ao invés de alterar sua estrutura operacional, compreende-se que a situação-problema

proposta não se limita a uma questão judiciária, mas seria de fato uma situação mais complexa, com elementos diversos e que deveria ser interpretada como tal.

Ainda, levantado o fato de que tais situações e elementos operam e são interpretados numa escala macro, não poderia o Judiciário e outras instâncias que visam tratar de tais problemas se limitarem a tratar tais questões de modo individual. Ao contrário, o tratamento individualizado por mais efetivo que possa ser num caso concreto, não dialoga com ideia da efetividade e segurança jurídica, tampouco contribui para a resolução de problemas de fundo que culminam em lesões sistemáticas de direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas tais explanações e trazidos tais dados, pode-se concluir que a situação das demandas de consumo, sobretudo àquelas ligadas aos setores empresariais compreendidos como litigantes habituais, podem ser compreendidas como problemas estruturais. Tal compreensão se daria pois não se tratam de problemas de consumo ordinários, limitados no tempo e espaço e que poderiam ser resolvidos através de ato único do poder público, mas ao contrário. Tais problemas demandariam uma compreensão aprofundada desta realidade.

Tal compreensão perpassa pelas lógicas e ambientes em que estão inseridos os agentes envolvidos, sejam eles os consumidores que experimentam todos dias problemas desta natureza, sejam as empresas que buscam oferecer melhores ganhos e resultados no decorrer da sua operação em um ambiente de mercado.

Neste sentido, não podem deixar de ser considerados os incentivos, estes que podem ser determinantes para a adoção ou não de práticas preventivas e também para a adoção ou não de práticas ilegais, vez que estes agentes operam justamente a partir dos custos e ganhos destas mesmas escolhas.

Não se trata de condenar tais lógicas, de se criminalizar o intuito de lucro ou o funcionamento destes agentes, mas sobre ter em mente que não bastam os comandos legais e jurisdicionais para que determinadas práticas sejam adotadas, já que os agentes sociais não existem ou operam isolados do restante do contexto social.

Eventuais mecanismos de solução precisariam necessariamente passar por uma análise dos incentivos e das forças não jurídicas que operam sobre os agentes envolvidos, de modo que a solução proposta seja a mais viável e eficiente se comparada às demais. Deste modo, deverá ser cumprida a norma democraticamente posta, socialmente desejada, mas os modos para seu cumprimento deverão se dar no contexto que tal cumprimento seja a melhor opção a ser escolhida, sob pena de inefetividade dos comandos legais.

Por fim, deve-se atentar ao papel do Judiciário neste complexo sistema. Ele não mais poderia ser

mero instrumento de resolução pretensamente imparcial, mas deveria operar no sentido do devido tratamento destes problemas com base na lei, e não poderia se deixar ser utilizado por agentes afins no sentido contrário ao que deveria defender em primeiro lugar.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-412, nov. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de. **Encyclopedia of law and economics**. Washington: Edward Elgar Publishing, 2000. v. 1.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painel Interativo de dados estatísticos do CNJ**. Brasília. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 10 out. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFabris, 1988.

COASE, Ronald Harry. O Problema do custo social. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, out. 1960. Traduzido por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2123990/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 02 jul. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. 2015. 213 p. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, Paraná, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jan. 2020.

FISS, Owen. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. **Cadernos de Direito FGV**, São Paulo, v. 1, n. 8, p. 8-57, nov. 2005.

FORTES, Pedro Rubim Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 104-132, 2019. Disponível em:

<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/361>. Acesso em: 10 out. 2020

GALANTER, Marc. **Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no Direito**. Organização e tradução Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. Malheiros, 2003.

HAMMOND, Peter J. Rationality in Economics. **Rivista Internazionale di Scienze Sociali**, Milão, v. 103, n. 3, p.247-288, jul. 1997.

HERMANN, Ricardo Torres. **O tratamento das demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito em Poder Judiciário) - Fundação Getúlio Vargas, FGV, Rio de Janeiro, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MANKIW, Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução da 6. ed. Norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade**. 2014. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, UFSC, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlim Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do "excesso de acesso". **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.

PALMA, Gabriel; BARBIÉRI, Luiz. Telecomunicações lideram ranking de reclamações de consumidores em 2018. **G1**, Brasília, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/03/15/telecomunicacoes-lideram-ranking-de-reclamacoes-de-consumidores-em-2018.ghtml>. Acesso em: 24 jul. 2020.

PARIZZI, João Hagenbeck. **Os atores da crise numérica: uma análise econômica da cadeia de incentivos da litigância abusiva**. Belo Horizonte: UEMG, 2019.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 869-962, feb. 1998. DOI: <https://doi.org/10.2307/1342009>.

ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/48>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (Brasil). **Consumidor em Números ano-base 2018**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019.

SHARP, Naomi. **Wrongful system rights violations and the potential of Court-Sponsored Structural Reform**. Contributors: Roderick MacDonald. 1999. Thesis (Masters of Law) – Institute of Comparative Law, McGill University, 1999. Disponível em: <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/3484zj62w>. Acesso em: 20 jan. 2021.

VELOSO, Ana Clara. Brasil registra mais de um milhão de reclamações de cobrança indevida em 2019. **O Globo**, Rio de Janeiro, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/brasil-registra-mais-de-um-milhao-de-reclamacoes-de-cobranca-indevida-em-2019-24305851>. Acesso em: 7 out. 2020.

VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vitor Penna e; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 26, n. 114, p. 75-99, nov./dez. 2017.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 284, p. 333-369, out. 2018.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

O NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO.

Lasaro Farias de Souza Jr¹

RESUMO: O presente trabalho trata acerca dos negócios processuais atípicos no campo do processo civil como instrumento hábil ao processo para a concretização do modelo constitucional de processo, por intermédio dos paradigmas da autonomia da vontade, devido processo legal e objetivo da jurisdição, pela via do processo justo. Ante a permissão legislativa para essa espécie, muito se debate sobre sua real necessidade e efetividade no processo judicial e o impacto disso nos novos ares que oxigenam a jurisdição do Estado Democrático de Direito. Utilizou-se como metodologia de pesquisa o método hipotético-dedutivo com análise doutrinária e eventos jurisprudenciais.

Palavras-chave: 1. Negócios Processuais Atípicos. 2. Modelo Constitucional de Processo. 3. Instrumento eficaz para jurisdição; 4. Processo Justo.

ABSTRACT: The present paper deals with atypical procedural act in the field of civil process as a skillful tool for the process to materialize the constitutional model of process, through the paradigms of the autonomy of the will, due to the legal and objective process of jurisdiction, through the fair process. The legislative permission for this species, have been debated about its real need and effectiveness in the judicial process and the impact of this in the new airs that oxygenate the jurisdiction of the Democratic State of Law. The hypothetical-deductive method with doctrinal analysis and jurisprudential events was used as the research methodology.

Keywords: 1. Atypical Process Business. 2. Constitutional Process Model. 3. Effective instrument for jurisdiction; 4. Fair Process.

INTRODUÇÃO:

O presente artigo tem por objetivo apresentar o instituto do Negócio Processual, um instituto inovador trazido ao Código de Processo Civil brasileiro por intermédio da Lei nº 13.105/2015²,

¹Graduado em Direito pelo UNICEUB – DF, pós-graduado em Direito do Trabalho pela FORTIUM – Centro de Estudos Jurídicos, Mestre em Direito Constitucional e Sociedade pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, Membro da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil – ABPC, Consultor Jurídico UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, Advogado.

que, em síntese, permite aos litigantes alterações estruturais no processo de forma com que esse se adapte às peculiaridades do bem jurídico em disputa, dando enfoque particularmente à sua aplicação ao processo trabalhista.

O Direito Processual Civil, com institutos basilares, pretende como fim geral a pacificação³ social tendo como meta o alcance dos princípios da cooperação e a busca da conciliação a todo instante⁴. O negócio processual atípico aplicado ao processo civil comum tem por objetivo a facilitação da pacificação endoprocessual, adequando o processo à necessidade das partes⁵, flexibilizando normativos enrijecidos para o atingimento do objeto da demanda.

Alberga-se, ao longo do texto, nos ensinamentos de Ronald Dworkin⁶ sobre a integridade do Direito e a estabilidade que deriva do respeito aos princípios determinantes, por exemplo, princípio do devido processo legal, ao trazer-se à tona o instituto do negócio processual atípico com balizas decorrentes de todo o ordenamento jurídico, na busca do contraditório real, participação efetiva pelas partes na solução da lide.

O fato de inexistir, até o ano de 2015, disposição legal permissiva para flexibilizações em sede de ritos e procedimentos formais do processo – *como negócios processuais atípicos* – fez com que esse instrumento fosse instituído no atual CPC. Rememora-se que ao objeto material das demandas já havia possibilidade de transações e acordos – *transação, mediação, conciliação* – por permissivos legais, com os quais não se confundem com o negócio processual referenciado pelo art. 190 do Código de Processo Civil.

A Edição do ano de 2020 do Justiça em Números, atualizada em 25 de agosto de 2020⁷, aferiu terem sido ajuizadas um total de 4.364.949 ações judiciais subdividas nos temas nos quais o Negócio Processual não figura em qualquer dos grandes resultados; para o ano de 2019⁸, contabilizou-se um total de 5.169.554 ações judiciais contendo os mesmos detalhamentos

²BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 set. 2020

³NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único – 9ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

⁴O Prof. Daniel Amorim Assumpção destaca que a autonomia da vontade, no contexto de cooperação e conciliação, sempre deve ser avaliada e sopesada, pois constitui defeito negocial de nulidade, advindo do paradigma do direito civil, acaso tal manifestação ou manifestações se deem num contexto de vício.

⁵Como um dos vetores da jurisdição, o Prof. Daniel Amorim Assumpção destaca que 'escopo social da jurisdição consiste em resolver o conflito de interesses proporcionando às partes envolvidas a pacificação social, ou em outras palavras, resolver a "lide sociológica". De nada adianta resolver o conflito no aspecto jurídico se no aspecto fático persiste a insatisfação das partes, o que naturalmente contribui para a manutenção do estado beligerante entre elas. A solução jurídica da demanda deve necessariamente gerar a pacificação no plano fático, em que os efeitos da jurisdição são suportados pelos jurisdicionados'.

⁶DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2020. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2020.

⁸Ibid. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

deduzidos para o ano anterior; para o ano de 2018⁹, contabilizou-se um total de 8.231.430 ações judiciais.

Tais números retratam a realidade, não apenas do volume de ações judiciais propostas no intervalo de tempo, vai-se além disso, verifica-se, também, que o número total de ações judiciais que foram alvo de trânsito em julgado é muito inferior aos novos processos.

O passivo que se avoluma sob guarda do Poder Judiciário contraria paradigmas da realização da Justiça, pois não concretizam direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, quando o processo judicial como instrumento concretizador, não é solucionado conforme o princípio da duração razoável do processo.

Questiona-se, assim, em que medida o negócio processual atípico, poderia ser benéfico e proveitoso ao processo judicial, praticados em razão da autonomia da vontade das partes, na medida em que seus interesses forem colocados *sub judice*, adequando-se às peculiaridades de cada ação judicial¹⁰.

Corroborando a ideia da disseminação dos negócios processuais atípicos, filia-se as lições de Antonio do Passo Cabral, Igor Raatz, Guilherme Henrique Lage Faria e Juliane Dias Facó que trazem fundamentos tanto para sua aplicabilidade quanto à necessidade de reajuste paradigmático, especialmente sobre a noção de formalismo e privatismo processual; a sua disseminação aos diversos campos do Direito, fazendo uso os parâmetros principiológicos trazidos pelo CPC e também fundamentados na Constituição Federal¹¹ com a constitucionalização do processo.

A esse contexto de reconstrução analítica entre teorias do Direito e sua aplicabilidade, destacam-se lições de Ronald Dworkin sobre a integridade do Direito, ensinando que a expansividade da jurisdição não se restringe unicamente à necessidade de produção normativa inovadora, como foi o caso do art. 190 do CPC, mas que a inteligência dos princípios jurídicos devem ser considerados como norma posta, ainda que lhe falte um corpo legislativo próprio, justamente para que haja a estabilidade e coerência do Direito. Desta forma, por exemplo, o princípio do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, dentre outros, não necessitam de roupagem normativa específica para que se façam presentes no ordenamento jurídico e tenham a estatura que possuem para que seus efeitos emanem por todo o espectro jurídico nacional.

O método hipotético-dedutivo¹² foi utilizado como parâmetro para a formulação do problema de pesquisa que é a real necessidade e efetividade no processo judicial e o impacto disso nos novos

⁹Ibid. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2020.

¹⁰CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. Ed. Ver., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

¹¹BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹²LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. - 5. ed. - São Paulo: Atlas. 2003.

ares que oxigenam a jurisdição do Estado Democrático de Direito contemplado pelas garantidas e princípios constitucionais emanados da Constituição Federal de 1988. Ultrapassa-se a fase de questionamento por intermédio do modelo constitucional/cooperativo de processo que culmina com a resposta adequada ao problema, já em prática no direito processual, ainda que timidamente.

Para tanto faz-se uso de doutrina especializada sobre o tema: Negócios Processuais, no âmbito do processo civil e processo do trabalho, os quais debruçam-se obre os elementos não apenas nucleares sobre o permissivo permitido pelo art. 190 do CPC, conjuntamente à pesquisa analítica junto aos campos da jurisprudência e precedentes.

A pesquisa foi desenvolvida em quatro seções, tendo como marco teórico a integralidade do direito, num sistema coerente e interligado. A primeira seção aborda conceitos e limites sobre os negócios jurídicos atípicos com o objetivo de introdução sobre as linhas gerais sobre o instituto; a terceira onde se discute o negócio processual colhendo respostas satisfativas por intermédio do modelo constitucional/cooperativo de processo. As conclusões se dão no sentido da aplicabilidade do instrumento do negócio processual atípico à concretização do modelo constitucional de processo.

2 Conceitos e limites dos negócios processuais atípicos:

Como forma de compreensão sobre o tema dos negócios processuais, faz-se necessário conceituá-lo e trazer algumas balizas sobre as quais hão de guiar o entendimento sobre o tema dentro do processo civil, adentrando, assim a sua conexão ao processo do trabalho para compreensão de suas compatibilidades. Por se tratar de um instituto inédito no processo civil nacional, o negócio processual não se confunde com a mediação, conciliação ou transação, essas focadas no direito material, no objeto da lide.

O negócio processual orbita no campo normativo do processo, ou seja, atua na flexibilização do procedimento, na adequação do rito processual, alterando o passo processual para a adequação às peculiaridades do caso e anseio dos litigantes, vejamos a leitura pura do art. 190 do CPC:

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.

Parágrafo único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma

parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade¹³.

Assim, aos jurisdicionados cabem a conciliação interpartes e endoprocessual¹⁴,¹⁵ podendo alterar a disposição com a qual a instrução probatória seria disposta, a forma com a qual os atos judiciais podem ser praticados, a relativização de algumas posturas normativas, a permissão da utilização de calendário processual, na qual é possível mitigar o instituto da intimação pessoal para produção de atos processuais – os quais causam morosidade ao deslinde da ação, pois aos litigantes é sabido todo o procedimento que envolve a ação, por intermédio das instruções recebidas por seus causídicos.

De antemão, a análise fria da perspectiva trazida pela autonomia da vontade ao CPC, – permitindo rearranjos instrumentais ao processo – merece elucidação referente ao seu alinhamento à Constituição Federal, ou seja, sua sincronia e equilíbrio de discurso se sintoniza com os elementos maiores da Constituição, os quais se comunicam ao processo civil utilizado na esfera trabalhista.

Igor Raatz, busca esclarecer importantes detalhes sobre a autonomia privada, elemento típico do Direito Privado/Civil, consubstanciado ao Processo Civil, interligando-o às garantias constitucionais, fortalecendo a ideia da necessidade de adequação do formalismo processual à necessidade das partes:

A autonomia privada – que no direito civil estava alicerçada na noção de negócio jurídico – também foi sendo gradualmente reduzida, sem que tenha desaparecido. Com a constitucionalização do direito civil seus institutos funcionalizaram-se, abandonando-se o seu caráter individualista e patrimonialista. *No processo, porém, a socialização e a publicização praticamente sufocaram a autonomia privada - isso talvez tenha se dado em razão do reconhecimento de que o processo fosse um ramo do direito público.* Hoje, todavia, os caminhos da constitucionalização do direito privado e do direito processual civil se entrecruzam, até porque assim como a unidade do direito privado está na Constituição, também nela está a unidade do fenômeno jurídico. Daí que os dois ramos do direito passam a partilhar de elementos comuns, como, por exemplo, o devido processo legal, o qual, na perspectiva da

¹³BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

¹⁴BASILIO, Ana Tereza; WAMBIER, Luiz Rodrigues. O negócio processual: Inovação do Novo CPC. **Revista online Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,310470+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

¹⁵ABREU, Rafael Singarelo. Customização processual compartilhada: O Sistema de Adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**, v. 257, 2016

eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem sido convocado a regular relações entre os particulares. Do mesmo modo, o princípio da autonomia privada, tão caro ao direito civil, passa a ganhar maior expressão no processo civil, como corolário do princípio geral da liberdade, constitucionalmente reconhecido no direito brasileiro (grifo nosso)¹⁶.

O autor Paulo Antônio Papini¹⁷ defende a constitucionalidade da permissão normativa que trouxe o negócio processual como instrumento jurídico hábil e efetivo para a melhor prestação jurisdicional pelo Estado¹⁸, unindo a ideia de efetividade jurisdicional sem mitigar garantias constitucionais, calibrando o equilíbrio de forças entre os litigantes.

Afirma o autor, fundamentado nas lições de Araken de Assis, que a sistemática trazida pela regra constitucional brasileira reconheceu o princípio da autonomia da vontade como vetor permissivo de regência dos negócios jurídicos atípicos, não pela obviedade da disposição legal dada pelo artigo 190 do CPC ou seu filtro interpretativo dado pelo art. 1º, mas sim adentrando a postura do Estado Democrático de Direito, cujo elemento democrático/participativo é considerado como instrumento pelo qual o jurisdicionado tem sua necessidade aferida, individualmente.

Nesse sentido, a autonomia privada, até então adstrita aos campos do direito civil toma forma nos contornos desenhados pelo negócio processual atípico e ganha robustez constitucional, diante de seu entrelaçamento com os princípios constitucionais do devido processo legal (pois agora o dispositivo negocial está imbricado na estrutura legal processual), força horizontal dos direitos fundamentais (ao passo que o negócio processual tem por vocação equilibrar o conjunto de forças entre os litigantes, permitindo-os redesenhar o contexto do curso processual às suas necessidades individuais). A autonomia privada adentra ao rito processual, disponibilizando as partes a possibilidade de adequarem o processo as suas peculiaridades.

A estatura constitucional do negócio processual afirmada por Papini está voltada a consubstanciação da autonomia da vontade à sintonia do princípio do devido processo legal e ao modelo constitucional de processo, que, em síntese, dá as partes a real possibilidade de participação processual, atuando de forma positiva e ostensiva, em diálogos francos com o juízo da causa, para adequação de suas necessidades ao processo, flexibilizando padrões ortodoxos para um novo olhar à necessidade da jurisdição, o processo democrático. Maiores explicações e

¹⁶RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, p. 126, 2016.

¹⁷PAPINI, Paulo Antônio. **Os Negócios Jurídicos Processuais no Direito Processual Civil Português e Brasileiro – Alternativas e Possibilidades**. Jusbrasil, 18 jun. 2016. Disponível em: <<https://papini.jusbrasil.com.br/artigos/351374220/os-negocios-juridicos-processuais-no-direito-processual-civil-portugues-e-brasileiro-alternativas-e-possibilidades>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹⁸Lei nº 13.105/2015. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

definições se encontram no capítulo 05.

Em relação à disponibilidade do objeto do processo, ou seja, direitos passíveis de autocomposição, o procedimento convencional respeitará os limites gerais da autonomia privada, e, em especial o limite patrimonial do objeto litigioso, obedecendo aos termos do art. 841 do Código Civil que determina que aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas observar-se-á apenas a direitos patrimoniais de caráter privado. Nesse sentido, há o esclarecimento de Guilherme Henrique Lage Faria¹⁹, apoiado nos ensinamentos de Fredie Didier Jr.:

Não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é autocomposição. No caso dos negócios processuais atípicos, negocia-se sobre o processo, alterando suas frestas e não sobre o objeto litigioso do processo. 'São negócios que derogam normas processuais'.

Assim, conforme o autor, a postura da doutrina pátria é no sentido de que a evolução processual, corroborada pelo comportamento social, no qual desemboca na produção legislativa e normatização positiva, desde a esfera infraconstitucional até a postura maior constitucional, se sincronizam com a permissão da liberdade contratual, ainda que versem sobre direitos processuais. Como cautela, o autor, assim como os demais juristas citados, deixa claro a necessidade de respeito aos primados constitucionais definidos como cláusulas pétreas.

A afirmação dada por Raatz corrobora a miscigenação da autonomia privada do Direito Privado à sua estatura constitucional bem como ao Direito Processual, inviabilizando a dissociação deles:

Não há processo civil que não seja, no marco do Estado Democrático de Direito, processo civil constitucional. Daí que o processo civil e seus institutos basilares somente poderão ser autenticamente compreendidos se passarem por uma filtragem constitucional, a qual, repita-se, não ocorre por mera subsunção. A Constituição não é capa de sentido, mas condição de possibilidade para compreensão do processo civil. O Novo Código de Processo Civil precisa ser entendido, pois, como um projeto de concretização e densificação das normas constitucionais, nas quais estão previstos os elementos centrais que alicerçam a noção de processo civil no Estado Democrático de Direito²⁰.

De forma complementar ao status constitucional do Direito Processual e os diversos matizes que

¹⁹LAGE FARIA, Guilherme Henrique. **Negócios Processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, p. 18, 2016.

²⁰RAATZ, op. cit., p. 124.

compõem esse Direito, Luiz Rodrigues Wambier²¹ descreve a natureza fundamental da sintonia do Direito Processual às garantias constitucionais.

Ensina que se trata de direito essencialmente democrático e fundamental, portanto, e que segue a lógica da participação em contraditórios e da racionalidade prática fundamental. Apresenta como uma de suas conclusões que o direito processual é *direito fundamental constitucionalizado*, por ser um direito ativo à organização e ao procedimento.

Complementa, ainda, informando que é um direito não típico de provocar atuação do judiciário para fazer valer um direito fundamental, garantindo a efetividade dos direitos materiais *sub judice* e a segurança do cidadão e da sociedade organizada contra os abusos dos poderes do Estado, mas não somente isso, há a necessidade de que os instrumentos processuais sejam eficientes para que haja a pacificação social, não apenas em busca de sentenças com transito em julgado, mas sim com a satisfação/discussão do objeto da lide, a discussão sobre o direito material e sua resolução.

Assim, o negócio processual pode ser definido como a possibilidade dada pelo legislador ordinário no sentido de permitir às partes a liberdade negocial antes ou após a estabilização/triangulação processual, no qual, por analogia, pode ser auxiliado pelo art. 104 do Código Civil Brasileiro.

A negociação prevista no Código Civil tem e toma contornos de negócio jurídico já regradados, que requisita: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei, desde que não violem, elementos fundamentais Constitucionais e Processuais, ou seja, haja capacidade processual e capacidade de ser parte;

Não deverá haver violação de direitos que não admitam a autocomposição, não suprima direitos e/ou garantias fundamentais, assim como o respeito às cláusulas pétreas, não viole do Estado de Direito. Observa-se a comunhão conceitual das capacidades civis e capacidade processual definida pelos art. 70 a 76 do CPC.

Daniel Amorim Assumpção Neves²², ao debruçar-se sobre o tema do Negócio Processual, destaca aspectos de extrema relevância sobre o tema. Essencialmente, diante da escassez ainda de produção jurisprudencial, Daniel Assumpção traz como cautela, vetores interpretativos advindos do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, grupo de reunião em que são debatidos diversos temas sobre o Novo CPC, composto por 706 enunciados – até o momento do fechamento desta pesquisa – assim como da Escola de Formação dos Magistrados – ENFAM.

O ilustre doutrinador apresenta 19 (dezenove) aspectos relevantes na análise do tema, dentre os quais se dão destaque os requisitos formais e materiais. No que se refere ao controle formal do

²¹WAMBIER, Rodrigues. Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. RePRO 156, ano 33, fev. 2008. Ed. Revista dos Tribunais – IBDP. p. 378-380.

²²NEVES, op. cit., p. 394.

negócio processual, o parágrafo único do art. 190, conforme o autor, traz um elemento interpretativo acerca da questão da homologação judicial do negócio, pois essa não é necessária para a sua condição de eficácia, coadunando-se ao Enunciado interpretativo nº 261 FPPC: “a homologação pelo juiz da convenção processual, *quando prevista em lei*, corresponde a uma condição de eficácia do negócio” de forma que o acordo procedimental – negócio processual – aperfeiçoa-se independente da homologação judicial, acaso a lei não determine sentido contrário. Ainda em se tratando de requisitos formais, o autor também traz como elemento fundamental a correta consonância dos termos deduzidos no art. 104 do Código Civil – que definem o negócio jurídico contratual – com sua introdução aos negócios processuais, pois ainda que haja divergência doutrinária, a sincronização dos parâmetros deverá ser observada, pois a negociação tem e toma contornos de negócio jurídico já regrados pelo Código Civil. Para tanto, o autor utiliza, mais uma vez, enunciados interpretativos para apoiar sua perspectiva, destacando:

Enunciado 403 do FPPC: a validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei;

Enunciado 39 da ENFAM: Não é válida convenção pré-processual oral.

Como requisito material, destaca-se a dicção do art. 190 que traz em seu bojo a seguinte expressão: “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição (...)”. A partir desse ponto para a compreensão do que é permitido ser objeto do negócio processual, utiliza-se como suporte argumentativo o conceito trazido pela Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O art. 3º do referido diploma legal informa que poderá ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. A interpretação do termo autocomposição é tema bastante complexo diante da subjetividade que os direitos disponíveis e indisponíveis comportam. Gabriela Freire Martins²³ realiza uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do tema que auxilia em conclusões sobre a cognição da autocomposição, ainda que superficialmente, sendo necessária a análise de casos em concreto.

A divisão em teses sobre direitos indisponíveis que podem ser alvo de transações tomaria 02 (dois) caminhos opostos viáveis, no entanto, subjetivos. A primeira delas defende que apenas situações conexas aos direitos indisponíveis, como as condições de cumprimento das obrigações

²³MARTINS, Gabriela Freire. **Direitos indisponíveis que admitem transação: Breves considerações sobre a lei nº 13.140/2015**. Centro de Pesquisa – CEPES, da Escola de Direito de Brasília – IDP, Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

e vantagens econômicas deles decorrentes podem ser transacionadas. Embora admissível, a aplicabilidade fica condicionada à análise do limite preciso entre o conteúdo dos direitos indisponíveis e as obrigações a eles relacionadas.

A segunda perspectiva traz a afirmação de que a indisponibilidade pode assumir um caráter absoluto ou relativo, ficando adstrita ao controle estatal a permissão ou não de determinados direitos, ou seja, a ainda que o direito possa ser alvo de transação, ainda que albergado pela regularidade dos requisitos formais supra, acaso não haja a permissão estatal, diante da importância da tutela do bem jurídico em disputa, o requisito material encontrará impedimento em sua perfectibilização, como exemplos latentes, há o rol de garantias individuais e liberdades sociais esculpido na Constituição Federal, em linhas futuras haverá a análise sob a perspectiva dada pelos conceitos de vulnerabilidade de hipossuficiência como critérios de avaliação sobre autocomposição.

Fredie Didier Jr, no que se refere aos negócios processuais, inicialmente destaca:

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais. O estudo das fontes da norma jurídica processual não será completo, caso ignore o negócio jurídico processual²⁴.

Assim, ao considerar o negócio jurídico processual como fonte normativa real e legal no Estado de Direito, o autor eleva o *status* do acordo processual à categoria de paradigma interpretativo. Fredie Didier Jr. apresenta classificações quanto ao negócio processual sobre suas espécies, como bilaterais e plurilaterais, expressos e tácitos, buscando enaltecer perspectivas decorrentes dos negócios jurídicos regidos pelo Código Civil, assim como realizou o Prof. Daniel Assumpção.

Há ainda o destaque da possibilidade vislumbrada pelo autor de que o negócio processual possa ser realizado pelo Ministério Público e Fazenda Pública, ampliando o leque interpretativo sobre o tema “agente capaz”.

Com base nos enunciados nº 253 e 256 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, informa o autor que se é possível ao Poder Público optar por arbitragem, tanto mais poderia celebrar convenções processuais, entretanto, por comportar diversas peculiaridades a presença da

²⁴DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Fredie Didier Jr.- 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 425.

Fazenda Pública ao rito do processo civil, essa situação não será aprofundada na pesquisa, pois o cosmo processual ao qual a Fazenda Pública se insere contempla outros vetores interpretativos, não sendo o alvo específico do presente estudo.

Sobre os limites materiais e formais, Humberto Theodoro Júnior²⁵ apresenta elemento indispensável em tal análise assim como o controle judicial. Fazendo uso da doutrina já discutida, o autor traz panorama de tranquilidade aos negócios judiciais típicos, ou seja, aqueles já verificados outrora, como foro de eleição, convenção sobre ônus da prova, suspensão condicional do processo, entretanto, o autor destaca a seguinte segurança:

Quando existir negócio processual típico (i.e., negócio processual previsto em lei), e as partes convencionarem sobre matéria correlata, o intérprete deverá fazer um cotejo do negócio atípico com o típico. É que, se o legislador traçou regras para um acordo legalmente tipificado, os seus parâmetros podem, às vezes, criar barreiras à liberdade negocial. As partes não estão impedidas de negociar sobre matéria processual em torno da qual exista disciplina legislada, desde que o façam de modo a não violar aquilo que já se encontre normatizado no direito positivo.

A casuística envolve estranheza ao se deparar com negócios atípicos com dimensão de cláusula geral, diante da amplitude que possa alcançar. O controle judicial se depara com a necessidade de proteção constitucional do núcleo essencial e conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais, assegurados como cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Verifica-se, então, um dos limites à liberdade negocial em paridade e espelhamento àquelas normas já salvaguardadas pelo Código Civil.

No mesmo sentido, em artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Marco Félix Jobim e Bruna Bessa De Medeiros²⁶, destacam que para a cautela em se interpretar uma cláusula aberta, pois o vetor interpretativo do ordenamento jurídico pátrio poderá definir limitações como o já estabelecido pelo parágrafo único do art. 190, CPC²⁷.

Neste aspecto, observa-se pertinente a ideia trazida pelo texto: Introdução ao Pensamento Jurídico de Karl Engisch²⁸, quando da definição abstrata do conceito de negócio processual, onde

²⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, Rio de Janeiro: Forense, v. I, ed. 58, 2017.

²⁶Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11, v. 18, n. 1, Janeiro a Abril de 2017. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

²⁷Art. 190, CPC/15. **Parágrafo único**. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²⁸ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 75-105.

se verifica a possibilidade de conflito entre parâmetros da subsunção para que se estabeleça a relação privada e necessária e as determinações normativas estabelecidas como regras legais.

O modo autoritário dos órgãos aplicadores do direito pelo direito conduz a interpretação dita “correta” aos casos determinados, na conformidade do princípio da legalidade, como destaca o autor. Mas a análise do pensamento jurídico ao caso concreto, em situações da vida, exige novo paradigma, deixando a perspectiva moral e adentrando aos termos da legalidade.

Conforme o autor destaca:

“A problematidade resulta designadamente do facto de que, em cada subsunção efetivamente nova, o caso a subsumir difere sob qualquer aspecto dos casos até então enquadrados na classe e, por conseguinte, põe sempre ao jurista, que está vinculado ao princípio da igualdade, a penosa questão de saber e a divergência é essencial ou não”.

Ou seja, há que se interpretar a situação se nova ou recalcitrante de outras, valendo-se da observação dos paradigmas antecedentes, verificando se os aspectos levados em consideração são essenciais ou não, destacando ainda a espécie de interpretação a ser dada sobre o normativo, se literal ou “vontade do legislador”.

A liberdade também fica adstrita às normas cogentes. Há a impossibilidade de formalização de negócio processual que diminua a capacidade de defesa de um dos litigantes ou mesmo traga ao juízo a impossibilidade de atuar com justeza, inviabilizando o convencimento por verossimilhança, deve ser afastada, em preliminar.

Repisando-se o fato de que não há a necessidade de homologação judicial, o controle judicial verificará a essência e efeitos conexos dos negócios processuais, impedimento qualquer efeito nocivo antijurídico pretendido por qualquer das partes ou mesmo agindo em conluio.

Observa-se que o ímpeto legislativo em trazer ao cenário nacional o instrumento do negócio processual é de grande valia, pois não se trata de formas já conhecidas de negociação sobre o objeto da lide, mas sim dos normativos que regem o curso processual.

Conceitualmente, observa-se, desde a tipificação normativa do instituto que é indispensável a manifestação das partes, diante de seus livres arbítrios, a estipulação do negócio processual, ideia que não se restringe unicamente ao Direito Civil e ao Processo Civil, mas estende-se ao campo do Processo do Trabalho que, assim como no processo civil comum, segue as regras de capacidade negocial e processual; aferição, pelo juízo, num momento posterior, sobre a legalidade do negócio e os demais paradigmas constitucionais do processo, estabilizando o direito processual como um todo, interligando as facetas dentre todas as espécies processuais.

A paridade de elementares entre as normativas do Direito espalha entre seus ramos, não

cabendo, nesse aspecto, apartar a unidade das regras jurídicas para aplicação somente em um ou outro ramo do Direito, posto que esse é uno e seus ramos se dividem unicamente para uma adequação didática, situação a qual a integralidade do Direito se expressa.

O modelo atual de processo não pode ser desenhado numa perspectiva meramente abstrata, sendo, pois, necessário repensar o procedimento ordinário - e com isso todas as consequências que dele decorrem - de modo a superá-lo por um modelo de elasticidade procedimental, em que o caso concreto seja construído com a ativa participação das partes, respeitando o seu grau de autonomia também quanto ao processo.

Observação feita por Igor Raatz²⁹ acima explica bem a essência do instituto, observando a perspectiva a ser adotada pela nova perspectiva processual. Ao processo, seja ele trabalhista, civil, consumerista, a formalização dos vínculos jurídico-negociais possuem mútuos compartilhamentos, especialmente, dos mesmos núcleos existenciais da esfera privada do direito civil.

Assim, observa-se a necessidade de uma tarefa integrativa hermenêutica, não no sentido de “forçar” uma compreensão e compatibilidade normativa inexistente, mas sim no sentido de complementar de forma sadia os ordenamentos, de forma mútua.

Carlos Henrique Bezerra Leite³⁰, parafraseando Luiz Lênio Steck, ensina que o objetivo da hermenêutica passa a ser o de preservar a força normativa da Constituição e o grau de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendido lato sensu).

Ao intérprete operador do direito a readequação essencial dos normativos deve seguir uma linha racional e objetiva de aplicação, não ficando adstrita a força ou movimentos por pressões políticas ou até mesmo o envelhecimento da norma que não acompanha a evolução social, momento em que os precedentes e jurisprudência passam a readequar essencialmente a norma.

Rememora-se, nesse contexto, as lições de Ronald Dworkin³¹ que explica que a integralidade do contexto normativo contribui para o melhor desempenho do Direito, quando há o acatamento dos princípios norteadores, há menos necessidades de regras legislativas objetivas, o Direito tende a evoluir alargando-se ou retraindo-se diante de novas circunstâncias, o que viabiliza a integração entre os ramos do Direito e a harmonização das formas interpretativas. Há uma simplificação de como entender e aplicar o Direito aos casos em análise.

²⁹RAATZ, Igor, op. cit., p. 17.

³⁰LEITE, Carlos Henrique Bezerra. CPC - Repercussões no processo do trabalho / coordenação de Carlos Henrique Bezerra Leite. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

³¹DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 229.

Assim, verifica-se que o negócio processual atípico possui a aptidão decorrente da autonomia privada, ligada diretamente a permissão legislativa dada pelo CPC, sincronizada com os ditames constitucionais que estabelecem o devido processo legal e direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana em sua postura horizontal, equilibrando as forças entre os litigantes e adequando a peculiaridade do caso ao processo. Sua estatura constitucional também decorre da real participação em contraditórios e da racionalidade prática fundamental, observando sempre os núcleos constitucionais e aferindo a possibilidade de flexibilização das normas processuais.

A busca de apoio nos fundamentos deduzidos pelo direito civil se dá justamente pelas elementares que associam a negociação processual à contratualização privada, buscando parâmetros objetivos os quais igualam as partes em litígio diante da possibilidade de flexibilizações diversas no processo. Apoiar-se, ainda em construções dogmáticas trazidas pela regular forma de compreensão do Direito, em seu espectro mais amplo, buscando equalizar a autonomia da vontade com as balizas de nulidades antijurídicas, trazendo a vontade legislativa adequando as necessidades e possibilidades ao processo.

3. O modelo constitucional de processo:

Para finalizar a análise dos negócios processuais atípicos, à luz do modelo constitucional/cooperativo de processo e os caminhos que a jurisdição nacional segue com a sistematização do atual Código de Processo Civil, alinhado aos termos das garantias constitucionais emanadas da Constituição Federal se faz necessário rememorar algumas bases teóricas.

Apoiado nos ensinamentos de Dinamarco, relembra Rafael Auiilo³² que um dos escopos sociais do processo é a busca por uma solução justa e adequada. A justeza das decisões judiciais e adequação não se dão por mero exercício hermenêutico de subsunção.

A jurisdição como instrumento do Estado tem como um de seus objetivos a organização da vida social, conservando e protegendo bens da vida, na tentativa de produzir na sociedade uma sensação de paz social, partindo da confiança social pela regular construção de uma estrutura legal para que os cidadãos possam ter seus conflitos “estatizados” e, ao Estado, confiado o poder da regulação.

A regular construção de uma estrutura legal não compreende unicamente um arcabouço normativo composto por regras e garantias principiológicas, mas mais que isso, compõe também uma estrutura jurisdicional que tenha como objetivo central a pacificação social que é o cerne da criação da jurisdição e essa, imbuída de seu dever de resolução de conflitos, haja conforme as determinações do Estado de Direito, contemplando toda sua extensão.

A extensão a que se refere o trecho anterior remete à postura democrática do Estado de Direito

³²DINAMARCO, 2009, apud AUILO, 2017. Cf nota n. 59 deste trabalho. Op. Cit., p. 29.

instituída pela Constituição Federal, mais precisamente ao objeto de estudo do modelo constitucional/cooperativo³³ de processo, quando às partes é dada o direito de participar ativamente na formulação dos elementos de prova, na preparação da decisão e a possibilidade de realmente influenciar na resposta jurisdicional final, quando há uma predisposição em acatar o provimento final, ainda que lhe seja desfavorável, mas a intensa participação e colaboração lhe é um elemento satisfativo, pelo sentimento de idoneidade auxiliando na diminuição decorrente de suas angústias, destaca Auilo, mencionando Dinamarco³⁴.

Fundamentando-se, ainda, nos ensinamentos de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Auilo destaca a importância dos sujeitos processuais e seus equilíbrios de atuação processual³⁵:

A efetividade da tutela jurisdicional está intimamente ligada à postura dos sujeitos processuais, visto que “entre os poderes das partes e do órgão judicial há sempre uma interferência recíproca e dialética, na medida em que a potencialização daqueles interfere, em maior ou menor medida, na força destes e vice-versa”.

O devido processo legal se desenvolve não apenas com a objetivação da norma ao fato, mas a todo um passo a passo procedimental, especialmente considerando a participação real e efetiva das partes. Parte-se de diálogos francos e abertos entre os sujeitos do processo, sempre com intenção de permitir que sejam alcançados pelos escopos da jurisdição, enfatiza Rafael Auilo e, ao referir-se às lições de Paulo Bonavides³⁶, complementa informando que a democracia também constitui uma das essências do processo, “qualificada pela suprema voz e presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa”.

A colaboração endoprocessual tende a cumprir a sua vertente democrática nos atos processuais, mostrando-se a etimologia perfeita do princípio constitucional e processual sobre o contraditório. Observa-se, ainda, como benefício à estipulação aos negócios processuais a possibilidade da economia processual que tenderá a influenciar a tramitação dos atos processuais e, possivelmente, influenciará também na redução de gastos/custos totais que envolvem o processo desde seu ajuizamento até último passo do cumprimento de sentença, nas custas finais.

As conclusões decorrentes deste estudo poderão ser utilizadas como critério interpretativo do

³³O modelo cooperativo tem por objetivo a condução isonômica do processo, quando nenhum dos personagens se sobrepõe aos demais, devendo o juiz o distanciamento quando do momento da sentença. Ao juiz cabe a postura paritária no diálogo e postura assimétrica no momento da sentença. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo, v. 14, 2ª ed. Col. Temas Atuais do Direito Processual Civil, 2011.

³⁴DINAMARCO, 2009 apud AUILO, 2017. Cf nota 59 deste trabalho. Op cit., p. 26.

³⁵OLIVEIRA, 2003 apud AUILO, 2017. Cf nota 59 deste trabalho. Ibidem, p. 28.

³⁶BONAVIDES, 2008, apud AUILO, 2017. Cf nota 59 deste trabalho. Ibidem.

instituto do Negócio Jurídico, assim como o amadurecimento dessa espécie inovadora que pretende trazer, além de *celeridade*³⁷, a melhor prestação jurisdicional em decorrência da peculiaridade trazida pela lide.

A celeridade/eficiência não podem ser tidas como sinônimos de rapidez temporal. Em causas complexas, por exemplo, que sabidamente dispenderia tempo físico, diligências diversas, exaustiva produção de provas e auxílios periciais, acaso as partes litigantes estabeleçam francos diálogos com intenso auxílio judicial por intermédio de audiências de conciliação, suspensões do processo ou elastecimento de prazos – que, inicialmente, não seriam capazes de serem cumpridos com a perfectibilização do ato processual na conformidade com a qual se necessita, culminando com uma melhor fundamentação da decisão judicial e pacificação da controvérsia –, o resultado da celeridade/eficiência tenderá a ser mais satisfativo aos litigantes, por intermédio da utilização do negócio processual atípico; além de revestir os atos com maior segurança jurídica pela regular concatenação das regras a serem aplicadas ao processo.

Em estrita observância a questões de ordem prática, Cabral³⁸ destaca o quesito do ônus financeiro do processo, os custos de transação, vejamos:

De fato, as trocas econômicas entre os contratantes abrangem não só os custos das negociações preliminares, na identificação de interessados, os de produção e entrega da prestação de cada qual, mas também a fiscalização ou monitoramento do cumprimento da prestação da contraparte (confirmação de pagamento, cobrança de parcelas em atraso, testes de qualidade do produto). E inclui também a prognose de observância espontânea das leis e do contrato, isto é, os custos calculados com base na eficácia dos instrumentos legais para forçar a contraparte a cumprir no caso de inadimplemento. Se os custos de transação forem muito altos, o negócio poderá ser desvantajoso. Nessa perspectiva, as convenções processuais sobre o foro competente podem reduzir custos de deslocamento das partes e de seus advogados; cláusulas que disciplinem a forma da citação e das intimações (por e-mail ou mensagens instantâneas) ou que escolham o perito podem racionalizar despesas (...) ao imprimirem visibilidade ao processo, permitem uma melhor avaliação do custo-benefício da litigância, reduzem o estado de incerteza que esse gera, diminuem os custos de transação e

³⁷Neste momento é importante destacar que a substantivo empregado não traz apenas a ideia de tempo real, buscando diminuir o transcurso do tempo, mas sim em agilidade processual na medida em que o processo deva ser instruído e dirigido de forma esmerada, sem empecilhos/nulidades por má-fé processual.

³⁸CABRAL, Op cit., p. 230.

tornam as relações econômicas mais interessantes; podem gerar economia, minimizando os custos de implementação e criando incentivos para o adimplemento”.

Sincronizado a essa postura, Guilherme Henrique Lage Faria³⁹, traduz o atual estágio evolutivo da temática do Negócio Processual, apoiado em menção de Barbosa Moreira de que os fundamentos dos primados constitucionais de processo, de modo a permitir “uma investigação crítica do instituto da negociação processual no intento de evidenciar a importância do reforço da participação das partes na gestão do processo, sem contudo, jamais perder de vista seus limites frente as diretrizes constitucionais do devido processo legal”.

Há a utilização, como salvaguarda, da postura publicista do processo com o objetivo de proteção ao jurisdicionado contra os possíveis desmandos estatais e entre os possíveis desequilíbrios de força entre as partes, vinculando o exercício da atribuição judicante aos princípios e garantias fundamentais constitucionalmente protegidas pela Constituição Federal e agregados ao Código de Processo Civil, compatíveis com a CLT e ao processo do trabalho, entretanto destaca-se que “não macula a legitimidade democrática da atividade processual, por exemplo, a modificação de um prazo processual, quando resguardado espaço suficiente para exercício do contraditório e da ampla defesa”.

O novo Código de Processo Civil já sancionado (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) foi pensando forte na concepção de que o modelo cooperativo de processo civil é aquele mais hábil a garantir o alcance dos escopos da jurisdição prevê em algumas passagens a adoção de medidas tendentes a impor um comportamento de colaboração entre os sujeitos do processo, para que seja obtida uma decisão em tempo razoável e ao mesmo tempo justa e efetiva. De qualquer maneira, impõe-se destacar que independentemente da mudança legislativa, a mudança de comportamento na prática forense é a qual mais importante, pois o intérprete da lei deverá utilizar as novas disposições, colocando-as em prática para que – como se diz em linguagem mais rasteira – as normas não caiam em desuso⁴⁰.

O formalismo procedimental clássico deverá acolher flexibilizações de acordo com a finalidade do ato, do objetivo central que esse almeja atingir e repudiar a repetição irracional dos padrões formais por si só, unicamente em ressonância aos dogmas já combatidos.

³⁹Cf nota 19 deste trabalho. LAGE FARIA, op cit. 215

⁴⁰AUILO, op. cit., p. 47.

Não se pode desprezar que a busca pela “efetividade qualitativa” do processo é o conteúdo do direito fundamental da jurisdição, ainda não atingida, não exclusivamente pela formalidade excessiva, mas pela evolução necessária que o espectro jurídico social traz ao longo do tempo, abrindo e mantendo aberto espaços para a interlocução entre as partes, diminuindo (mas não zerando) o protagonismo do juiz, havendo, sim um controle compartilhado sobre o papel do magistrado e das partes, tal qual o modelo constitucional/cooperativo de processo direciona.

Assim sendo, a concepção de uma flexibilização procedimental, por intermédio dos negócios processuais atípicos, depende da coparticipação democrática que as normas formais dão ao processo, salvaguardando a plena eficácia dos direitos fundamentais ao jurisdicionado, tal qual as garantias processuais-constitucionais, que, acaso ausentes, não há a falar em dignidade/legitimidade do exercício da jurisdição pelo Estado, e, assim, a validade do negócio processual pretendido.

Em pesquisa realizada junto ao banco de dados do Tribunal Superior do Trabalho em 01 de fevereiro de 2021, verificou-se um total de 04 (quatro) resultados sobre o tema Negócio Processual, onde destaca-se o seguinte julgado. O precedente encara verdadeiramente o tema, pois além de realmente ser um exemplo de negócio processual, houve benefício ao reclamante – tido como vulnerável e hipossuficiente, em abstrato, mas que ao caso concreto, após detida avaliação judicial, verificou-se que o efeito real do instrumento no curso processual se deu de maneira benéfica e proveitosa.

CC - 7301-46.2018.5.00.0000

Órgão Judicante: Subseção II Especializada em Dissídios Individuais

Redator: Douglas Alencar Rodrigues

Julgamento: 17/12/2019

Publicação: 13/03/2020

Tipo de Documento: Acórdão

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO TRABALHISTA. AJUIZAMENTO NO FORO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. FORO DE DOMICÍLIO DO RECLAMANTE E DA RECLAMADA. COMPETÊNCIA RELATIVA. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.

Regra geral, as ações trabalhistas devem ser propostas no foro do local da prestação dos serviços ou no foro da contratação (CLT, art. 651, "caput" e § 3º c/ co art. 5º, XXXV, da CF). Em face de sua natureza relativa e, portanto, prorrogável, a competência territorial, fixada com uma propositura da ação, só pode ser modificada por se oposta exceção, na forma e prazo legal (CLT, art.

800). Havendo, porém, consenso entre os litigantes, após a apresentação da exceção, sobre a incompetência territorial do juízo perante o qual proposta originariamente a ação, a questão restou integralmente superada. Afinal, relativa a competência territorial, o concurso de vontade dos litigantes quanto ao foro, após oposta à exceção, numa espécie de negócio processual jurídico superveniente e anômalo (CPC, art. 190), tornado desnecessária a análise de ofício do acerto da decisão declinatória por parte do d. Juízo suscitante, a quem compete instruir e julgar a reclamatória. **Conflito de competência admitido para declarar a competência do Juízo da 12ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, suscitante.**

O aferimento da competência sobre o foro de julgamento, como regra geral é o local da prestação da atividade ou o aquele onde houve a contratação. Entretanto, por ter natureza relativa, tal competência pode ser prorrogada, acaso contra quem cause prejuízo se mantenha silente. Não foi o caso específico, pois o reclamado interpôs o remédio próprio, a exceção de competência, que possivelmente estabilizaria uma nova competência territorial, tornando-a imutável a partir daquele momento.

Mas pela autonomia da vontade e decisão das partes, ainda que houvesse instrumento processual pendente de apreciação pelo juízo, houve a estipulação da continuidade do processamento da ação em local benéfico ao reclamante, trazendo-lhe o benefício cujo negócio processual se presta. Tal precedente ainda se encontra de forma isolada, mas já inicia um clareamento de um caminho tendente a se iluminar, os princípios da proteção e vulnerabilidade e hipossuficiência ainda se mantêm latentes de forma abstrata, sem avaliação do caso concreto.

A prestação jurisdicional entregue pelos Tribunais nacionais, diante do incontável volume de processos ajuizados diariamente, especialmente considerando os dados apresentados pelo CNJ nos Relatórios Justiça em Números, é alvo de críticas por toda a comunidade jurídica com jurisprudência defensiva, qualidade técnica de decisões judiciais questionáveis trazendo frustração, irresignação, criando a falsa ideia ao jurisdicionado da necessidade de interposição de quantos recursos judiciais forem possíveis, chegando ao protelamento do cumprimento da sentença, ao invés de pacificação social que é um dos escopos da jurisdição, muitas vezes optando pelo embarreamento recursal por excesso formal ou mesmo fazendo uso de institutos subjetivos principiológicos que culminam com decisões “contra legem”.

Ingeborg Maus⁴¹, em “O judiciário como superego da sociedade”, traz uma reflexão sobre a

⁴¹MAUS Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

postura do poder judiciário alemão – também aplicável ao contexto brasileiro – na medida em que há um distanciamento do procedimento formal previamente definido pela separação de poderes estatais e organização político-administrativa, quando os poderes legislativo e executivo, no desempenho de suas atribuições típicas da estabilização de regras formais, têm sua produção legal subutilizada pelo poder judiciário que faz uso de posturas hermenêuticas de cunho subjetivo e particularidades morais.

Observou-se a criação de valores sociais pelo Poder Judiciário (nem sempre reais, nem sempre necessários/verdadeiros como a rigidez principiológica da proteção no processo do trabalho), realizando julgamentos conforme cláusulas abertas/gerais, conceitos jurídicos indeterminados e elementos subjetivos que não se ligam diretamente com a norma constitucional; mas, ao revés, foram destacadas como normas “supra positivas”, obstaculizando a aplicação das normas formais, permitindo sentenças judiciais *contra legem*, direcionadas por interpretações ampliativas de caráter subjetivo⁴².

Concluindo pelo termo “sociedade órfã” quando se aferiu que não há liberdade de escolha sobre a moral, a aplicação do direito não tem sido aquele legalmente investido pela tricotomia dos poderes e do Estado de Direito, que o direito aplicado é aquele que o Poder Judiciário interpreta como “melhor”, despojando-se dos quesitos iniciais sobre a legitimidade para tanto, elemento basilar no equilíbrio entre os poderes e suas funções típicas.

A atual postura do Estado brasileiro na gestão processual está assoberbada. A introdução de institutos ampliativos com o objetivo na melhoria da qualidade é desejo incessante dos jurisdicionados que estão à mercê da gestão débil e falha, frustrada por jurisprudências defensivas ao embarreamento recursal e metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça que buscam “números-estatísticos” ao invés de real pacificação social decorrentes, de aventuras jurídicas assim como demandas judiciais em massa, decorrentes da indústria de irresponsabilidades sufocam a qualidade da prestação jurisdicional.

Ademais, busca-se, ao fim e ao cabo, o atingimento da justiça.

⁴²Observa-se como exemplo à crítica o já mencionado julgado que, como forma de atingimento de possíveis metas cronológicas de encerramentos de processos apresentam respostas teratológicas como no caso delineado: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0033523-23.2016.8.16.0001 ED 1, NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0033523-23.2016.8.16.0001, DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA – 6ª VARA CÍVEL. EMBARGANTES: SERVICIO INTEGRADO DE INGENIERIA TRANSPORTE Y TECNOLOGIA PROYECTOS CONSTRUCCIONES CIVILES Y VIALES e CARLOS ALBERTO CORTES LOAIZA. EMBARGADO: VELSYS SISTEMAS DE TECNOLOGIA VIÁRIA LTDA. RELATORA: DESª THEMIS DE ALMEIDA FURQUIM. (...) além disso, embora o art. 190, do CPC/2015 autorize às partes convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, o contrato executado foi pactuado em 17.12.2011, ou seja, durante à vigência do Código de Processo Civil/1973, o qual, diferente da lei processual civil em vigor, não previa expressamente a possibilidade de convenção das partes acerca dos deveres do processo”.

“E não importa. Quando existir a prevalência de um ou outro sujeito do processo, certamente as decisões serão originadas a partir de uma visão distorcida do litígio e, por tanto, incapaz de trazer justiça, democracia e efetividade ao caso concreto” enfatiza Rafael Auilo⁴³.

Esse conceito que oscila vacilante entre a filosofia, aqui se consubstancia nas palavras de John Rawls⁴⁴ que, coaduna-se, em sua essência aos ditames defendidos pela pesquisa, tendo como expoentes a boa-fé, as posturas democráticas, a participação social (do litigante) na construção e robustez do conjunto probatório que guiará a atuação judicial para sua demanda, personalizando-a de acordo com a peculiaridade da lide.

A necessidade da equidade surge na medida em que indivíduos considerados como livres e iguais ao envolverem-se em uma atividade comum demandam uma autoridade e reconhecem entre eles regras para definir a realização de suas atividades, bem como, as cargas e benefícios de cada parte. Uma prática equitativa permite os indivíduos estabelecerem uma situação onde ninguém sai levando vantagem ou mesmo, forçado a aceitar pretensões ilegítimas. Vale lembrar que seu pressuposto é que os termos equitativos de uma cooperação não podem ser definidos por uma lei divina ou mesmo por uma determinada ordem moral. Seu entendimento é que eles são “... estabelecidos por meio de um acordo entre cidadãos livres e iguais unidos pela cooperação, à luz do que eles”.

Valéria Lima Bontempo⁴⁵, realizando uma análise filosófica sobre a postura da justiça, estimulada pelas lições de John Rawls, focada no equilíbrio entre as partes e a estrutura legal que alberga o tema, ensina que:

“Uma prática é justa ou equitativa quando os seus participantes satisfazem os princípios que permitem que cada um possa propor uns aos outros suas pretensões. Nesse tipo de prática os indivíduos podem referenciar-se uns nos outros abertamente e argumentar em favor de seus interesses. **É essa possibilidade de um reconhecimento mútuo dos princípios por parte dos**

⁴³AUILO, op.cit. p. 181.

⁴⁴RAWLS, John. Justiça como equidade. – Uma reformulação. Trad. Cláudia Berliner. Martins Fontes, São Paulo, p. 20, 2003.

⁴⁵BONTEMPO, Valéria Lima. **Justiça Como Equidade: Uma Concepção Política Da Justiça**. n. 2 (2010): Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1321>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

indivíduos livres e necessitados de uma autoridade que faz com que conceito de equidade seja a ideia fundamental da justiça. Caso contrário, as relações dos indivíduos seriam marcadas pela força. Por isso, a noção de equidade é vista como uma espécie de estrutura para a concepção de justiça de Rawls”.

Em suma, o modelo constitucional de processo busca a justiça, por intermédio do equilíbrio, equidade, da possibilidade de participação real no processo decisório, tendo como parâmetros os direitos, garantias constitucionais e legais, decorrentes da Constituição Federal e do extrato racional da aplicação do direito. Nas palavras de Dworkin⁴⁶: “O direito deve observar e considerar as dimensões da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo; se não o fizer, é incompetente ou de má-fé, simples política desfarçada”.

A justiça, intimamente interligada a integralidade normativa do Direito, não pode escolher entre, ora atuar, ora quedar-se inerte; sai do ponto de vista da abstração e consubstancia-se em elementos concretos. Ultrapassando a barreira do elemento principiológico interpretativo unicamente e culmina com o regramento objetivo, saindo da abstração e firmando-se por regra, dando forma ao Art. 190 do CPC.

4 CONCLUSÃO:

A pesquisa realizada e a conclusão observada do presente trabalho desembocam para a necessidade uma postura racional do Direito em sua integridade e inclinada a formalização dos negócios processuais, ainda que com contornos restritivos, pois a liberdade negocial, embora constitucionalmente permitida e legalmente estimulada, conforme artigo 190 do CPC, possui limites que ficam espalhadas por todo o ordenamento jurídico pátrio.

Conforme a própria conceituação do instituto negocial, os contornos dados pelo Direito Civil auxiliam a compreensão de sua essência e a amplitude de possibilidades para auxílio da resolução da lide. Ao considerar a casuística de cada ação judicial ou, até mesmo de um conjunto de causas, visa muito mais que apenas o trânsito em julgado da ação, mas sim a real satisfação das partes e pacificação social como um dos escopos da jurisdição.

Ao conceder ao primado da *autonomia da vontade*, a superação de atuação em um campo único do Direito, como aconteceu num passado recente, o legislador, em consonância aos princípios constitucionais, traz ao direito processual a real possibilidade de adequação a lide dos problemas das partes, permitindo-lhes, acaso desejem e seja possível, a flexibilização das normas processuais, observando os critérios do Estado Democrático de Direito numa visão macro, da

⁴⁶DWORKIN, op.cit, p. 489.

integridade do Direito. Coíbe, assim, as posturas antijurídicas de uma forma ampla para que a negociação endoprocessual decorra de um ambiente livre de vícios de consentimento, por exemplo.

Além dos impeditivos classificados como nulidades dentro do próprio sistema processual, como requisitos formais, observam-se vedações de todas as ordens como requisitos materiais – objetos do negócio processual – utilizando-se como método interpretativo e subsuntivo os ditames já entabulados pelo Código Civil e demais legislações que tratam de temas específicos, fortalecendo a integridade do Direito.

Por não ser possível estabelecer um rol de permissões e vedações aos negócios processuais, justamente pela liberdade de se criar tal acordo, será indispensável que os critérios de razoabilidade, proporcionalidade e, especialmente, boa-fé se tornem primados, sem os quais nenhum negócio poderá ultrapassar a barreira da cogitação e atingir a órbita dos efeitos jurídicos. Nesse sentido, observa-se o trabalho dogmático desenvolvido pela doutrina especializada, considerando ainda os padrões de reflexão do tema que auxiliam na atividade interpretativa, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, a Escola Nacional de Formação de Magistrados e resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, por exemplo.

Afasta-se da postura de que o processo justo é aquele guiado com rigidez pelo juízo da causa; o modelo constitucional/cooperativo de processo é superior a postura costumeira da presidência do processo pelo juiz. O formalismo saudável atual, composto pelas ideias democráticas, é plenamente paritário à flexibilização negocial do processo, apresentando equilíbrio entre as posturas público e privada que guiam o devido processo legal da atualidade, conforme já ensinou Cabral, em linhas anteriores. A tarefa integrativa da hermenêutica, dedilhada anteriormente, se ajusta a necessidade atual como forma saudável e integração e complementação dos ordenamentos sincronizando o Direito como uno, repensando as formas de sua aplicação com o passar do tempo.

Os rumos da jurisdição nacional com a força recebida pelas garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito tendem ao desapego dos antigos primados para adentrar, de forma contundente, ao enfrentamento da lide como necessidade de efetivação de direitos e garantias. Tenderá a não mais observar o processo em curso como um número *score* a ser combatido, mas à real tutela do bem da vida em litígio. Valoram-se, nesse instante, os princípios constitucionais que norteiam o Direito como um todo.

O Código de Processo Civil, assim como a Consolidação das Leis Trabalhistas têm vigor, têm por vocação, a efetivação dos preceitos da Constituição Federal, na busca pela paridade de armas e equidade entre os litigantes, igualando-os na medida de suas desigualdades, por intermédio dos institutos que os compõem e suas armas de ação, aproximando o juiz das partes para estabilização, esclarecimento, composição de contraditório eficiente e, afasta-se, unicamente, no

momento da imparcialidade da prolação de sua decisão; a boa-fé, o contraditório e a ampla defesa atuando como um tríduo que equilibra os litigantes.

Um dos instrumentos pelo qual a efetividade da jurisdição adentra à essência desse modelo processual é o negócio processual, sejam típicos ou atípicos, dentro do curso processual ou até mesmo antes da dedução litigiosa, tendo como vetor de condução desses novos ares o intérprete e aplicador da lei, o operador do Direito.

Os fundamentos expostos nesse exercício de compreensão e necessidade da jurisdição com o fortalecimento do entendimento e prática forense das convencionalidades processuais para exercício não apenas pelos litigantes, mas com provocações dirigidas ao Ministério Público e Defensorias Públicas em suas atividades fim, processuais ou pré-processuais, escritórios modelos de escolas de Direito, órgãos protetivos de vulneráveis.

A prática e disseminação das boas práticas processuais teriam dupla vertente, ora auxiliando a casuística da situação em concreto para a efetivação das garantias constitucionais naquele âmbito, mas também assumiria a postura de escudo protetor, inibindo posturas potencialmente vilipendiosas como já ocorre em contratos em massa, por adesão, quando houve a minimização de cláusulas como eleições de foro para eventuais discussões judiciais de difícil acesso ao hipossuficiente da relação jurídica.

Com isso, haverá uma disseminação de novos parâmetros pelos quais o processo se adaptaria às realidades sociais em constante evolução, munindo, também, o Poder Judiciário de precedentes para construção de jurisprudência forte, essencialmente voltada para a efetivação dos direitos e garantias individuais, por intermédio do processo, utilizando-se do instrumento do negócio processual, que, conforme já exposto, abriga incontáveis vantagens ao processamento da demanda, especialmente considerando tempo e custo econômico.

REFERÊNCIAS:

ABREU, Rafael Singarelo. Customização processual compartilhada: O Sistema de Adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**, v. 257, 2016.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 81.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2013.

_____. (I)Negociabilidade de prerrogativas processuais da fazenda pública: Tentativa de sistematização. In *Negócios processuais / Coordenadores Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco* – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BASILIO, Ana Tereza; WAMBIER, Luiz Rodrigues. O negócio processual: Inovação do Novo CPC. **Revista online Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,310470+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>>. Acesso em: 06 de jul. 2020.

BONTEMPO, Valéria Lima. **Justiça Como Equidade: Uma Concepção Política Da Justiça**. n. 2 (2010): Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1321>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. Ed. Ver., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

_____. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. In Revista de Processo. CIDADE, v. 126, p. 59, 2005.

_____. **Soluções de conflitos trabalhistas: novos caminhos** / Carolina Tupinambá, (coordenação). – São Paulo: LTr, 2018.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020;

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/ei/L13105.htm>. Acesso em: 30 set. 2020

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Fredie Didier Jr.- 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

_____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**, CIDADE, v.1, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.04.PDF>. Acesso em: 12 out 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACÓ, Juliane Dias. **A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao processo do trabalho: Compatibilidade dos negócios processuais atípicos com o ordenamento trabalhista**. In **Negócios processuais** / Coordenadores Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LAGE FARIA, Guilherme Henrique. **Negócios Processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, p. 18, 2016.

- LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica** / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. - 5. ed. - São Paulo: Atlas. 2003.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **CPC - Repercussões no processo do trabalho** / coordenação de Carlos Henrique Bezerra Leite. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Savaira, 2017.
- MARTINS, Gabriela Freire. **Direitos indisponíveis que admitem transação: Breves considerações sobre a lei nº 13.140/2015**. Centro de Pesquisa – CEPES, da Escola de Direito de Brasília – IDP, Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual>>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- MAUS Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2020.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo, v. 14, 2ª ed. Col. Temas Atuais do Direito Processual Civil, 2011.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado – 2ª ed. Ver. E atual.** – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.
- _____. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único – 9ª ed.** – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.
- SANTOS, Igor Raatz dos. **Autonomia Privada e Processo Civil: Negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, Rio de Janeiro: Forense**, vol. I., ed. 58, 2017.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 1, 16. ed., 2016.
- _____. O Modelo Processual Cooperativo e a Flexibilização Procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, set. - dez. 2017. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. p 238-255.
- _____. Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. RePRO 156, ano 33, fev. 2008. Ed. Revista dos Tribunais – IBDP. p. 378-380.
-



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG