

THEMISRevista

JURÍDICA

Volume 02 • Número 03 • Jan-Dez 2021



REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

THEMIS REVISTA

Jurídica

Volume 02

Número 03

Janeiro - Dezembro 2021

Fadac

Sociedade Educacional Ltda.

THEMIS REVISTA JURÍDICA - ISSN 2763-8243

Volume 02 - Número 03

Janeiro - Dezembro 2021

CONSELHO EDITORIAL

Editor chefe: Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor adjunto: João Paulo Vani

Secretária adjunta: Larissa Rodrigues Serafim da Silva

Revisão de texto: Fernando Curtti Gibin

Editoração gráfica: Juliano Farias da Nóbrega

CONSELHO CIENTÍFICO - BRASIL

Prof. Dr. Gentil de Faria

Prof. Dr. José Roberto Castro Neves

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida

Prof. Dr. José Affonso Dallegrave Neto

CONSELHO CIENTÍFICO – EXTERIOR

Prof. Dr. João Leal Amado (Portugal)

AUTOR CORPORATIVO

Fadac Sociedade Educacional Ltda.

Rua Fuad Jorge Goraieb, nº 190, Sala C, Jd. Pinheiros

15091-340 – São José do Rio Preto – SP

CNPJ 30.921.021/0001-00

THEMISRevista
JURÍDICA

REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

PREFÁCIO

Apresentamos aos nossos colegas professores e pesquisadores mais um volume da Themis Revista Jurídica. Como é cediço, a pandemia causada pelo CORONAVIRUS 19 continua incomodando o mundo e ceifando vidas. Provoca estragos também no ambiente acadêmico, vez que interfere diretamente no desenvolvimento normal das atividades, impedindo o contato pessoal e direto entre todos em razão das restrições impostas pelos órgãos responsáveis pela saúde pública.

A despeito das dificuldades enfrentadas neste ano, procuramos reunir diversos artigos jurídicos de interesse de nossa comunidade, visando sempre à pesquisa e aperfeiçoamento científico, na certeza de que 2022 trará um tempo melhor, com produções literárias que reflitam esse novo contexto.

Além das matérias tradicionais, como Direito Constitucional, Tributário, Civil, Trabalhista e Processual, este volume também oferece uma análise da sociedade tecnológica e seus efeitos, bem como um trabalho valoroso comparando Direito e Literatura na análise de uma obra nacional.

É sempre um desafio semear conhecimento, mas é algo gratificante para todos que se propõe a fazê-lo.

Esperamos que este volume tenha a mesma calorosa acolhida dos demais.

Boa leitura a todos !

Paulo Cesar Baria de Castilho
Editor chefe

SUMÁRIO

<i>1. Planejamento tributário agressivo como ferramenta anticoncorrencial</i>	06
Marcelo Signorini Prado de Almeida João Victor Olmos Aleixo Teixeira	
<i>2. Referendo constitucional</i>	28
Ivânia Cristina Camim Chagas Modesto	
<i>3. O termo de quitação anual de obrigações trabalhistas</i>	64
Milton Vasques Thibau de Almeida	
<i>4. Justiça virtual trabalhista</i>	84
Thereza Christina Nahas	
<i>5. Figuração literária da justiça indígena em O Guarani: Um diálogo entre literatura, história e direito</i>	99
André Gardesani	
<i>6. Direito sucessório dos ascendentes na multiparentalidade</i>	126
Flávia Squinvalho	
<i>7. A sociedade tecnológica reduz direitos sociais?</i>	148
Paulo Cesar Baria de Castilho	

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO AGRESSIVO COMO FERRAMENTA ANTICONCORRENCIAL

AGGRESSIVE TAX PLANNING AS AN ANTICOMPETITIVE TOOL

Área: Tributário. Direito Econômico. Direito Concorrencial.

Marcelo Signorini Prado de Almeida¹
João Victor Olmos Aleixo Teixeira²

RESUMO: Em um mundo dividido entre países desenvolvidos, emergentes e subdesenvolvidos, em que as necessidades e as insatisfações acompanham as estruturas básicas dos Estados, há poucos temas que são comuns alvos de críticas nas três divisões socioeconômicas, isto é, que são capazes de reunir os dissabores dos cidadãos que vivem nos países mais desenvolvidos com aqueles que estão nos menos, e, nesse breve rol, estão os tributos. É nesse caos que se faz presente uma estratégia utilizada pelos contribuintes, o planejamento tributário, também conhecido por elisão ou otimização tributária, a fim de se reduzir, postergar ou cessar, de maneira lícita, a incidência da tributação. O tema tem ganhado repercussão após a movimentação da União Europeia (UE) em rever a sua atuação antitruste e de promoção da concorrência, o que gerou denúncias contra grandes corporações estadunidenses e integrantes do bloco que vinham oferecendo vantagens fiscais julgadas ilícitas pela Comissão Europeia em 2016, provocando os seguintes efeitos: erosão da base tributária e transferência dos lucros. Diante dessa linha tênue que a presente pesquisa visa a apresentar, com base em doutrinas e cases, nacionais e internacionais, o instituto do planejamento tributário e seus efeitos positivos e negativos na concorrência e a eficiência dos mercados ao redor do mundo. Esse trabalho utilizou como método de pesquisa a análise doutrinária e o método comparativo com base nesses cases nacionais e internacionais, obtendo-se como resultado a conclusão de que o instituto do planejamento tributário

¹ Advogado tributarista; Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP); Pós-Graduado lato sensu em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/SP; Pós-Graduado lato sensu em Direito Empresarial e Tributário pela UNIRP; Professor do curso de Pós-Graduação em Direito Tributário do IBET/SP; Professor de Graduação na Universidade Paulista (UNIP) e na UNIRP; Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT); Autor do Livro “Responsabilidade Tributária do Grupo Econômica – Elementos de Identificação e sua Interpretação”. E-mail: marcelo@hmlaw.com.br

² Pós-Graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/SP. Advogado no escritório Henrique Mello Advocacia Tributária. Membro da Comissão de Fusões e Aquisições da 22ª Subseção da OAB/SP. E-mail: joaovictor.oat@gmail.com

não deve ser utilizado como forma de impedir a concorrência e a eficiência dos mercados em todo o mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento Tributário. Concorrência. Direito Tributário. Direito Antitruste. BEPS.

ABSTRACT: In a world divided between developed, emerging and underdeveloped countries, where needs and dissatisfaction accompany the basic structures of states, there are few themes that are common to criticism in the three socioeconomic divisions, that is, that are able to bring together the uneasiness of citizens who live in the more developed countries with those who are in the underdeveloped ones, and, in this brief list, there are the taxes. In this chaos, there is a strategy used by taxpayers, the tax planning, also known as tax avoidance or optimization, in order to reduce, to postpone or legally cease the incidence of taxation. The issue has gained repercussions after the European Union (EU) moved to review its antitrust and competition promotion activities, which generated complaints against large American corporations and members of the EU that had been offering tax advantages which were illegally deemed by the European Commission in 2016, causing the following effects: erosion of the tax base and transfer of profits. Given this fine line, this research aims to present, based on national and international doctrines and cases, the institute of tax planning and its positive and negative effects on competition and efficiency in markets around the world. This work used as a research method the doctrinal analysis and the comparative method based on national and international cases, obtaining as a result the conclusion that the tax planning institute must not be used as a way to impede competition and the efficiency of markets around the world.

KEYWORDS: Tax Planning. Competition. Tax Law. Antitrust Law. BEPS.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Planejamento Tributário, sua regulação e o modelo BEPS. 2. Concorrência e Tributação. 3. Casos: Apple e Starbucks. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Em um mundo dividido entre países desenvolvidos, emergentes e subdesenvolvidos, em que as necessidades e as insatisfações acompanham as estruturas básicas dos Estados, há poucos temas que são comuns alvos de críticas nas três divisões socioeconômicas, isto é, que são capazes de reunir os dissabores

dos cidadãos que vivem nos países mais desenvolvidos com aqueles que estão nos menos, e, nesse breve rol, estão os tributos.

A questão tributária é o assunto que, em grande parte das nações do mundo, se encontra longe da satisfação majoritária; nesses locais há sempre a bipolarização entre os contribuintes descontentes com o que julgam ser uma carga tributária elevada, extremamente depreciativa de seu escasso patrimônio e renda, e os Estados, que, por sua vez, vivem em uma busca constante para cumprirem com o orçamento, para respeitarem os princípios que guiam sua atividade e protegerem o contribuinte de eventuais abusos e para aumentarem a própria receita seguindo os ditames de Colbert à Luís XIV no idos do século XVII, qual seja: “*l’art de l’imposition consiste à plumer l’oie pour obtenir le plus possible de plumes avec le moins possible de cris*”³.

Em razão de ser um fenômeno social, a estratégia é regulada em todos os países que compõem o G7, assim como nas demais economias que se espelham nesses ordenamentos para conseguirem conter e delimitar as fronteiras da licitude e ilicitude dos programas. Isso justifica-se pela erosão da base tributária e da transferência dos lucros para jurisdições com pouca ou nenhuma tributação, fatos nocivos às economias nacionais.

Dentre os instrumentos utilizados pelos Estados, são necessários aqueles que fomentem cooperação entre eles, como, por exemplo, o *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Diante dessa linha tênue que a presente pesquisa visa a apresentar, com base em doutrinas e *cases*, nacionais e internacionais, como o instituto do planejamento tributário vem sendo utilizado com o intuito de produzir efeitos sobre a concorrência dos mercados, gerando ganhos competitivos para alguns, reduzindo a eficiência produtiva e socializando os prejuízos decorrentes da erosão da base tributária.

³ “A arte da tributação consiste em depenar o ganso de modo a obter a maior quantidade de penas com o menor volume possível de grasnido” (tradução livre). SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Transparência fiscal e reciprocidade nas perspectivas interna e internacional. In.: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 19. São Paulo: Dialética, 2015, p. 250-251.

1. O planejamento tributário, sua regulação e o modelo BEPS

O planejamento tributário faz-se presente na maior parte das nações do mundo. O seu surgimento está intimamente ligado ao momento histórico em que os tributos passaram a ser obrigatórios nas civilizações, deixando de ter o caráter de doação e/ou ato voluntário que detinha outrora⁴, fato que afastou, por completo, a passividade que a nomenclatura “contribuinte” pode transparecer, levando-os a buscar formas de economizar os tributos.

É nesse caos que se faz presente uma estratégia utilizada pelos contribuintes, o planejamento tributário, também conhecido por elisão ou otimização tributária, algo que, como o próprio nome evidencia, traz formas de se reduzir, de se postergar ou de se cessar, de maneira lícita, a ocorrência do fato gerador, fato esse bem definido pelo ilustre Hermes Marcelo Huck, ao tratar da evasão fiscal em seu conceito amplo:

[...] a evasão fiscal é fenômeno social e coexiste com o tributo. É irrelevante o grau cultural, nível econômico, índice de respeito às normas jurídicas pelo povo, seu esclarecimento cívico, seu nível de consciência ou de participação política, pois, no seio de qualquer grupo social organizado e sujeito ao pagamento de impostos, estará presente, em maior ou menor escala, a evasão de impostos⁵.

Nesse âmbito, fez-se de suma importância a Carta Magna, em 1215, marco inicial dos direitos de representação e de delimitação dos poderes do Estado, a qual estabeleceu, em sua cláusula 14, a necessidade de que o monarca ou o governo, antes da instituição de um tributo, o sujeitasse à apreciação do conselho comum (*Common Counsel of the Realm*), este formado por arcebispos, bispos, abades, condes e barões⁶.

O conselho mostrou-se instrumento fundamental para a manutenção da coroa britânica no poder. Posteriormente, com a ascensão do império colonial britânico, a relutância em replicá-lo nos seus territórios ultramarinos custou o

⁴ HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão**: rotas nacionais e internacionais. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 1.

⁵ HUCK, Hermes Marcelo. Op. cit. p. 15.

⁶ HELMHOLZ, Richard. Magna carta and the ius commune. **The University of Chicago Law Review**. Chicago, v. 66, n. 2, Spring 1999, p. 297-371, p. 322. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2485&context=journal_articles>. Acesso em: 12 abr. 2021.

aumento das insatisfações populares, refletida em eventos como, por exemplo, *Bacon's Rebellion* (1676)⁷, *Boston Tea Party* (1773), Revolta dos Cipaios (1857)⁸, etc., e nas independências que viriam a ocorrer no século XVIII, começando pelos Estados Unidos em 1777, com a movimentação liderada pelo slogan: “*no taxation without representation*”⁹.

Não só as colônias britânicas se mostrariam avessas aos encargos aviltantes. Inclusive, no Brasil, houve marcantes revoltas derivadas do descontentamento da população com os tributos cobrados. São exemplos de algumas delas: Revolta da Cachaça em 1606¹⁰, Inconfidência Mineira em 1789¹¹, Conjuração Baiana em 1798¹², dentre outras.

O saldo dessa multiplicidade de abordagens criadas pelo Estado acaba por promover e dificultar a atuação do Fisco, levando a equívocos nas autuações ou na inoportunidade delas. Sobre esse cenário, é de suma importância a observação do insigne Raoul Lenz, o qual, na década de 1980, já apontava os problemas que culminariam e que são observados atualmente:

O moderno labirinto feito de leis, precedentes judiciários, regulamentos e outras instruções administrativas e explicitações não desencorajaram os planejadores tributários, mas, pelo contrário, demonstraram constituir um estímulo para um

⁷ Bacon's rebellion. National Park Service - U.S. Department of Interior. Disponível em: <<https://www.nps.gov/jame/learn/historyculture/bacons-rebellion.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁸ MARSHALL, Peter. British India and the “great rebellion”. **BBC**, Seção History, 17 fev. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/history/british/victorians/indian_rebellion_01.shtml>. Acesso em: 27 dez. 2020.

⁹ Cf. GASPARG, Tarcísio de Souza. Derrama, boatos e historiografia: o problema da revolta popular na Inconfidência Mineira. **Revista Topoi**. Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, jul.-dez. 2010, p. 51-73. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/topoi/v11n21/2237-101X-topoi-11-21-00051.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹⁰ Cf. CAETANO, Antonio Filipe Pereira. Entre “Bernardas” e revoluções: a revolta da cachaça e a historiografia colonial. **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 3, 2009, p. 11-26. Disponível em: <http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/wp-content/uploads/2016/10/e03_a2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹¹ Cf. GASPARG, Tarcísio de Souza. Derrama, boatos e historiografia: o problema da revolta popular na Inconfidência Mineira. **Revista Topoi**. Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, jul.-dez. 2010, p. 51-73. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/topoi/v11n21/2237-101X-topoi-11-21-00051.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹² VALIM, Patrícia. **Corporação dos enteados**: tensão, contestação e negociação política na Conjuração baiana de 1798. 2012. 272 f. Dissertação (Doutorado em História) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://200.187.16.144:8080/jspui/bitstream/bv2julho/936/1/2012_PatriciaValim_VCorr.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

planejamento ainda mais agressivo e uma busca de remanescentes, devidas à apressada redação das leis e à tentativa impossível de abranger situações econômicas nos seus mínimos detalhes¹³.

A afirmação encontra ainda mais respaldo quando se passa a estudar o instituto do planejamento tributário em sua escala internacional, em que o cenário caótico é replicado para outras nações e proporciona mais opções para a economia de tributos, algo que explica o motivo de medidas unilaterais serem pouco efetivas no combate às práticas ilícitas.

Os ordenamentos regulamentaram a economia de tributos com base em duas doutrinas: substância sobre a forma e abuso do direito. A doutrina da substância sobre a forma, adotada largamente em países que seguem o *common law* ou o direito anglo-saxão, verifica, exclusivamente, os efeitos que determinada negociação provoca ao público externo, não se limitando ao modelo e/ou formato de negócio adotado; se verificado que o intuito era poupar tributos, considera-se simulação¹⁴.

Como derivação da referida doutrina, figura a teoria do propósito comercial ou *business purpose*, em que se apura a causa real do negócio: se esta for pura e simplesmente direcionada à economia de tributos, também se considera simulação, pois toda a estrutura com traços lícitos e usuais nas atividades empresariais foram feitas meramente para acobertar a finalidade fiscal, tendo ocorrido o “[...] desnaturamento da função objetiva do ato”¹⁵; porém, há doutrinadores que tratam a redução dos encargos fiscais por si só como um propósito comercial, o qual, por esse motivo, não deveria ser ignorado na averiguação, conforme Misabel Abreu Machado Derzi:

[...] o direito à economia de imposto deveria ser compreendido como um business purpose em si mesmo, assim como a criação de normas antielisivas específicas deriva da necessidade de o Estado defender a arrecadação e coibir a fraude e a evasão¹⁶.

¹³ LENZ, Raoul. Elusão fiscal e a apreciação econômica dos fatos. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Princípios tributários no direito brasileiro e comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 587.

¹⁴ LENZ, Raoul. Op. cit. p. 588.

¹⁵ HUCK, Hermes Marcelo. Op. cit. p. 153.

¹⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito à economia de impostos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais do direito tributário**.

A doutrina do abuso do direito faz-se presente nos países de origem romano-germânica, em que o instituto originado no Direito Romano era aplicado a todos os casos em que a motivação maior do ato era trazer danos a um outro ente. Como se nota, trata-se de um conceito deveras abrangente, pois a otimização tributária pode, sob o ponto de vista da administração pública, ser vista como abuso dos direitos de propriedade, autonomia da vontade e livre iniciativa, provocando danos aos cofres públicos pela redução na arrecadação, interpretação com potencial para levar a um cenário intervencionista.

Frente a esses riscos decorrentes de interpretações propositalmente desfavoráveis ao contribuinte, a elisão *per se* não configura algo propício ao abuso de direito, pois, conforme a explicação de Charles William McNaughton:

[...] o abuso de direito, como mecanismo reconhecido pelo direito civil, pode ser útil para a autoridade fiscal na qualificação de seus atos jurídicos, especialmente os praticados sem causa. Mas, o fenômeno elisivo, como um todo, ou melhor dizendo, a prática de gerar economias tributárias por modo não vedado em lei não importa qualquer abuso: o instituto do abuso existe para se qualificar ilicitamente certos atos praticados no âmbito do direito privado [...] o abuso ontologicamente só pode cair em condutas facultativas que dependem de uma manifestação de vontade da parte¹⁷.

O direito brasileiro não positivou nenhuma das duas teorias, havendo momentos na história em que Projetos de Lei (PL) e/ou Medidas Provisórias (MP) trouxeram em seu corpo uma ou as duas expressões, como, por exemplo, a MP n. 66/2002, que trazia no artigo 14, §1.º, incisos I e II, as duas expressões como forma de requisitos mínimos para que fosse desconsiderado o ato ou negócio jurídico que visasse a “[...] reduzir o valor de tributo, evitar ou postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”¹⁸; porém, ao ser convertido

vol. 10. São Paulo: Dialética, 2006. p. 355. apud FREITAS, Rodrigo de. É legítimo economizar tributos? Propósito negocial, causa do negócio jurídico e análise das decisões do antigo conselho de contribuintes. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Planejamento tributário e o “propósito negocial”** - Mapeamento das decisões do conselho de contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 478.

¹⁷ MCNAUGHTON, Charles William. Op. cit. p. 467.

¹⁸ BRASIL. **Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002**. Dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação

na lei n. 10.637/2002, o tema não foi mantido.

No ordenamento pátrio foi a lei complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabeleceu a limitação ao planejamento tributário a partir de alterações nos dispositivos do Código Tributário Nacional, mais especificamente, no parágrafo único, do artigo 116, que passou a ser conhecido como “norma geral antielisiva”. Nota-se que a expressão utilizada para limitar a licitude das elisões foi “dissimular”, que significa: “ocultar ou encobrir com astúcia”¹⁹ e “fazer parecer diferente”²⁰. Trata-se de um conceito não ligado diretamente às teorias supracitadas, porém é inegável o fato de que, a partir dessa expressão é possível, por meio da exegese, se reprimam as operações com base naquelas teorias.

A ausência de uma legislação específica no direito brasileiro e o ambiente de incertezas quanto aos limites do planejamento tributário não são fatores que tornam o país um caso inédito; as dificuldades de regulação que rondam o tema são vistas, até mesmo, em países precursores nos regramentos sobre o tema, como fica evidente na afirmação de Patricia Taber Morgan, ao escrever sobre as dificuldades da regulação da elisão e da evasão nos Estados Unidos:

*In practice the tax laws are so complex, and this application to specific facts depends on so many variables, that the line between legal avoidance and unlawful evasion of taxes is often difficult to draw. Even when the law is perfectly clear, the taxpayer may not understand the law or how it applies to his situation*²¹.

A eficiência do multilateralismo no combate ao planejamento tributário agressivo e à evasão fiscal decorre da natureza que esses institutos passaram a ter, especificamente, após o fim da Segunda Guerra Mundial e, mais intensamente, com a queda da cortina de ferro, que separava o mundo em dois blocos com diferentes sistemas econômicos e gerências da coisa pública.

do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre os procedimentos para desconsideração de atos ou negócios jurídicos, para fins tributários; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2002/66.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8 ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2010. p. 260.

²⁰ Grande dicionário Larousse cultural da língua portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 329.

²¹ MORGAN, Patricia Taber. **Tax procedure and tax fraud in a nutshell**. Saint Paul, Minnessota: West Publishing Co, 1990. p. 4.

Apesar da expansão do uso desses locais se dar no período mencionado, o seu surgimento é datado da Grécia Antiga, em que, conforme ensina Huck, os mercadores guardavam suas mercadorias em cidades próximas à Atenas para evitarem a tributação que incidia naquela cidade.²²

Os referidos locais passaram a ser conhecidos como “paraísos fiscais” (*tax havens*) por aqueles países que adotavam e adotam regimes tributários com maiores alíquotas; portanto, a lista de nações que figuram como “paraísos” não é única, ela varia de acordo com as legislações nacionais, em que os fiscos divulgam listas de países com regimes fiscais privilegiados, adotando, na maioria dos casos, o percentual da tributação sobre renda como definidor.

A Receita Federal do Brasil (RFB), por meio da Instrução Normativa RFB n. 1.037, de 04 de junho de 2010, e das constantes atualizações feitas (sendo a última delas a de n. 1.896, de 27 de junho de 2019), define “país com regime fiscal privilegiado”. Atualmente, figuram 61 países na lista da Receita Federal, seja pela sua tributação sobre a renda com alíquota inferior à 20% ou inexistente, seja pela não divulgação de quadros societários.

Além da lista com os 61 países, há também referência a outras 12 nações e a regimes tributários existentes em suas legislações, ou seja, há Estados que, em âmbito geral, não são considerados; porém determinado regime que conste na legislação daquele país é definido pela RFB como um regime fiscal privilegiado, como é o caso da Suíça (artigo 2.º, X, IN RFB n. 1.037/ 2010), inclusive os Estados Unidos (art. 2.º, VII da IN mencionada).

Nota-se, essencialmente, no segundo caso, que não se trata de um país conhecido por ser um destino ao capital que almeja menor tributação. Nessa situação, estão também: Espanha, Áustria, Islândia, Portugal, Uruguai, etc., portanto a identificação de um paraíso fiscal é complexa, pois, além do ordenamento tributário geral, é necessário verificar o regime jurídico sob qual determinada pessoa está sujeita, e, mais, sendo uma pessoa jurídica, analisar sob qual constituição societária ela foi estabelecida.

Respeitando o caráter internacional do estudo, é de grande valia a apresentação da legislação europeia: por ser um mercado comum, há mais dificuldade em iniciar qualquer medida de alinhamento, por isso foram estabelecidos três requisitos para não se considerar um local como paraíso fiscal, quais sejam: transparência, a qual se traduz na adesão aos padrões internacionais de troca de informações entre as nações; concorrência justa na área tributária, que

²² HUCK, Hermes Marcelo. Op. cit. p. 256.

significa seguir as disposições sobre transparência e sobre troca de informações trazidas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no Relatório Harmful Tax Competition; e a implementação do programas *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*²³.

Com base nesses critérios, a União Europeia (UE) criou uma lista dos países que não aplicavam tais métodos. A classificação foi criada em 2017 e recebeu o nome de “*non-cooperative tax jurisdictions*”, devendo os países ali presentes se adequarem até o ano de 2019, quando houve a atualização da lista. Permaneceram 8 (oito) nações classificadas como paraíso fiscal e outras sob fiscalização da UE²⁴.

No campo dos projetos multilaterais, o projeto *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, criado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), merece destaque, já que, como o próprio nome diz, o intuito do projeto é o combate: à base erosion ou erosão da base tributária, que se refere à perda da arrecadação dos tributos, e ao *profit shifting* ou transferência do lucro, que se refere à movimentação do lucros obtidos nas operações para jurisdições com menor ou nenhuma oneração do patrimônio.

O projeto é composto por 15 atos que têm como escopo a eliminação das supracitadas lacunas existentes entre as legislações e da queda na arrecadação em determinados países²⁵. Todas as ações têm um objetivo comum. É importante explanar algumas que produzem efeitos diretos no assunto aqui estudado. São os atos: II, VI, VII, VIII, IX e X.

A neutralização dos arranjos híbridos (*neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*) diz respeito às movimentações feitas pelos agentes que resultam em dupla não-tributação, ou seja, a estrutura do negócio passa por diversas jurisdições, e, em nenhuma delas, há o recolhimento de tributos.

A prevenção dos abusos de tratados para se evitar a dupla tributação (*prevention of tax treaty abuse*) trata dos benefícios ou dos incentivos fiscais que certos países concedem a algumas empresas, de maneira que provocam dano

²³ REMEUR, Cécile. **EU listing of tax havens**. European Parliament - European Parliamentary Research Service, oct. 2019. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621872/EPRS_BRI\(2018\)621872_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621872/EPRS_BRI(2018)621872_EN.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2021.

²⁴ EUROPEAN COUNCIL. **Taxation: EU list of non-cooperative jurisdictions**. Seção Policie, 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²⁵ **OECD**. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). BEPS Actions. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

imediatamente à sua concorrência, pois a concessão é seletiva, e, quando se encontram em blocos econômicos, desencadeiam guerras fiscais. O cenário é semelhante ao *dumping*.

Para coibir tais operações, a OCDE almeja ampliar a aplicação do princípio *arm's length*, que se trata de um mecanismo no qual todas as operações que praticam preços inferiores aos do mercado, estão no âmbito do planejamento tributário agressivo e da evasão fiscal, isto é, o preço praticado seria o fator que identificaria a movimentação como abusiva do preço de transferência; a partir dessa descoberta, são aplicados o preço do mercado e a tributação correta.

Trata-se de algo complexo, por isso faz parte de três ações do projeto, pois o preço é definido por diversos fatores, dentre os quais podem ser citados: a oferta e a demanda, o volume de operações, o preço das matérias-primas, revenda, entre outros. Isso significa que encontrar um preço de mercado significa analisar, até mesmo, o grau de concorrência de um mercado, algo difícil e que levaria à insustentabilidade disso a longo prazo, dado o número de operações que ocorrem diariamente.

Apesar das dificuldades elencadas, é inegável o caráter promissor do projeto, atuando em uma linha que oferece tratamento justo tanto ao contribuinte, quanto aos Estados, afinal não se trata de uma simples divisão entre os bons e os maus, mas sim de algo que ambas as partes precisam se ajustar de maneira a proporcionarem a existência de um sistema tributário eficiente, que provoque reflexos pouco depreciativos ao patrimônio e que se traduza em aumento de arrecadação.

Nesse sentido, são as palavras de Pasquale Pistone, ao tratar do incremento da transparência fiscal e da troca de informações entre os Estados:

[...] the need to sharpen the fight against fraudsters should not turn into a disproportionate bonfire of all basic values that constitute the bulk of customary international law and the legal background of civilized nations across the world in the protection of persons. The expected increased relevance of automatic exchange of information in cross-border tax matters should lead the scientific community to increase efforts to identify minimal standards and best practices for the protection of taxpayers' rights²⁶.

²⁶ PISTONE, Pasquale. Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law. **World Tax Journal**, february 2014, p. 03-09. p. 5.

Objetivamente, a busca do *BEPS* não é - e nem poderia ser - a redução de direitos básicos do contribuinte, dentre os quais está a economia de tributos, mas é, sim, uma forma de padronização das legislações, para que, a partir disso, possam ser resguardados os direitos e a integridade dos Estados, que conseguirão combater a erosão da base tributária e a transferência dos lucros.

2. Concorrência e Tributação

Atribuição posiciona-se como uma barreira para o maior desenvolvimento do comércio internacional. Por conta disso, a globalização e a busca por países com pouca ou nenhuma tributação têm determinado a alteração e a harmonização de normas tributárias, interferindo no fluxo de mercadorias internacionais. Vemos que um dos grandes entraves à harmonização está relacionado à suposta renúncia de soberania, submetendo-se ao que alegam ser normas supranacionais de regulamentação de operações tributárias similares.

Daí podemos extrair o primeiro grande desafio do comércio internacional, equacionando as diversas vontades. Claro que a abertura e a renúncia de parte de sua soberania serão inevitáveis, lembrando que uma norma única é impraticável, já que cada país terá sua normatização, com sua regra matriz de incidência própria.

Considera-se a alternativa de não haver relação de subordinação entre os Estados, mas uma forma de coordenação, desde que esta seja efetiva e transparente, não prevalecendo o poder decisório em função do poder econômico ou político de uma região.

Existe o papel positivo da globalização, em que os sistemas tributários passam por uma transformação de simplificação e de harmonização; por outro lado, existem novos mecanismos de protecionismo e formas de políticas tributárias em benefício apenas de seus nacionais.

Surgem os sistemas tributários, tornando-se um problema a ser enfrentado pelo comércio internacional, gerando uma competição pelo melhor ou mais eficiente país de legislação tributária, aumentando a necessidade de harmonização legislativa, a fim de não se prejudicarem as diversas jurisdições fiscais e o mercado globalizado.

Ao se tratar de algo que faz parte da rotina das pequenas, médias e grandes empresas no mundo e que está presente no ambiente pessoal de cada um dos integrantes da atividade, assim como os tributos estão, é de grande valia analisar os efeitos indiretos que a adoção de uma das estratégias supracitadas

provoca no pilar das economias contemporâneas, a concorrência.

A concorrência traduz-se como o elemento que proporciona eficiência produtiva, é composta pelo menor custo e aumento da produção e pelo desenvolvimento econômico das nações, que é simbolizado pelo incremento da demanda, fator fundamental para corresponder à maior disponibilidade de produtos.

Ao longo dos anos, o que se verificou em mercados cujo grau de intervenção governamental era mínimo foram estratégias de supressão da concorrência, em que agentes que dominavam o setor, por meio de fusão, cisão ou incorporação, agiam com o intuito de adquirirem maior participação no mercado; entretanto, apesar de parecer natural, notou-se que o ganho de participação resultava também no impedimento à entrada de novos fornecedores, produtores e prestadores, resultando em um mercado com preços elevados e pouca evolução dos bens.

As formas contrárias à concorrência que passaram a ser conhecidas foram o monopólio, o oligopólio, o truste e o cartel: o primeiro diz respeito à situação em que somente uma empresa participa daquele setor ou, então, que tem tamanha dominação sobre ele que as demais empresas não conseguem aumentar sua participação. O monopólio pode ser também resultado de uma política estratégica em áreas que estão relacionadas diretamente à estabilidade econômica do país, como se vê, por exemplo, no setor de petróleo nos países integrantes da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), em que o combustível fóssil tem fundamental participação na balança comercial do Estado e é, por esse motivo, mantido sob sua administração.

O oligopólio ocorre quando poucas empresas estão presentes no mercado ou exercem plena dominação nele, como é o caso do setor de refrigerantes, onde Pepsi e Coca-Cola dominam grande parcela do mercado e, ainda, detêm o controle de outras empresas menores que antes eram concorrentes²⁷.

O truste é um instituto do direito anglo-saxão que surgiu como uma forma de gestão patrimonial, porém, quando a legislação desses países passa a vedar que uma sociedade empresária tenha participação em outra, aquela gestora de ativos torna-se, na verdade, a detentora das quotas e age como se administradora fosse, provocando os efeitos anticoncorrenciais de maneira semelhante àquela que a sociedade exerceria, se tivesse adquirido a participação.

²⁷ TEIXEIRA, João Victor Olmos Aleixo; AZEVEDO, Charles Stevan Prieto de. O sistema brasileiro de defesa da concorrência e seus reflexos nas fusões e aquisições. **Revista Eletrônica Jurídica da UNIRP** – Universitas. São José do Rio Preto, v. 11, n. 22, p. 220-252, jul./dez. 2017. p.228.

Quanto ao cartel, este dá-se pelo conluio de empresas que possuem relevante participação de mercado e que, sem publicidade de tal união, definem os preços e o fornecimento dos bens, ou seja, deixam a concorrência de lado, para que, assim, obtenham maiores recursos com suas atividades, sem que haja mais ganho para um ou outro. A perda nesse cenário é dos consumidores e dos pequenos agentes que compõem o mercado, pois a combinação dos preços pode ser em um valor menor que o do custo de produção, fato que permite a manutenção da atividade da grande empresa por um período maior do que daquelas que possuem faturamento menor. O exemplo disso é a OPEP, em que os países integrantes da organização atuam em conjunto na definição de quanto irão produzir, a fim de que controlem o preço do petróleo exportado.

A tributação e essas práticas anticoncorrenciais podem parecer distantes em uma primeira análise, porém, o que se tem notado é que as maiores corporações têm sido também aquelas que menos contribuem, com casos envolvendo Apple, Google, Facebook e Amazon, sendo popularizados pela imprensa internacional.

As referidas empresas – como será aprofundado na análise de *cases* do Starbucks e Apple –, obviamente, munidas de poderosos instrumentos e com presença em grande parte das nações, buscam formas mais vantajosas de economizarem os seus tributos, afinal esse comportamento, como exposto, não é contrário à lei; deveras, o modo de operação é que pode contrariar os ordenamentos.

As vantagens aproveitadas podem ser oriundas de locais com regime fiscal privilegiado ou então fruto de incentivos fiscais proporcionados pelos Estados que se sentem atraídos em ter uma multinacional, avaliada na casa do trilhão, em troca de uma pequena perda arrecadatória, algo que significa uma marca especial nesse movimento.

Os incentivos concedidos pelos Estados às empresas nacionais não são algo inédito na prática mundana, figurando como exemplo o caso levado, no ano de 2018, pelo Brasil à Organização Mundial do Comércio (OMC) a respeito de um suposto subsídio de US\$ 4 bilhões entregues pelo governo do Canadá e pela província de Quebec, localizada naquele país, à empresa Bombardier²⁸, que opera na produção de aviões e trens. A medida tomada pelo Brasil foi motivada, além dos interesses de um país membro da OMC, pelo fato de a referida empresa

²⁸ Brasil inicia petição em painel da OMC contra subsídios à Bombardier. **Exame**, Seção Economia, 14 dez. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/brasil-inicia-peticao-em-painel-da-omc-contra-subsidios-a-bombardier/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ser concorrente direta da Embraer e de tais subsídios representarem um ganho competitivo em um mercado disputado, como é o de aviação, em que as duas empresas disputam, também, com a Airbus.

As denúncias sobre vantagens competitivas entre Estados é algo que acontece com frequência: denúncias sobre a prática de *dumping* já foram feitas pelo Brasil e em face dele. O termo oriundo das ciências econômicas significa a comercialização de um produto por um preço menor do que o custo de produção daquele bem, o que o torna completamente impossível de concorrer com o produto nacional.

O *dumping* pode ser resultado de subsídios estatais aos agentes nacionais que atuam na extração, transformação ou comercialização do bem, pois, obviamente, é impossível perpetuar uma atividade que não tenha lucro, somente seguidos prejuízos; por esse motivo, aparece o Estado como financiador, almejando a supressão dos outros concorrentes.

O Brasil foi denunciado pelos Estados Unidos pela prática de *dumping* no setor de aço, em 1998, em que o aço brasileiro já vinha sendo sobretaxado ao entrar no mercado estadunidense, pois o baixo custo impedia a siderurgia norte-americana de concorrer com o aço importado²⁹. A resposta do governo foi aumentar a alíquota, visando à equivalência do preço do produto exportado com aqueles fornecidos pela indústria siderúrgica.

Casos como esses demonstram a profunda relação que os temas guardam, sendo a tributação utilizada, seja na função extrafiscal ou não, como controle do mercado para coibir afrontas à concorrência e práticas lesivas à eficiência e redução do custo de produção.

Quando as empresas conseguem estruturar grandes planejamentos tributários e, por isso, deixam de recolher, integralmente ou parcialmente, tributos, aqueles agentes que não conseguem a mesma economia de tributos sofrem o primeiro golpe da concorrência sem, ao menos, ter havido a participação do consumidor. Nota-se que, sequer, está agindo a “mão invisível” eternizada pelos estudos de Adam Smith. É um momento em que não se trata nem mesmo de meritocracia, mas sim de um favorecimento justificável, apenas, pelo poderio econômico ou de influência daquela corporação.

O mesmo ocorre quando a empresa norteia seu planejamento a partir de

²⁹ EUA acusam o Brasil de dumping do aço. **Folha de S. Paulo**, Seção Mercado, 1º out. 1998. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi01109816.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

benefícios oferecidos pelos Estados, situação que seria um *dumping* às avessas, pois o favorecimento a uma empresa estrangeira significa o fortalecimento de um concorrente a partir de recursos financeiros e o oferecimento de mão de obra qualificada a um projeto que trará pouco ou nada ao custo de produção e desenvolvimento de tecnologia nacional.

Não se trata de nacionalismo exacerbado, mas sim de uma observação quanto à ausência de vantagens fáticas do favorecimento fiscal a empresas estrangeiras, pois o resultado é a perda de arrecadação milionária, a fuga de cérebros, afinal, mesmo estando no seu país natal, estão desenvolvendo uma tecnologia cujos benefícios diretos podem não ser usufruídos pela população daquele local; e o terceiro fator acaba por ser uma consequência do segundo, a aglomeração dessa mão de obra qualificada em uma corporação significa a ausência em outros agentes menores, não trazendo resultados àquela sociedade. Vê-se que as vantagens são reservadas a um pequeno grupo, enquanto há a socialização dos prejuízos.

É importante elencar que a vantagem que está sendo tratada no estudo é aquela oriunda do planejamento tributário agressivo, que funciona de maneira diferente dos incentivos fiscais que fazem parte da maioria dos governos do mundo, pois, naqueles casos, são respeitados os acordos internacionais de tributação, e, normalmente, há um foco no desenvolvimento da mão de obra e do local em que se instalam as empresas, algo não atingido no assunto aqui tratado; às vezes, nem mesmo naquele local a corporação está instalada, tratando-se somente de um estabelecimento permanente.

3. Cases: Apple e Starbucks

Para melhor compreensão do tema, serão apresentados dois cases envolvendo grandes corporações estadunidenses que realizaram planejamentos tributários julgados como agressivos pelas autoridades fiscais da União Europeia e Reino Unido: as empresas Starbucks e Apple.

A gigante do ramo de cafeterias foi acusada de evasão fiscal no ano de 2012 pelas autoridades do Reino Unido. O objeto da denúncia foi o recolhimento de, aproximadamente, £8.6 milhões durante o período de 14 anos³⁰, somando

³⁰ MARRIAGE, Madison. Starbucks' european unit paid 2.8% UK tax last year. Financial Times, Seção Companies, 18 set. 2018. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/4d85c99c-bb44-11e-8-8274-55b72926558f>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

menos de £1 milhão por ano, algo completamente incompatível com uma companhia que registrou, no ano de 2017, mais de £160 milhões em lucros, fato, inclusive, que gerou outra.

O valor torna-se ainda mais surpreendente quando se apura que, desde o estabelecimento da empresa no Reino Unido em 1998 até a acusação, em 2012, o faturamento da companhia foi de £3 bilhões, e, ao longo desse período, foram recolhidos somente £8.6 milhões em tributos³¹.

A revelação desses fatos provocou efeitos na reputação da companhia, que foi colocada no grupo de multinacionais que pagavam poucos tributos, levando a companhia a mudar, em 2014, sua sede de Amsterdam para Londres, visando, justamente, a aumentar o recolhimento de tributos em uma tentativa de reverter os danos à sua imagem.

O caso Apple deu início a uma verdadeira busca pelo aumento da tributação incidente nas “*big techs*”, como é chamado o grupo composto por Amazon, Google, Facebook e Apple, em uma autuação que exigiu o pagamento de €13 bilhões em tributos não recolhidos. Em relação a esse fato, a empresa disse se tratar de algo que desafia a realidade e o senso comum³².

A condenação ocorreu depois quando, em 2016, a Comissão Europeia identificou que a empresa se vinha beneficiando de um incentivo fiscal ilegal concedido pela Irlanda, algo que desequilibrava a União, incentivando a guerra fiscal entre os Estados, de tal maneira que a Irlanda se mostrou contrária à condenação. A Comissão apurou que a empresa recolheu uma alíquota de 0,005% em 2014, e a justificativa da Irlanda para essa tributação foi a de que se tratava de uma incompatibilidade entre as suas normas e a dos Estados Unidos.

Esse evento desencadeou a movimentação dos países europeus para a criação de um imposto digital global, que serviria, justamente, para evitar a continuação dos efeitos danosos provocados pelas empresas que muito arrecadam, mas pouco recolhem³³.

³¹ NEATE, Rupert. Starbucks pays £18.3m tax but £348m in dividends. **The Guardian**, Seção Business, 27 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/2019/jun/27/starbucks-emea-pays-183m-tax-but-348m-in-royalty-payments>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

³² CHEE, Foo Yun. Apple says €13 billion EU tax order “defies reality and common sense”. **Reuters**, Seção Technology, 16 set. 2019. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-eu-apple-stateaid/apple-says-14-billion-eu-tax-order-defies-reality-and-common-sense-idUSKB-N1W1195>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

³³ Cf. OCDE vê chance de acordo global para taxar gigantes de tecnologia ser aprovado em 2020. **Época Negócios**, Seção Empresa, 23 jan. 2020. Disponível em: Acesso em: 28 jan. 2020.

Conclusão

Apresentados os aspectos introdutórios sobre o planejamento tributário, o projeto BEPS e os efeitos na concorrência, pode-se inferir que as vantagens fiscais têm sido recorrentemente utilizadas não só como forma de economia de tributos, mas também com o foco voltado à supressão da concorrência.

As empresas citadas na análise de case mostram isso, pois a sua marca já detém forte adesão do público. Quando isso acompanha a economia dos tributos, têm-se o cenário completo de bloqueio ao desenvolvimento de qualquer outro agente: quantas cafeterias deixaram de operar ou expandir em razão da presença do Starbucks na vizinhança? Ao passo que esta utilizava o produto das economias em sua expansão e no oferecimento de descontos e promoções aos consumidores, os outros empreendimentos buscavam, das mais diversas formas, manter a sua atividade.

O BEPS representa uma grande iniciativa dos Estados, demonstrando que a situação se tornou grave até mesmo aos poucos, já que se obtinham vantagens com aquele cenário; ademais, sem uma medida multilateral, uma ação final do projeto, tais riscos e prejuízos continuarão a atuar.

A instrumentalização do planejamento tributário agressivo como ferramenta anticoncorrencial significa a completa desvirtualização do instituto. A economia de tributos deixa de ser o objetivo da operação, tratando-se de uma busca pela exclusão de qualquer agente apto à concorrência, em um cenário de perpetuação da liderança de mercado derivado, em grande parte, da reaplicação do capital economizado na implementação de sua produção ou de sua prestação.

A aceitação pelos Estados de tais métodos representa não apenas perdas de curto, médio e longo prazos, fomentando a erosão da base tributária, naquele país e em todos os outros em que o capital irá passar, mas também a transferência dos lucros, incentivando que nacionais busquem esses meios para conseguirem obter algum ganho competitivo.

Referências bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed., 18. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

Bacon's rebellion. **National Park Service - U.S. Department of Interior**. Disponível em: <<https://www.nps.gov/jame/learn/historyculture/bacons-rebellion.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 66, de 29 de agosto de 2002**. Dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre os procedimentos para descon sideração de atos ou negócios jurídicos, para fins tributários; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inap tidação de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2002/66.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa n. 1.037, de 04 de junho de 2010**. Relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=16002&visao=compilado>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

Brasil inicia petição em painel da OMC contra subsídios à Bombardier. **Exame**, Seção Economia, 14 dez. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/brasil-inicia-peticao-em-painel-da-omc-contrasubsidios-a-bombardier/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CAETANO, Antonio Filipe Pereira. Entre “Bernardas” e revoluções: a revolta da cachaça e a historiografia colonial. **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 3, 2009, p. 11-26. Disponível em: <http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/wp-content/uploads/2016/10/e03_a2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CARVALHO, Cristiano. Breves considerações sobre elisão e evasão fiscais. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Planejamento tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CAVALCANTE, Diogo Lopes. A estreita fronteira da elisão e evasão fiscal.

Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 131, p. 199-222, nov./dez. 2016.

CHEE, Foo Yun. Apple says €13 billion EU tax order “defies reality and common sense”. **Reuters**, Seção Technology, 16 set. 2019. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-eu-apple-stateaid/apple-says-14-billion-eu-tax-order-defies-reality-and-common-sense-idUSKBN1W1195>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

EUA acusam o Brasil de dumping do aço. **Folha de S. Paulo**, Seção Mercado, 1. out. 1998. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/f01109816.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

EUROPEAN COUNCIL. **Taxation: EU list of non-cooperative jurisdictions.** Seção policie, 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio:** o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2010.

GASPAR, Tarcísio de Souza. Derrama, boatos e historiografia: o problema da revolta popular na Inconfidência Mineira. **Revista Topoi.** Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, jul.-dez. 2010, p. 51-73. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/topoi/v11n21/2237-101X-topoi-11-21-00051.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

Grande dicionário Larousse cultural da língua portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HELMHOLZ, Richard. Magna carta and the ius commune. **The University of Chicago Law Review.** Chicago, v. 66, n. 2, Spring 1999, p. 297-371, p. 322. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2485&context=journal_articles>. Acesso em: 12 abr. 2021.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão:** rotas nacionais e internacionais. São Paulo: Saraiva, 1997.

LENZ, Raoul. Elusão fiscal e a apreciação econômica dos fatos. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MONTEIRO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Princípios tributários no direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARRIAGE, Madison. Starbucks' european unit paid 2.8% UK tax last year. **Financial Times**, Seção Companies, 18 set. 2018. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/4d85c99c-bb44-11e8-8274-55b72926558f>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

MARSHALL, Peter. British India and the “great rebellion”. **BBC**, Seção History, 17 fev. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/history/british/victorians/indian_rebellion_01.shtml>. Acesso em 27 dez. 2020.

MORGAN, Patricia Taber. **Tax procedure and tax fraud in a nutshell**. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1990.

NEATE, Rupert. Starbucks pays £18.3m tax but £348m in dividends. **The Guardian**, Seção Business, 27 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/2019/jun/27/starbucks-emea-pays-183m-tax-but-348m-in-royalty-payments>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

OCDE vê chance de acordo global para taxar gigantes de tecnologia ser aprovado em 2020. **Época Negócios**, Seção Empresa, 23 jan. 2020. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/01/ocde-ve-chance-de-acordo-global-para-taxar-gigantes-de-tecnologia-ser-aprovado-em-2020.html>>. Acesso em 28 jan. 2021.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008

OECD. Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). BEPS Actions. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A elisão tributária e a lei complementar n. 104/2001**. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). O planejamento tributário e a lei complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001.

PISTONE, Pasquale. Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law. **World Tax Journal**, February 2014, p. 03 - 09.

REMEUR, Cécile. **EU listing of tax havens**. European Parliament - European Parliamentary Research Service, oct. 2019. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621872/EPRS_BRI\(2018\)621872_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621872/EPRS_BRI(2018)621872_EN.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2021

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Transparência fiscal e reciprocidade nas perspectivas interna e internacional. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 19. São Paulo: Dialética, 2015. p. 250-251.

SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Planejamento tributário e o “propósito negocial”** - Mapeamento das decisões do conselho de contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TEIXEIRA, João Victor Olmos Aleixo; AZEVEDO, Charles Stevan Prieto de. O sistema brasileiro de defesa da concorrência e seus reflexos nas fusões e aquisições. **Revista Eletrônica Jurídica da UNIRP – Universitas**. São José do Rio Preto, v. 11, n. 22, p. 220-252, jul./dez. 2017.

VALIM, Patrícia. **Corporação dos enteados: tensão, contestação e negociação política na Conjuração baiana de 1798**. 2012. 272 f. Dissertação (Doutorado em História) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://200.187.16.144:8080/jspui/bitstream/bv2julho/936/1/2012_PatriciaValim_VCorr.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

REFERENDO CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL REFERENDUM

Área: Direito Constitucional. Referendo.

Ivânia Cristina Camim Chagas Modesto¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto constitucional do referendo, dentro do exercício da democracia e suas formas com ênfase no Referendo Constitucional. Para tal abordagem, utilizou-se, como metodologia, o método histórico que faz retomar a evolução histórica sobre o tema referendo e suas previsões legais. O instituto do referendo é identificado por alguns autores, na Grécia Antiga e em Roma, com a abordagem nas primeiras expressões de democracia direta, que remontam à organização política das cidades-estado gregas e ao desenvolvimento dos Estados até nos dias atuais. A consagração das consultas populares e a obrigatoriedade em determinados países do Referendo Constitucional – cuja relevância material seria a ratificação da Constituição ou a emenda ou a revisão da lei suprema, como na Suíça, na Dinamarca, na Irlanda – dá-se com sua obrigatoriedade como instituto em 49 Estados nos Estados Unidos; porém, este instituto é facultativo na Espanha, na França, na Itália, no Reino Unido, por não possuir previsão normativa, embora seja usual em razão do direito consuetudinário. A atual Constituição Brasileira não prevê expressamente a realização de referendo para propostas de emenda ou de revisão constitucional, assim como não acolheu a ratificação da Constituição por meio de consulta popular. Tampouco Portugal traz em sua Constituição da República tal previsão. A existência de referendo constitucional no território brasileiro – país cuja extensão territorial é grande e apresenta, entre outras amarras, o analfabetismo funcional que pesa nas decisões, a desinformação e problemas técnicos da matéria – afasta por completo uma positivação do instituto; isso, porém, não acontece em países Europeus, vez que possuem realidades diferentes em todos os aspectos. Verificou-se, nesse estudo, a consagração da teoria democrática, inclusive no aspecto histórico, e o poder constituinte originário que pertence ao povo, princípio fundamental da soberania popular. Conclui-se que o tema dessa pesquisa torna-se útil, atual e necessário na busca de contornos dentro do Estado

¹ Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa.

moderno e da efetiva democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Referendo Constitucional. Brasil. Portugal.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the constitutional institute of the referendum, within the exercise of democracy and its forms, with emphasis on the Constitutional Referendum. For this approach, the historical method was used, the one which resumes the historical evolution on the referendum and its legal provisions. The institute of referendum is identified by some authors, in Ancient Greece and Rome, with its approach to the first expressions of direct democracy, which date back to the political organization of the Greek city-states and the development of States to the present day. The consecration of popular consultations and the obligatory nature of the Constitutional Referendum in certain countries – whose material relevance would be the ratification of the Constitution or the amendment or revision of the supreme law, as in Switzerland, Denmark, Ireland – is made mandatory as institute in 49 states in the United States; however, this institute is optional in Spain, France, Italy, the United Kingdom, as it does not have a normative provision, although it is usual due to customary law. The current Brazilian Constitution does not expressly provide for the holding of a referendum on proposals for amendment or constitutional revision, nor did it accept the ratification of the Constitution through popular consultation. Nor does Portugal have such a provision in its Constitution of the Republic. The existence of a constitutional referendum in Brazilian territory – a country whose territorial extension is large and presents, among other constraints, functional illiteracy that weighs on decisions, lack of information and technical problems in the matter – completely rules out a positivization of the institute; this, however, does not happen in European countries, as they have different realities in all aspects. It was verified, in this study, the consecration of the democratic theory, including in the historical aspect, and the original constituent power that belongs to the people, fundamental principle of the popular sovereignty. The presented theme becomes useful, current and necessary in the search for contours within the modern State and effective democracy.

KEYWORDS: Democracy. Constitutional Referendum. Brazil. Portugal.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Democracia e suas origens. 2. Participação popular e o referendo. 3. Democracia brasileira e o referendo. 3.1 Os referendos no Brasil. 4 A democracia portuguesa e o referendo. 4.1 Os referendos em Portugal. 4.2 Os referendos sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez. 5 Referendo constitucional: posituação nas constituições. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Tanto no Brasil, quanto em Portugal, não há uma previsão legal para que se adote o sistema de referendo constitucional; na Constituição Federal Brasileira, o artigo 60, parágrafo 4.º, determina não apenas que as alterações constitucionais somente são capazes de ser realizadas por meio de uma proposta de emenda constitucional, apresentada com apoio de 1/3 (um terço) dos parlamentares da Câmara ou do Senado, pelo Presidente da República ou por mais da metade das Assembleias Legislativas, mas também que a matéria não poderá abolir cláusulas pétreas da Constituição, o que inclui a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais; ademais é vetada sua votação em época de estado de sítio, de defesa ou de intervenção federal.

Em Portugal, a matéria é tratada e também vetada pelo artigo 115, número 4 da Constituição da República Portuguesa, que determina: “4. São excluídas do âmbito do referendo: a) As alterações à Constituição”. Para se alterar a Constituição da República Portuguesa, a iniciativa deverá partir dos Deputados da Assembleia da República, a quem compete preparar o projeto de revisão Constitucional (artigo 285); além disso, as alterações à Constituição deverão ser aprovadas por uma maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções (CRP, artigo 286).

No Brasil, como em Portugal, o sistema de ideias democráticas assegura aos povos direitos fundamentais que são abarcados e assegurados como parte integrante da Constituição do Estado Democrático, não somente como parte dele, mas também como determinantes nas relações e nas decisões para o bem-estar coletivo. A intervenção popular nas decisões do Estado não dá margem à dúvida de que é a sociedade como um todo que rege as transformações. É ela que cria e oportuniza as decisões da coletividade.

Mediante essa abordagem, ou seja, diante da proibição constitucional

da tratativa de alterações constitucionais frente à participação popular, de figuras como o referendo constitucional, mais especificamente, em um Estado Democrático de Direito, pergunta-se: “É democrático alterar a Constituição por meio de participação popular?”; “há riscos de desvirtuamento dentro desta proposta?”.

Diante desses problemas levantados, o objetivo desta pesquisa é desenvolver uma exposição da participação popular na figura do Referendo Constitucional dentro de uma democracia, seja ela **direta**, **semidireta** ou **indireta**.

O presente trabalho justifica-se pela relevância do tema diante de grandes mudanças, em nível mundial, com a participação popular. Nesse contexto, propusemos um estudo histórico-evolutivo e conceitos elementares para melhor compreender o instituto.

1. Democracia e suas origens

Na Ciência Política, o exame rigoroso do conceito de democracia sugere o acompanhamento de uma progressão histórica que tem início na Grécia antiga. Com efeito, a partir do século VI, antes da nossa Era, desenvolveu-se nas polis de Mileto, Megara, Samos e Atenas, uma forma de direção da cidade-estado (*polis*) com base no poder do povo, conformado pelos membros fundadores das cidades, que começaram a participar diretamente da vida política (*politeia*).

As antigas repúblicas gregas e romanas de vinte e cinco séculos passados, entre as quais se destaca como tipo clássico e Estado ateniense, foram as primeiras manifestações concretas de governo democrático. Foram aquelas experiências as sementes da democracia, que os filósofos antigos e medievais conservaram vivas até que produzissem tempos modernos.²

Foram os gregos e os romanos os primeiros teóricos da democracia, entre os gregos Platão, Sócrates, Aristóteles, e entre os romanos Lucrécio, Cícero e Tácito.

Nos Estados helênicos e romanos, como mais tarde nos Cantões da atual

² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 20 ed. rev. e atual./ pelo Prof. Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 273.

Suiça, a democracia foi idealizada e praticada sob a forma direta, isto é, o povo governava-se por si mesmo, em assembleias gerais realizadas periodicamente nas praças públicas. Tal sistema era possível em razão do Estado-Cidade, ou seja, a Polis, na Grécia, e Civitas, em Roma serem pequenas, restringindo-se aos limites da comunidade urbana. E, para que a democracia fluísse com plenitude, a população não podia ultrapassar certos limites. Platão, na República, limitava em dois mil o número de cidadãos; e mais tarde, no Diálogo das Leis, admitiu que o número de cidadãos atingisse cinco mil³.

A democracia era direta, já que o exercício do poder se deu pelo próprio titular, sem necessidade de intermediários; nessa democracia, não se aplicavam as funções administrativas; ela concretizava-se, porém, no âmbito “legislativo” e, parcialmente, na jurisdição.

“[...] [N]ão se pode dizer que a democracia ateniense, nestes moldes, pudesse alguma vez ombrear com a democracia que praticamos hoje”⁴. O Estado Romano abrangeu a fase monárquica, a fase republicana e a fase dominial. Na monarquia, em especial, na sua estruturação, incluía a existência de três órgãos: o Rei, a Assembleia Curiata e o Senado. O Curiato mantinha as assembleias populares, mas logo caiu em desuso. Com a expansão territorial do Estado Romano, juntamente às graves crises econômicas e militares, criou-se uma estabilidade da República, que desencadeou a revolução do ano de 509 a.C., a qual não rompera com o passado monárquico, o qual conservou dois dos seus órgãos: as Assembleias Populares e o Senado.

Dando um salto na história, “podemos dizer, em pouquíssimas palavras, que a Idade Média conheceu um conflito quanto ao exercício do poder, porém, é só na Idade Média que vamos encontrar as primeiras manifestações do que viria mais tarde a ser um sistema representativo”⁵.

O Estado Medieval possuía uma estrutura estadual, a qual cooperou para a expansão do Cristianismo, na sua projeção político-social. Aqui surge a ideia de Estado para organizar a vida dos indivíduos em sociedade. Seguindo a história, no absolutismo, o exercício do poder foi entregue ao senhor absoluto. A nobreza,

³ Ibidem.

⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atualiz. Coimbra: Almedina, 2011. p. 179.

⁵ SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O plebiscito, o referendo e o exercício do poder**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 18.

por sua vez, considerava isso positivo, pois a concentração do poder na figura do monarca era uma forma de garantir o controle das terras, e a concentração de poder nas mãos do rei era uma demanda tanto da burguesia em ascensão, quanto da nobreza.

Mais tarde, no instante em que o povo reivindicou novamente o poder, já não tinha condições de exercê-lo, o que provocou a instalação definitiva da democracia indireta ou representativa; no entanto, a democracia direta ainda sobreviveu em alguns Cantões da Suíça, com a participação direta do povo nas questões essenciais de Estado.

Diversos fatores contribuíram para o fim da democracia direta, como, por exemplo, o desenvolvimento da humanidade, o qual impossibilitou a democracia direta; ainda, podemos citar como fato para esse fim, com ênfase, o aumento das cidades e, conseqüentemente, da população, o que tornou a participação direta dos cidadãos no processo decisório inviável. A manutenção de tal tipo de democracia ficou insustentável; deu-se, pois, lugar a outras práticas governamentais, como a democracia indireta ou representativa e a democracia semidireta.

1.1 A democracia indireta ou representativa e democracia semidireta

Neste trabalho, um fato que merece atenção especial é o surgimento da democracia indireta devido à impossibilidade da democracia direta. Ora, se a vontade popular não pode ser expressada por seu titular, por inviabilidade técnica, o novo mecanismo é o contrário do antigo mecanismo, uma democracia indireta ou representativa.

A democracia indireta é aquela em que o exercício do poder ocorre por meio de outras pessoas que não o titular, ou seja, por representantes do interesse coletivo. A democracia indireta surge como consequência natural da evolução do Estado, já que a democracia direta possui amarras limitantes para sua evolução.

A representação é a fórmula pela qual ocorre a decisão do Estado, em que o povo, por meio de seu representante, exerce o poder. Nesse passo, no final do período absolutista, antes, portanto, da Revolução Francesa, o Estado e poder confundiam-se na pessoa do rei: o soberano conserva em suas mãos a força ampla, geral e irrestrita, personificando todos os poderes do “Estado”. Talvez a maior definição do poder absoluto do rei venha da frase “L’Etat c’est moi” - atribuída a Luiz XIV, o soberano francês - cuja tradução implica dizer que o Estado era o próprio rei.

O Estado conheceu, ainda em sua história, o mandato imperativo, por meio do qual o povo controlava as atividades do eleito no exercício do mandato. Essa figura jurídica fora tomada do direito civil e utilizada pelo direito público. Com ela, era possível afirmar-se a identidade entre eleitor e eleito, ou seja, a vontade daquele exercida por este.

A origem do mandato imperativo é remota: inicia-se na Idade Média na França e na Inglaterra com os primeiros Parlamentos ingleses e perdura até 1614. Enfraquecido com o desenrolar da história, “o mandato imperativo foi abolido pela Revolução Francesa em 1789. Tal era o repúdio contra este sistema de controle popular, que a Constituição francesa de 1791 declarava: Os representantes eleitos nos departamentos não serão representantes de nenhum departamento em particular, mas de toda a nação e não lhes poderá ser dado nenhum mandato”⁶.

O mandato imperativo é um tipo histórico de representação popular, repelida pelo Direito Público moderno; todavia, muitos pensadores denunciavam os excessos e a concentração de poder nas mãos da Monarquia e iniciaram a pregação da alteração deste modelo, com uma clara divisão de poderes entre os líderes de um Estado, desconcentrando-se o exercício da autoridade; porém, é no século XVI, com o ápice do iluminismo, sobretudo nas pregações de Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Montesquieu, que a proposta de uma divisão de poderes se intensifica.

Neste passo, as ideias de representação eram semeadas, e a passagem teorizada por Jean-Jacques Rousseau da ideia de representação teve lugar na história: “Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto não é lei”⁷.

Rousseau dá contorno definitivo ao mandato imperativo, deduzindo-o de um pacto; há total exigência de participação direta do povo para a consolidação da decisão política. A soberania, assim, se mantém inalienável, é formado um liame de responsabilidade entre eleitor e eleito, sendo que no resultado final é o próprio povo o responsável pela aceitação ou rejeição da lei. Há, portanto, um

⁶ RAMOS, William Junqueira. **O mandato imperativo**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 30 de novembro de 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33598/o-mandato-imperativo>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁷ Livro Jean-Jacques Rousseau. **Do contrato Social**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultura, 1978 (coleção Os pensadores). p. 108.

controle jurídico sobre a atividade política do eleito⁸.

Nesse momento histórico, Rousseau é adversário de Montesquieu, atribuindo ao órgão executivo apenas funções administrativas, sem dividir o poder soberano, que é o legislativo. Já a análise realizada por Montesquieu no clássico “Do espírito das leis”, de 1748, calcado nas instituições inglesas, tem seu discurso voltado à representação das instituições inglesas. Embora o povo seja capaz para escolher seus representantes, não o é para discutir os negócios públicos. “O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar parte de sua autoridade. (...) Entretanto, saberá o povo dirigir um negócio, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos e aproveitá-los? Não; não saberá⁹”. E mais adiante é categórico: “A grande vantagem dos representantes é que são capazes de discutir os negócios públicos. O povo não é, de modo algum, capaz disso, fato que constitui um dos graves inconvenientes da democracia. (...) Ele – o povo – só deve participar do governo para escolher seus representantes, procedimento para o qual é bastante capaz”¹⁰.

Para esse filósofo, a eleição não passa de mero mecanismo de escolha dos representantes, ou seja, o povo participa do governo somente no ato de votar, selecionando aqueles que devem exercer o poder. Além do mais, quando Montesquieu trata do exercício do poder, propriamente, ele exclui qualquer possibilidade de controle sobre o representante; portanto, dentro da teoria apresentada por Montesquieu, não há lugar para um controle jurídico sobre a atividade política do parlamentar.

Assim, com a Constituição Francesa de 1791 deu origem à representação cujo documento autoriza os parlamentares a exercerem o poder sem necessidade de instruções ou de consultas aos eleitores. Assim, nesse instante, deixou de existir o controle jurídico sobre a atividade política do parlamentar; desse modo, a representação deu-se mediante eleição, que é um processo de seleção de candidatos, representantes do povo e do interesse público.

Neste passo da história, encontramos as limitações e as inviabilidades da democracia direta, como anteriormente colocado; já na democracia indireta, encontramos limitações da representação popular, na qual há somente atividade

⁸ SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O plebiscito, o referendo e o exercício do poder**. São Paulo: Intituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 29.

⁹ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. p. 24.

¹⁰ MONTESQUIEU. Op. Cit. p. 168.

política, intangível ao controle jurídico dada a distância mantida com o povo e as decisões de Estado. A democracia semidireta aparece como mecanismo para aproximar novamente o povo do poder, como um meio para atingir aquele conteúdo político, não por normas do direito, mas sim pelo próprio titular do poder.

A democracia semidireta, empregada em diversos Estados, apresenta um aspecto intermediário, uma legítima posição de meio termo, relativamente às precedentes, podendo ser definida como a modalidade em que o povo, apesar de governado pelos seus representantes, tem direito de intervir diretamente, em momentos decisivos, na elaboração definitiva da lei e no funcionamento de órgãos estatais.

Residem outras restrições jurídicas importantes na atividade política. Para manter o princípio da soberania popular, assunto central do nosso trabalho, conforme o qual todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido, transferindo-se o exercício das funções governamentais aos representantes ou mandatários do povo, há parâmetros jurídicos a que os parlamentares possam se submeter, e, nesse caso, sim residem outras restrições jurídicas importantes à atividade política. Encontraremos o plebiscito e o referendo como instrumentos preciosos de participação popular no processo político.

2. Participação popular e o referendo

Os mecanismos institucionais de democracia semidireta mais conhecidos na história são o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Uma vez que o tema do trabalho refere-se especificamente ao referendo constitucional, discute-se primeiro outros institutos inseridos na democracia semidireta, resumidamente.

Os institutos do plebiscito e do referendo possuem características muito semelhantes que os aproximam, dificultando uma distinção entre os mesmos. Ambos dizem respeito a manifestações populares, consultas ao povo, sempre relativas a decisões de poder. Caracterizam a participação direta do povo no poder do Estado.

Nesse contexto, é possível encontrar, na prática, exemplos históricos da palavra “referendo”, significando “plebiscito”, e vice-versa. Muitos autores usam como elemento diferenciador o tempo da consulta popular. José Afonso da Silva ensina que “o plebiscito visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formação legislativa”¹¹. Já o referendo consiste

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. rev.e atualiz. São

na consulta posterior a um ato praticado, seja uma lei já aprovada ou medida normativa em curso, embora o objeto da consulta seja matéria de alto conteúdo político-social e o momento da auscultação do povo seja posterior.

Como participação popular, temos, também, no direito brasileiro, a iniciativa popular, sendo esta a forma pela qual os eleitores provocam os órgãos legiferantes para a feitura de normas: os cidadãos têm participação direta na iniciativa da elaboração de leis. Talvez seja o mais significativo instituto da democracia semidireta. É realmente a que mais atende às exigências populares de uma participação efetiva do processo político. A iniciativa das leis dá-se pelo próprio povo.

Essa figura constitucional obriga o Parlamento a legislar, porque, se um determinado número de cidadãos o exige, um projeto de lei determinado será exposto à Assembleia, que deverá examiná-lo e emitir um parecer, bem como discuti-lo e votá-lo.

Ainda dentro da participação popular, foi tentado, no Brasil, o voto destituente ou recall, ou revogação popular, ou destituição. Essa figura, que teve sua origem no mandato imperativo, não tem albergue na nossa Constituição de 1988, pois trata do instituto da revogação do mandato eletivo, em que o povo tem a possibilidade de fiscalizar seus representantes e, por meio de um referendo proposto por meio de iniciativa popular revocatória, destituí-los.

Além e ainda, tirante o referendo revocatório, temos o veto popular legislativo, instituto que não tem previsão constitucional. O veto popular tem origem nos princípios constitucionais, especialmente no princípio da soberania popular, estabelecido no artigo 1.º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por meio da manifestação popular, o veto popular caracteriza-se por uma forma espontânea, contrária a uma determinada lei elaborada pelo Legislativo.

Ademais, há mais uma forma de manifestação direta da soberania popular - a ação popular constitucional - já existente no constitucionalismo brasileiro, desde o Império, mantida no artigo 5.º, LXXIII, da Constituição brasileira de 1988: consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesses coletivos.

A ação popular é um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e

constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil.¹²

“A Constituição da República Federativa do Brasil adotou outras formas de democracia participativa, como as consagradas nos artigos 10, 11, 31, parágrafo 3º, 37, parágrafo 3º, 74, parágrafo 2º, 194, VII, 260, VI, 216, parágrafo 1º”¹³.

Embora o valor democrático participativo siga no sentido de atuação crescente dos cidadãos, no encaminhamento decisório-político, deixamos aqui outras formas que poderiam ser abordadas com respeito ao referendo e, quiçá, ao referendo constitucional, pois é também nosso objetivo neste trabalho.

Referendo vem de ad referendum e origina-se da prática, em certas localidades suíças, desde o século XV, como nos cantões de Valais e Grisons, de consultas à população para que se tornassem válidas as votações nas Assembleias cantonais. Com a difusão da prática, o referendo passou a ser sinônimo de consulta popular¹⁴.

No sentido moderno, a ideia do referendo permanece associada à Revolução Francesa e aos debates entre os defensores da soberania popular, inspirada em Rousseau, e os partidários da soberania nacional, segundo a fórmula de Sieyès¹⁵.

A ideia é a de que referendo se vincula à deliberação sobre ato prévio dos órgãos estatais, para ratificar ou rejeitar lei já em vigor ou em projeto de lei. Trata-se o referendo de um modo de expressão da opinião ou da vontade do cidadão, em votação livre e secreta, sobre uma medida que foi ou poderá vir a ser adotada pelos poderes constituintes, no plano nacional no Brasil, e em Portugal, no plano nacional, regional ou local, e, ainda, a manifestação sobre tratados da União Europeia.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. rev.e atualiz. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 460.

¹³ DA SILVA, José Afonso. Op. Cit. p. 142.

¹⁴ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. 2 ed. São Paulo: Editora Ática, 1996. p. 34.

¹⁵ Ibidem.

3. Democracia brasileira e o referendo

A democracia, não obstante de todas as controvérsias que permanecem quanto à sua definição, refere-se a um regime político orientado por princípios fundamentais, como anteriormente já expostos; destarte, a democracia não se molda de uma só vez, em um só momento, porém, pressupõe-se todo um trabalho permanente, com a participação do povo na formação da vontade política do Estado.

“Importante destacar que a democracia brasileira, em um primeiro momento, projeta uma abertura que se iniciou ‘de dentro do regime militar’ de Ernesto Geisel (1974-1979), com o objetivo de ampliar, de maneira lenta, gradual e controlada, a base de institucionalidade do regime democrático, possibilitando a transferência de poder aos civis”¹⁶.

As relevantes normas da Constituição Federal de 1988, destinadas ao estabelecimento e à proteção da democracia no Brasil, nos trinta anos, obtiveram êxitos quanto a sua pretensão de eficácia e de adequação; portando, não podemos nos esquecer dos resquícios dos 21 anos de autoritarismo, que sobrevive na atual democracia.

A democracia constitucional brasileira, desde 1988, é representativa e tem como sujeitos principais os partidos políticos, que serão os personagens praticamente exclusivos do jogo político, com uma colaboração bem tímida dos institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório e definitivo governamental.

No Brasil, um país republicano, impõe-se o exercício do poder com responsabilidade, não pertencendo a quem o exerce; por isso, não se deve contrariar os interesses do titular do poder: o povo. Compreende-se que o sistema, frente ao mandato, põe-se como ponto de referência dos demais institutos informadores da República; a partir do mandato que decorre, o representante deve exercer o poder respeitando o Estado, o povo e, também, seus interesses.

Os representantes não ouvem, individualmente, cada cidadão em razão de ser ele o seu representante, mas busca a satisfação dos interesses de uma coletividade; o interesse público é o senhor do parlamentar.

A Constituição brasileira acolhe os postulados da democracia representativa e participativa, por meio dos quais o controle da administração

¹⁶ SWENSSON JR, Lauro Joppert. Notas sobre a constituição transformadora democratizante. **30 Anos de Constituição Federal**. São Paulo. v. 140, 2018. p. 48/49.

pública e das políticas, em geral, deve ser efetuado ou pelas instituições que representam os cidadãos ou, de forma direta, por meio de mecanismos de democracia participativa. Foi nesse contexto que as figuras de participação popular são incluídas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Como podemos observar, no Brasil, o referendo está positivado no artigo 14, inciso II, CF/88 e na lei n. 9.709/98, juntamente a outras figuras da soberania popular, como o plebiscito, no inciso I, e a iniciativa popular, no inciso III, do mesmo artigo e lei.

Por si, o referendo é a convocação popular à devida manifestação com posterioridade do ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar. A matéria deverá ser de relevância nacional e de competência do poder legislativo ou do poder executivo.

O referendo é convocado mediante decreto-lei, por proposta de 1/3 no mínimo dos membros que compõem qualquer uma das casas do Congresso Nacional.

É uma figura jurídica constitucional que exige o envolvimento do poder legislativo, em razão de que se cria uma lei que deverá passar pelo referendo, ou seja, é um mecanismo de participação cidadã que toma lugar no processo legislativo já avançado, e o envolvimento dos cidadãos toma um lugar central para o debate e decisão.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 60, parágrafo 4º, define que não será objeto de deliberação, proposta de emenda tendente a abolir, entre outros exemplos, “os direitos e as garantias individuais”.

Na história eleitoral brasileira, até os dias de hoje, por apenas duas vezes a modalidade do referendo fora realizada: nos anos de 1963 e de 2005.

Com o desenvolvimento e a crescente complexidade das democracias modernas, a participação exclusivamente direta dos cidadãos nas decisões de assuntos públicos dos Estados tornou-se inviável. A representação passou, então, a ser o principal arranjo através do qual o cidadão delibera sobre questões públicas¹⁷.

É importante ressaltarmos que – em uma sociedade como a brasileira,

¹⁷ INÁCIO, Magna; NOVAIS, Raquel; ANASTASIA, Fátima. **Democracia e referendo no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 123.

marcada por grandes desigualdades, nos planos econômico, social, político, cultural, além das discriminações racial e sexual – as chamadas populares são raridades. A própria política lida com dificuldades com as figuras representativas. A história mostra que foram poucas vezes usadas essas figuras.

Nesta busca para ouvir o povo, em que o referendo é um instituto democrático e de grande relevância jurídica ou política, temos que, em diversas situações políticas, o povo poderia ser chamado a decidir, mas os custos altos envolvidos e as matérias de alta relevância política afastam a figura constitucional desaparelhada. A prova disso é o fato de que houve somente dois referendos em todo o período de história brasileira.

3.1 Os referendos no Brasil

O povo brasileiro não está acostumado a referendos. Diferentemente, por exemplo, do que acontece no Estado da Califórnia (EUA), que precisa de um órgão específico para computar e manter a contabilidade dos números de referendos; de fato, não é um privilégio somente desse Estado, pois o Texas apresenta um número elevado de referendos, chegando à casa dos 100 mil referendos nos dias atuais; o Estado da Flórida também, à casa dos 100 mil referendos. Há uma tradição de consultas estaduais, e, nos condados, as consultas são diretas, o que contrasta intensamente com o nosso sistema, o qual contém muitas legislações e é totalmente isento de consultas populares.

Ocorreram somente dois referendos em toda a história democrática do Brasil, sendo, pois, raríssimo o evento da transferência do poder decisório do Legislativo para o eleitorado. Na história do Brasil, do nascimento até os dias atuais, a população ouviu falar em referendo somente em duas datas: uma figura de extrema importância para a democracia; e outra completamente fora dos padrões da população brasileira.

Em janeiro de 1963, uma consulta popular foi realizada no Brasil. Alguns autores chamam-na de plebiscito e outros, referendo, decidindo os caminhos do nosso sistema de governo. “A Emenda Constitucional de número 4 de 02.09.1961 chamada de Ato Adicional, havia instalado o parlamentarismo, como meio para evitar poderes presidenciais ao vice, João Goulart, que assumiria o cargo principal na República do Brasil”¹⁸, ou seja, no calor da crise política que desaguaria no

¹⁸ SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O Plebiscito, O Referendo: e o exercício do poder**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Editor Celso Bastos, 1998. p. 97.

regime militar, a população foi chamada a decidir sobre o sistema de governo: parlamentarismo ou presidencialismo. O sistema parlamentar foi adotado no país, após a renúncia de Jânio Quadros, para enfraquecer o então presidente João Goulart; contudo, a manutenção do novo regime ficou condicionada à realização de um plebiscito ou de um referendo para se decidir qual seria o sistema de governo a ser adotado em definitivo no Brasil. A vitória foi a do presidencialismo, derrotando o parlamentarismo por um resultado largamente favorável ao presidencialismo. “Dos 18 milhões de cidadãos existentes à época, mais de 11,5 milhões votaram e, destes, 9,4 milhões manifestaram-se favoráveis à reinstalação do sistema presidencialista no país”.¹⁹ No dia 06 de janeiro de 1963, foi rechaçado o então sistema de governo, e o povo optou pelo presidencialismo; houve manifestação de autoridade para o encaminhamento político da vontade popular.

Em um segundo momento, no ano de 2005, a população volta às urnas para um segundo referendo. O referendo sobre o desarmamento foi uma experiência única, não somente porque o Brasil não tinha o hábito de realizá-lo. Foi excepcional em razão da reviravolta a curto prazo na história da consulta: políticos e partidos não se manifestaram abertamente, mas foram substituídos ou até municiados pelos lobistas e pelos grupos de pressão de ambos os lados, de acordo com interesses políticos da época, sem se deixar de sinalizar que a comunicação eletrônica fora uma novidade para a população, que não estava acostumada com o processo. Foi um modo de fazer política inovador.

O Congresso Nacional sobre o projeto de lei do Senado Federal, n. 292 de 1999, deu origem ao Estatuto do Desarmamento; sobre o projeto de decreto legislativo do Senado Federal, n. 950 de 2003, autorizou o Referendo nacional relacionado ao comércio de armas de fogo e munição no país, envolvendo campanhas publicitárias pelo “sim” – “Por um Brasil Sem Armas” – e pelo “não” – “Pelo Direito à Legítima Defesa”. A lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003 dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas (SINARM), que define crimes e dá outras providências.

Assim, “em 23 de outubro de 2005, aconteceu o Referendo, e não abordou questões de engenharia político-institucional, mas relacionou-se à segurança pública, à violência e à criminalidade questões de ordem social que ocupam, há

¹⁹ INÁCIO, Magna; NOVAIS, Raquel; ANASTASIA, Fátima. **Democracia e Referendo no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 77.

tempos, o topo na lista das preocupações cotidianas da sociedade brasileira”²⁰. Os cidadãos foram chamados a responder precisamente: “O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”. Aproximadamente 64% dos votantes manifestaram-se contrários à proibição, e apenas 36% a favor. Nas sociedades contemporâneas, a defesa do indivíduo é dever do Estado e direito do cidadão. A vida civilizada pressupõe a cessão de áreas de soberania ao Estado que passa a ser aquele aparato que detém o monopólio do uso legítimo dos meios de coerção, em um determinado território.

O liberalismo e a democracia combinam-se, quando é resguardado o direito de os cidadãos decidirem – diretamente ou por meio de seus representantes – quais direitos querem manter, na esfera privada da vida, e quais outros querem transferir para a esfera pública. No caso em questão, no referendo sobre o desarmamento, os cidadãos puderam decidir livremente quais direitos queriam manter na sua esfera privada e quais direitos queriam transferir para a esfera pública.

Com o país dividido, já que esse referendo, especificamente, marcava uma instabilidade política do partido que estava no governo, a oposição e a população ficaram muito conturbadas, já que as próprias pesquisas apontavam o “sim” com mais de 60%, porém, como dito anteriormente, quem “ganhou” foi o “não”; assim, a votação refletiu muito mais uma insatisfação política-partidária do que, propriamente, a matéria que estava sendo discutida. Um dos rumos por que a população votou pelo “não” foi à busca pela solução do problema da violência generalizada na sociedade brasileira; instigada, esta votou pelo processo decisório nacional.

Com tais apontamentos, não é comum no Brasil que a população seja convocada a tomar decisões políticas que, corriqueiramente, cabem aos representantes nacionais. A democracia no país, no âmbito federal, é eminentemente representativa, embora mecanismos de participação popular, como já assinalados anteriormente, são permitidos tanto pela Constituição de 1946, quanto pela atual, promulgada em 1988, apesar de tais dispositivos constitucionais na história da democracia brasileira não serem usuais.

²⁰ Ibidem.

4. A democracia portuguesa e o referendo

Tomando como ponto de partida o advento do constitucionalismo liberal com a Revolução de 1820, na evolução histórica do constitucionalismo Português, houve referendos em momentos monárquicos (1820-1910), mesmo que não tenham sido objeto de propostas formais; na República (1910-1926), tiveram lugar as primeiras experiências de referendos locais e, na ditadura do “Estado Novo” (1926-1974), destaca-se que houve um plebiscito constitucional de 1933.

Conforme nos ensina Antônio Felípe em sua obra “O Referendo na Experiência Constitucional Portuguesa”,

[...] em 03 de outubro de 1910 foi desencadeada a Revolução Republicana. Apesar da indefinição ou desânimo da oficialidade, a revolta contou com uma forte determinação de praças e sargentos do Exército, o próprio Exército, navios de guerra e seguido da população civil de Lisboa, alcançaram a vitória, ou seja, as forças republicanas aboliu uma Monarquia de oito séculos e proclamaram em 05 de outubro um regime republicano, fortemente apoiado pela população da capital²¹.

Em 19 de julho de 1911, a Assembleia Constituinte sancionou a revolução, de 05 de outubro de 1910, e decretou, como forma de governo, a República Democrática. Muitos debates foram seguido em razão do projeto de Constituição e, resumidamente, terminaram em 21 de agosto de 1911, como a data da Constituição da República Portuguesa.

Embora o referendo nacional não tenha sido consagrado na Constituição de 1911, a questão esteve sempre presente no debate constitucional; muitos projetos foram apresentados com o tema “referendum”, não somente o referendo nacional, mas o referendo local também.

O Referendo Local chegou a ser usado na 1ª República Portuguesa como meio de limitar a capacidade de decisão dos órgãos autárquicos, sobretudo em matéria financeira; tinha um caráter totalmente diferente daquele que viria a ser usado e consagrado pelo regime democrático a partir de 1982, segundo o qual, a

²¹ FILIPE, Antônio. **O referendo na experiência Constitucional Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 105.

matéria tributária e financeira estão excluída das matérias que tratam o referendo local²².

Caminhando rapidamente na história, a ditadura fascista do Estado Novo durou de 1926 a 1974; e, em 21 de fevereiro de 1933, foi publicado o decreto n. 22.229, que marcou o primeiro plebiscito nacional, o qual tinha como matéria a Constituição Política da República Portuguesa. O plebiscito à Constituição de 1933 não foi, nem sequer na aparência, um ato de expressão da vontade popular; nas palavras de Mário Soares, em sua obra “Oposição e Governo em Portugal”,

[...] a Constituição de 1933 constituiu apenas um expediente jurídico para mascarar a estrutura ditatorial do ato, pois o texto constitucional não resultou de qualquer Assembleia Constituinte que tenha sido designada para a sua elaboração, e o plebiscito, figura da participação popular fora interposto que funcionou como título de legitimidade formal²³.

Esta Constituição seria revista em 10 (dez) anos e poderia ser antecipada a sua revisão para 5 (cinco) anos, se fosse aprovada por dois terços dos membros da Assembleia Nacional. A Constituição de 1933 não continha, na sua redação originária, qualquer disposição que contemplasse o referendo nacional; porém, mantinha a previsão do referendo local e de âmbito nacional e chegaria a obter, portanto, a consagração em sede de revisão constitucional.

Constituição de 1933 definia o Estado Português como uma República unitária e corporativa, o que determinava a relação entre a metrópole e o ultramar. Dada a evolução econômica da Europa, fora proposto dois referendos, sendo um para definir a política ultramarina e outro para acabar com o Estado corporativo. Sendo o resultado desses referendos que determinaria as opções da futura Assembleia Nacional em matéria de revisão constitucional²⁴.

De acordo com António Filipi,

²² FILIPE, António. Op. Cit. p. 146-147.

²³ SOARES apud FILIPE, António. **O referendo na experiência Constitucional Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 159.

²⁴ SOARES apud FILIPE, António. Op. Cit. p. 179-180.

[...] a única ‘consulta popular’ realizada durante a ditadura foi o plebiscito à Constituição de 1933, organizado para dar uma legitimação formal à Constituição fascista. Para além desse simulacro de referendo, o regime nunca considerou seriamente a realização de qualquer tipo de consulta direta, nem mesmo para as revisões constitucionais²⁵.

“Em 1974, o descontentamento e a contestação popular ao regime foi decisiva e em 25 de abril do mesmo ano, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista”²⁶. Com isso, fora derrubada a ditadura de quase meio século e abriu-se o caminho para a construção de um regime democrático em Portugal.

O papel do referendo na democracia portuguesa, de 1974 a 2015, durante a elaboração da Constituição pela Assembleia Constituinte, eleita em 25 de abril de 1975, teve abordagens para que as propostas, que visavam à aprovação de uma Constituição, fossem submetidas por um referendo e que a Constituição pudesse ser revista por meio do referendo.

Em outubro de 1980, nas eleições legislativas junto à Aliança Democrática, reforçou-se a sua maioria absoluta. O resultado eleitoral garantiu ao governante liberdade, mas não total, já que permitia governar, mas não autorizava rever a Constituição.

Muitas propostas foram enviadas para Assembleia, junto a muitos projetos de revisão constitucional, e muitos estudos apresentados por professores, como os da Universidade de Coimbra – Antônio Barbosa de Melo, José Manuel Cardoso da Costa e José Carlos Vieira de Andrade –, foram destinados a servir de base ao projeto de revisão constitucional da Aliança Democrática, publicado sob o título “Estudo e Projeto de Revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976”.

Com todos os esforços desempenhados, a verdade é que o referendo de revisão constitucional nunca obteve consagração no regime democrático português.

O instituto referendo é consagrado no artigo 115 da Constituição da República Portuguesa, e são três os grupos de referendo, o referendo no âmbito

²⁵ Soares apud FILIPE, António. *Op. Cit.* p.181.

²⁶ REIS apud FILIPE, António. **O Referendo na Experiência Constitucional Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2016. p.181.

Nacional, o no âmbito local e o no âmbito regional. A lei orgânica do regime de referendo n. 15-A de 1998 e suas alterações regem os casos de referendo em âmbito nacional. Já a lei orgânica n. 4 de 2000 rege os casos e os termos da realização do referendo de âmbito local, previsto no artigo 240º da Constituição da República Portuguesa.

Em âmbito local e nas consultas diretas das regiões administrativas, também com previsão constitucional no artigo 256º da Constituição da República Portuguesa, é objeto do referendo questões de relevante interesse nacional, que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo (artigo 118, número 2 da CRP). Há, assim, a caracterização do instituto como instrumento de participação direta do cidadão no processo legislativo, o qual consegue dar objetividade ao instituto.

Os princípios balizadores do referendo são os mesmos eleitorais, conforme o artigo 113 da Constituição da República Portuguesa. O referendo somente poderá versar sobre uma só matéria. As formulações das perguntas deverão ser objetivas, claras e precisas, e, ao povo, não cabe a opção quanto ao caminho a se tomar, mas somente aceitar ou rejeitar uma proposta, ou seja, um simples “sim” ou “não”.

O referendo só tem efeito vinculativo, quando o número de votantes for superior à metade dos eleitores inscritos no recenseamento. Frente à soberania nacional, o resultado do referendo é a própria unidade do Estado, é a vontade do povo; entretanto, se esse número não for atingido, o resultado do referendo servirá apenas como recomendação popular, que será encaminhada ao governo. Portugal, diferentemente do Brasil, tem previsão de referendo local como dito anteriormente.

Desde a entrada em vigor da Lei número 49/90, de 24 de agosto, que regulou a realização de consultas locais, até ao final de 2014 registraram 44 deliberações de órgãos autárquicos requerendo ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade e legalidade de referendos locais. O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade e/ou ilegalidade dos referendos propostos em 39 casos. Apenas cinco foram admitidos²⁷.

Há também referendos regionais em relação aos quais, a partir de 1982, a Constituição – como acima já ventilado – passou a prever a possibilidade de

²⁷ REIS apud FILIPE, António. Op. Cit. p. 352.

realização de consultas diretas sobre matérias da exclusiva competência das autarquias locais, as quais decidem assuntos das regiões administrativas.

Ao tempo de toda a militância da história portuguesa, inclusive na Revolução de 1974 e após a aprovação da Constituição de 1976, o referendo constitucional, como nos ensina Jorge Miranda e Rui Medeiros, passou a ser um instituto procurado pelos opositores das transformações econômicas, sociais e políticas constitucionalmente consagradas. Houve tentativas para a revisão constitucional por meio do recurso ao referendo.

As previsões referendárias portuguesas também são condicionadas a muitos requisitos formais, como decisões parlamentares majoritárias, e o referendo não poderá coincidir no tempo com atos eleitorais de âmbito nacional, para que não haja confusão nos comportamentos eleitorais. As perguntas têm que incidir somente sobre uma matéria e conter, no máximo, três questões, que devem ser formuladas com objetividade, clareza e precisão, para respostas de “sim” ou “não”. De fato, as campanhas são muito dispendiosas.

A decisão de convocar o referendo compete, por sua vez, unicamente ao Presidente da República, e essa decisão é livre e inultrapassável. Acresce que o Presidente da República só pode convocar um referendo se este não for declarado inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional e essa fiscalização prévia é obrigatória²⁸.

Essas exigências e muitos requisitos requerem alto custo com campanhas, demonstrando que o instituto é escasso no sistema da República Democrática Portuguesa; desde a sua consagração constitucional, foram realizados somente três referendos nacionais.

4.1 Os referendos em Portugal

Como assinala António Filipe, “embora não se possa falar de uma tradição referendária em Portugal, é inegável que as polémicas políticas e constitucionais que envolveram o referendo e os referendos nacionais e locais efetivamente realizados constituem uma relevância importante para a história política Portuguesa”²⁹.

²⁸ REIS apud FILIPE, António. Op. Cit. p. 615.

²⁹ REIS apud FILIPE, António. Op. Cit. p. 15.

De 46 propostas de referendo apresentadas no Parlamento, somente oito propostas aprovadas e três referendos realizados com níveis de participação muito reduzidos. O entusiasmo, apresentado durante as apresentações das propostas, deu lugar a um descrédito, já que a população não aderiu. De acordo com os números apresentados no primeiro referendo realizado em democracia, registrou-se uma participação próxima dos 30%, o que gerou um descontentamento frente aos que apoiam a figura jurídica e contempla, nesse instituto, a prova de uma maturidade democrática, a cidadania participativa.

4.2 Os referendos sobre a despenalização da interrupção voluntária de gravidez

Em “08 de março de 2007 em consequencia do resultado o referendo realizado em 11 de fevereiro do mesmo ano, tivesse sido aprovada a lei n. 16/2007, de 17 de abril, que excluiu a ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, foi percorrido um longo caminho feito de muitos debates dentro e fora do Parlamento”³⁰.

O regime democrático português criminalizava o aborto, exatamente no Código Penal Português de 1852, que vigorou até 1982, e determinava pena de prisão de 2 a 8 anos, sendo condenada em igual pena a mulher que consentisse ou fizesse uso desses meios ou que voluntariamente procurasse o aborto em si mesmo, seguindo, efetivamente, o mesmo aborto, conforme artigo 358º do Código Penal Português.

Em Portugal, realizaram-se, até hoje, três referendos nacionais: dois sobre interrupção voluntária da gravidez e um sobre a regionalização, mas nenhum deles teve a participação de mais de 50% dos eleitores. De acordo com a Constituição da República, o referendo só tem efeito vinculativo, quando o número de votantes for superior à metade dos eleitores inscritos no recenseamento.

Em 28 de junho de 1998, realizou-se o primeiro referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez. O tema marcou a agenda política portuguesa com grande intensidade e com debates acalorados, desde o início dos anos oitenta.

A partir de 1998, a decisão de despenalização do aborto quando praticado por decisão da mulher passou a ficar indissolvelmente ligado ao referendo. O referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez foi também a experiência

³⁰ REIS apud FILIPE, António. Op. Cit. p. 453.

mais relevante para aferir a importância deste instituto para os partidos políticos, para os eleitores e para o sistema político português³¹.

No primeiro referendo, a pergunta colocada aos portugueses era a seguinte: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?” Votaram apenas 31,9% dos eleitores inscritos, e o “não” ganhou com 50,9% dos votos, sendo a participação dos portugueses muito aquém das expectativas criadas.

Ressaltamos que, mesmo diante de todas as sondagens publicadas anunciarem a vitória do “sim”, os partidos ficaram totalmente divididos entre o “sim” e o “não”. De fato, uma direita mais fortemente empenhada e secundada pelo ativismo associado à Igreja Católica acabou por traduzir uma vitória tangencial do “não”, contrariando a generalidade dos estudos.

Em fevereiro de 2007, nove anos mais tarde, no governo socialista liderado por José Sócrates, revelou-se que os portugueses voltaram, por meio do referendo, a responder a mesma pergunta; dessa vez, votaram 43,57% dos eleitores inscritos, tendo o “sim” vencido com 59,25% dos votos. Apesar do referendo não ser vinculativo, a lei da interrupção voluntária da gravidez foi alterada no sentido aprovado em consulta popular.

O terceiro referendo nacional, em Portugal, realizou-se em novembro de 1998 e incidiu sobre a instituição em concreto das regiões administrativas. Os defensores da regionalização defendia o cumprimento da Constituição, já que previa a criação de regiões administrativas; já os defensores da resposta negativa constestavam a existência de regiões administrativas, com fundamento na narrativa de que país apresentava uma pequena dimensão territorial e que, com a aprovação, isso representaria para Portugal mais despesas públicas em razão da criação de vários cargos políticos. Assim, o referendo deu-se com a pergunta: “Concorda com a instituição em concreto das regiões administrativas?”. Com uma percentagem dos votantes de 48,1% de eleitores, 63,52% deles responderam “não”, a regionalização não avançou.

³¹ REIS apud FILIPE, António. Op. Cit. p. 499.

5. Referendo constitucional: Positivação nas constituições

Em uma sociedade em que a democracia está sedimentada, na participação popular, por meio do referendo, este pode ser o instrumento último de adaptação da Constituição às novas realidades sociais; assim, uma constituição promulgada em 1988, no Brasil, não é mais aquela com centenas de emendas constitucionais, obras do poder reformador e do poder revisor; ademais, uma constituição promulgada em 1976, como a Portuguesa, também não é mais a mesma, com revisões diversas constitucionais – inclusive para moldar Portugal aos princípios da economia de mercado da União Europeia –, ainda mais em épocas como a nossa, com tantas transformações tecnológicas e sociais.

No referendo constitucional, este instrumento jurídico, se previsto, poderá modificar diretamente a Constituição, provocando reformas da letra constitucional; poderá, também, acarretar, indiretamente, a mudança no sentido da norma constitucional; poderá, ainda, revogar uma disposição que poderá adequar a norma constitucional à realidade, um instrumento poderoso, em que o povo participa como intérprete da Constituição.

O bom uso do (plebiscito) e do referendo, além da organização social e política, também depende da representação popular. A democracia direta teve seu fim em face de impossibilidades técnicas que a viabilizassem, o número muito grande de cidadãos que participam do processo decisório nas sociedades contemporâneas; o fato das questões debatidas hoje serem técnicas e complexas, frequentemente e diversificadas; o tamanho do Estado moderno; a falta de formação cultural do cidadão para participar do processo político; a falta de tempo do cidadão para informar-se sobre as questões de Estado são motivos suficientes para não acreditarmos que o povo possa voltar a exercer o poder diretamente, sem a necessidade da representação³².

No Brasil, o caminho ainda será longo para um exercício livre democrático, conforme assinalado anteriormente: a extensão territorial é imensa, as camadas sociais são muitas, o analfabetismo funcional é de uma grandeza incompreensível. O referendo sempre foi muito acanhado, como apontado anteriormente, e, ainda levando em consideração as questões financeiras para sua

³² SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O plebiscito, o referendo:** e o exercício do poder. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 124.

implementação, é quase zero.

A Constituição de 1988 autorizou o pluralismo político, e o que poderia ser uma sociedade composta de vários grupos de poder tornou-se um centro de conflitos. O cidadão nessa dimensão – que poderia participar por meio do referendo ou, ainda, por meio de outros mecanismos, como o plebiscito, a ação popular, o direito de petição – não consegue usá-los, em razão das amarras políticas, das impossibilidades financeiras e por ser perigoso no entendimento da maioria, pois não se sabe como votar; muitas vezes, não se entendem as perguntas formuladas, não sabendo o que está votando.

O referendo constitucional no Brasil, como já dito e fundamentado, não é possível e está muito longe de acontecer, em razão da gravidade que seria a decisão popular em matéria estritamente constitucional; a população não entenderia a complexidade da matéria. O referendo constitucional em Portugal, por sua vez, é vedado pelo “artigo 115º da Constituição da República Portuguesa, cabendo exclusivamente ao Presidente da República promulgar a Lei de revisão Constitucional ao órgão de soberania composto unicamente por representantes eleitos em lista apresentadas por partidos políticos rever a Lei fundamental”³³.

“Os referendos são mecanismos tímidos em alguns países, e de grande relevância em outros; no atual contexto da Constituição Suíça, preveem-se, de modo expresso, nos seus artigos 89.º, 89.º-A, 120.º, 121º e 123.º, três tipos de referendo, sendo o constitucional, o legislativo e o convencional”³⁴. Os referendos constitucional e convencional são obrigatórios, quando se trata de adesão do Estado em organizações internacionais de segurança coletiva ou a comunidades supranacionais, e a natureza das outras matérias é de caráter facultativo. De fato, a Suíça é o país com o maior número de iniciativas e referendos ocorridos no plano nacional. A Constituição de 1848 é quem deu início à federação prévia; inicialmente, o referendo constitucional era obrigatório.

Suíça vota sim pelo trânsito de mão de obra (2007). Ao analisar o referendo de fevereiro de 2009 pela renovação do acordo sobre o livre trânsito de trabalhadores da UE e dos trabalhadores provenientes de Bulgária e Romênia, recém-aceitos na UE em janeiro de 2007 e que realizaram um referendo constitucional. É

³³ ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 21.

³⁴ RODRIGUES, Luís Barbosa. **O referendo português a nível nacional**. Coimbra Editora, 1994. p. 71.

importante ressaltar que a Confederação Suíça, não é um dos Estados membros da UE, tendo rejeitado, via referendo o ingresso neste organismo em dezembro de 1992. Contudo, por sua proximidade e interesses comuns a política de cooperação entre os países europeus continua gerando acordos, e para validar tais acordos, usou-se o referendo³⁵.

Esse referendo, realizado no dia 8 de fevereiro de 2009, reflete a política suíça em relação à UE, em não ser membro, mas utilizar acordos bilaterais, de forma a estabelecer acordos de cooperação mútua; assim, aceitar que novos membros da união circulem pelo território do país, com direito ao trabalho, é uma medida bastante importante e que afirma os interesses suíços nessa relação de cooperação internacional.

Com a campanha realizada dessa forma, a Suíça aprovou, por maioria de 59,6%, a ampliação da permissão de trânsito para trabalhadores de Bulgária e Romênia, reforçando ainda mais sua política de cooperação internacional, via acordos bilaterais com a União europeia.

Já na Irlanda, o referendo constitucional oferece uma visão interessante sobre a forma de convocação, sobre o papel do Estado e sobre a preparação para o referendo. Ao longo do século XX, a Irlanda foi alterando a forma de como ocorrem os referendos. Por essa razão, seu exemplo oferece o formato mais trabalhado do uso desse mecanismo de democracia direta. Essas mudanças ocorridas podem ser consideradas como avanço na utilização do referendo. Outrossim, podem servir de base para maiores estudos sobre o aperfeiçoamento do uso de referendos. É importante frisar que as transformações ocorridas foram causadas por um intenso uso de referendos. O uso constante é a melhor forma de se aprimorar uma ferramenta democrática, assim como esta, e o surgimento de debates torna-se essencial, para que o tema seja cada vez mais discutido.

O exemplo irlandês demonstra como um país pequeno, com pouca tradição de poder político dentro do debate internacional, pode fazer valer seus pontos de vista e a opinião de sua população. Esse ponto fica ilustrado pelos acordos de Sevilha e a Cimeira de Bruxelas; desse modo, o modelo de uso de referendos em democracias representativas ocidentais é considerado como o que se modernizou, criando mecanismos de gestão do processo de convocação do referendo. O fato de não estar previsto na constituição irlandesa traz a convocação de referendos por iniciativa popular, criando um novo possível debate na construção de um modelo,

³⁵ Ibidem.

que combine a democracia representativa e os mecanismos de democracia direta.

Seguindo no direito comparado, a Constituição italiana prevê expressamente vários mecanismos referendários, sendo o objeto cindido em dois grupos de referendos: o referendo ordinário e os especiais.

Em quaisquer dos grupos, encontramos a presença de referendos constitucionais ou legislativos, e, na contramão do direito comparado, o referendo convencional é expressamente proibido.

O instituto do referendo na Itália, em certo sentido, é tão antigo quanto o direito comunal italiano, isso porque, ainda que de modo incipiente, à época das comunas italianas, os cidadãos caminhavam para os campos reunindo-se em assembleia para deliberar sobre questões importantes para a comunidade, tais como impostos, assuntos administrativos, e sobre a guerra ³⁶.

“De então, a história do referendo na Itália foi escrita com o antecedente de oito pronunciamentos populares acerca da anexação e autodeterminação de unidades territoriais entre os anos de 1848 e 1870” ³⁷. A Itália prevê o Referendo Constitucional desde 1947, o mecanismo referendário fora introduzido no ordenamento jurídico italiano com a Constituição da República de 1947; desde então, o instituto é usado em larga escala, a população é orientada nesse sentido e vota com consciência, tanto que, em 2020, os italianos aprovaram, por meio de referendo, a redução do número de parlamentares, uma reforma histórica que reduzirá em um terço as cadeiras no Congresso. O número de deputados e senadores passará de 945 para 600 na próxima legislatura.

Nos anos de 1946 e 1947, foram realizados dois referendos (Onde?? No Brasil? Em Portugal?): um que deferiu legitimidade à Assembleia Constituinte; e outro, para decidir se mantinha a forma monárquica de governo ou se deveria instaurar a República. São vedados referendos para matérias tributárias; tampouco são admitidos referendos que determinem anistia e indulto.

A Dinamarca também é um país que prevê o referendo constitucional na sua constituição explicitamente, bem como o referendo legislativo e o convencional; para o referendo constitucional, não há limites à sua realização.

Na Irlanda, a “Constituição irlandesa alude expressamente, nos artigos

³⁶ SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 36/37.

³⁷ Ibidem.

46.º, 47.º e 27.º, a referendos de tipo constitucional e legislativos”³⁸. O referendo Constitucional possui natureza obrigatória, já a realização de outros é facultativa. A Constituição Espanhola de 1978 “afirma que os cidadãos têm o direito de participar nos assuntos públicos diretamente ou através dos representantes que hajam sido livremente eleitos”³⁹. A Constituição Espanhola foi ratificada popularmente, e nela estão previstos três tipos de referendos: político consultivo, referendo autonômico e o referendo constitucional com previsão nos artigos 167.º e 168.º; no artigo 168.º, a Constituição Espanhola prevê que o referendo constitucional é obrigatório, quando se trata de revisões totais ou essenciais do texto constitucional.

A Constituição Francesa possui três tipos de referendos e estão previstos nos artigos 11.º e 89.º, quais sejam: o constitucional, o legislativo e o convencional. Quaisquer dos tipos de referendos abarcados pela Constituição Francesa situam-se, temporalmente, ao final do processo normativo, produzindo sempre os respectivos resultados efeitos vinculativos. A França prevê o referendo constitucional (além do legislativo e do convencional nos artigos 11.º e 89º da Constituição Francesa).

Artigo 11.º [Disposições em vigor] O Presidente da República, através de proposta do governo, durante as sessões ou através de proposta conjunta das duas Assembleias, publicadas no Diário Oficial, pode submeter a um referendo qualquer projeto de lei sobre a organização dos poderes públicos, nas reformas relativas à política econômica, social ou ambiental. O Conselho Constitucional não teve a oportunidade de pronunciar-se sobre a questão de saber se a redação procedente do 1º do artigo 4º da lei constitucional nº 2008-724 de 23 de julho de 2008 entra em vigor na sequência da 4ª da Nação e sobre os serviços públicos que contribuem para a sua efetivação ou que visem à autorização da ratificação de um tratado que, sem ser contrário à Constituição, afetaria o funcionamento das instituições. Quando o referendo é organizado mediante proposta do Governo, este faz, perante cada assembleia, uma declaração que é seguida de um debate. Uma vez que o referendo tenha decidido pela adoção do projeto de lei, o Presidente da República promulga a lei no prazo de quinze dias após a

³⁸ RODRIGUES, Luís Barbosa. **O referendo português a nível nacional**. Coimbra Editora, 1994. p. 83.

³⁹ ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional luso e brasileiro na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 21.

proclamação dos resultados da consulta⁴⁰.

DA REVISÃO ARTIGO 89.º A iniciativa da revisão da Constituição pertence conjuntamente ao Presidente da República mediante proposta do Primeiro-Ministro e dos membros do Parlamento. O projeto ou proposta de revisão deve ser considerado nas condições de prazo previsto no terceiro parágrafo do artigo 42 e votado por duas assembleias em termos idênticos. A revisão é definitiva após ter sido aprovada por referendo. No entanto, o projeto de revisão não é apresentado no referendo quando o Presidente da República decide apresentá-lo ao Parlamento, convocado em Congresso; nesse caso, o projeto de revisão é aprovado apenas se reunir a maioria de três quintos dos votos válidos. A mesa do Congresso é a Assembleia Nacional. Nenhum procedimento de revisão pode ser iniciado ou instaurado quando é violada a integridade do território. A forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão”⁴¹.

Já o Reino Unido não dispõe de uma Constituição em sentido formal, consequentemente, o instituto jurídico do referendo não possui previsão e não há previsão nem em outras normas.

A democracia na Inglaterra tem um passado longínquo e de belos exemplos para a humanidade. Como exemplo atual, o referendo que tem por nome Brexit (do referendo até a saída da Inglaterra da União Europeia), durou anos, com os contrários e os favoráveis, cada qual com suas opiniões acaloradas; mesmo possuindo somente dois partidos, os cidadãos decidem de acordo com o momento, dispensando, muitas vezes, a técnica que a matéria exige, porém, a pergunta foi feita e a soberania popular fora mantida.

O processo teve origem em grupos da direita da Inglaterra inicialmente minoritários e ganhou força ao longo dos anos 2010. A discussão ganhou contornos mais sólidos em 2016, após a proposta ser aprovada em referendo com 52% de votos favoráveis dos britânicos, contra 48% que rechaçaram a saída do Reino Unido da União Europeia⁴².

⁴⁰ **CONSTITUIÇÃO.** Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso: 02 abr. 2020.

⁴¹ Ibidem.

⁴² **G1.** Do Referendo à saída efetiva, entendo as etapas que concretizaram o Brexit. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/01/31/do-referendo-a-saida-efetiva-entenda-as-etapas-que-concretizaram-o-brexit.ghtml>, Acesso: 02 abr. 2020.

Oficialmente, em 31 de janeiro de 2020, o Reino Unido deixa a União Europeia; porém, não deixando para trás, quanto ao referendo nos Estados Unidos da América, em razão de suas intervenções do corpo eleitoral terem nascido de forma totalmente inversa às do Brasil, o federalismo, nos Estados Unidos, é partilhado em diversas esferas federadas de competência, e essas atuam nos Estados com forças sociais, políticas e econômicas.

[...] em seu autêntico sentido, o fundamento da República dos Estados Unidos foi à forma de governo direto puro. Os cidadãos reuniam-se em uma praça depois de configurada uma situação de interesse da comunidade, e a discutiam. Essa assembleia veio a chamar-se town meetings, e seus traços são muito semelhantes à Landsgemeinde suíça⁴³.

Os Estados Unidos possuem a instituição do referendo em níveis federal, estadual, e ainda, de incidência infraconstitucional, que envolvia matéria de ordem de gestão financeira, com vistas ao controle da emissão de títulos de dívida pública, bem como de quaisquer atos que pudessem onerar o Estado.

Quanto à sua incidência em matéria constitucional, no contexto atual, pode-se afirmar que o referendo constitucional é, de longe, o mais comum nas instituições referendárias americanas, estando presente com disposição expressa em quase todas as Constituições⁴⁴.

O professor Pedro Trovão do Rosário, em seu artigo “Constitucionalismos e Democracias um Paradoxo?”, assegura que “maior paradoxo será no entanto a Constituição ser alterada pelos representantes dos cidadãos, sem os consultarem ou obterem a sua concordância expressa antes de procederem à alteração de regras contidas na Lei fundamental. Tal o que ocorre por exemplo em Portugal”⁴⁵.

Difícil de comparar Constituições como a brasileira e a portuguesa para a realização de referendo ou referendo constitucional; deveras, são continentes que tiveram realidades e povos diferentes em sua formação. Hoje, Portugal encontra-se inserido na União Europeia, com problemáticas diferentes das nossas; o continente foi palco de guerras; não se pode falar para um povo sobre

⁴³ SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 27.

⁴⁴ SGARBI, Adrian. Op. Cit. p. 33.

⁴⁵ ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional luso e brasileiro na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 21.

referendo frente a outro povo que viveu e vive realidades totalmente diversas. A União Europeia encontra-se em um patamar internacional muito superior ao MERCOSUL. Os processos de integração econômica dos continentes estão em descompasso, o que dificulta, demasiadamente, uma comparação diante dos riscos que o referendo oferece para o Brasil.

O caso especial dos referendos europeus, como assevera o doutrinador António Filipe, “foi um traço comum do processo de integração europeia desde 1972, quando o alargamento das Comunidades Europeias de seis para nove membros foi submetido a referendo em França em 23 de abril”. Vários tratados foram submetidos a referendos, em 2004: a adesão de 10 novos Estados membros deu lugar a nove referendos, com exceção de Chipre, o único Estado membro que não se submeteu a referendo. Existiram referendos em Malta, Lituânia, Eslováquia, Polónia, República Checa, Estónia e Letónia, sendo afirmativos os resultados.

Em 2005, quanto ao “Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa”, após ser assinado, os Estados membros realizaram referendo: a Espanha, em 20 de fevereiro, votou “sim”; a França, em 29 de maio, votou “não”; a Holanda, em 1º de junho, votou “não”; Luxemburgo, em 10 de julho, votou “sim”.

Com as rejeições, não era possível salvar o Tratado Constitucional, e a solução encontrada entre os líderes europeus foi o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007. O novo tratado deixou cair a fórmula constitucional, mas manteve o Tratado Constitucional. Não haveria mais referendos no processo de ratificação, para evitar riscos de novas derrotas.

Depois de 32 referendos realizados no processo de integração dos Estados europeus, com o Tratado de Lisboa, a ideia de referendo para a integração no bloco foi descartada, ferindo, assim, a participação popular e, conseqüentemente, a democracia. O referendo como mecanismo democrático fora derrotado, deixando, assim, um direito fundamental de participação dos cidadãos a deriva dentro do maior bloco econômico do mundo.

Muitos países da Europa agem conforme o pensamento do professor anteriormente citado, como a Escócia, que também por meio de um referendo, em 2016, votou pela permanência na Europa: 63% votaram a favor pela permanência. A Irlanda do Norte e a República da Irlanda também votaram, majoritariamente, pela permanência na União Europeia.

Considerações finais

No juízo de valor do instituto, produzido pela doutrina entre as vantagens e desvantagens da consagração do referendo constitucional, sempre esteve longe de se realizar de modo pacífico. Com a positivação do referendo constitucional na Constituição do país, a introdução do princípio da participação popular no governo é condição indispensável para a democracia plena. A participação popular, constante e bem-sucedida na Suíça traduz-se em razão de um povo politicamente maduro, socialmente homogêneo e com estrutura estável e moderada.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, inspirada nas melhores intenções e modelos democráticos, teve a virtude de incluir o referendo, mecanismo este que foi usado, de forma acanhada, sempre controlado pelos políticos e por profissionais que participam da organização do país; nota-se, assim, que o instituto não é usal no país.

Temos informação sobre consultas populares realizadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal em Brasília de assuntos de temas pontuais da sociedade, porém temas locais, regionais ou, até mesmo, uma população isolada fazem com que a matéria desperte interesse da sociedade, mas sem concretização. No Brasil, é visível que os canais ordinários da representação política apresentam-se insuficientes para atenderem aos reclamos das democracias de massas, nesse mundo cooperativo e globalizado. Como abrir espaço para a participação do eleitorado na adoção de decisões de transcendente importância? Como realizar referendo constitucional, sem levar em conta a dimensão do território, as variações climáticas, as variações de grupos étnicos, os fatores naturais ou sociológicos, a realidade social, o analfabetismo, a formação geográfica e histórica do povo brasileiro?

No sistema brasileiro, como instituto de participação política, o referendo enquadra-se no plano de intervenção popular nas medidas político-decisória-normativas. Seu ganho situa-se no fato de que pode ser um canal de incidência sobre matérias sensíveis à comunidade, uma atuação partilhada do poder político; afigura-se, pois, não apenas como um avanço e prova de maturidade democrática, mas também como uma nova forma de direcionar e incentivar o político e a cidadania participativa.

O tema exhibe um estudo detalhado e atual dentro do debate jurídico contemporâneo no Brasil. Como instrumento da democracia participativa, sua implementação nos assuntos de governo não seria a solução definitiva para o

exercício da vontade popular, mas é um instrumento de participação do povo nos assuntos que tragam consequências diretas à vida de cada cidadão.

Vale ressaltar que, no Brasil, há grandes problemas tanto no legislativo, quanto no executivo – quiçá no judiciário – em que a previsão e a aplicação do instituto referendo constitucional não seriam salutares, em razão das questões políticas, partidárias, sociais, territoriais, financeiras, do alto grau de analfabetismo funcional; contudo, se a política do referendo fosse usual, se a política da democracia popular tivesse sido desenvolvida dentro do território, seria segura e efetiva a aplicação do instituto, mas isso nunca aconteceu.

A realidade portuguesa e dos demais países europeus apresenta-se com acentuadas diferenças em relação ao contexto brasileiro. O instituto do referendo é plenamente viável dentro da conjuntura política em Portugal, sobretudo por estar integrado na União Europeia. Em Portugal, o referendo ainda tem grandes chances de acontecer inclusive pela sua densidade populacional, sua cultura histórica, sua composição dentro do mercado europeu, de sorte que a taxa de sucesso teria possibilidade positiva.

Com o sistema representativo, o poder do povo tem que ter amparo constitucional, e o Estado deve respeitá-lo por meio de um instituto; a sua lei suprema deve ser avaliada e julgada pelo povo, e outros assuntos ordinários deverão ser aferidos pelo povo, avaliando-se a sua adequação à sociedade.

Não se devem deixar de lado os altos custos de uma eleição para a realização tanto de um referendo, quanto, se possível, de um referendo constitucional; todavia, isso deve ser encarado como um investimento que servirá de arrimo para a conscientização política da população.

Referências bibliográficas

ABREU, Andréia de et al. **Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância**. 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2013.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos V: ineficácia**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7143-5.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos VI: ineficácia**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7925-7.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa:** referendo, plebiscito e iniciativa popular. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996. ISBN 85-08-03991-3

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel/ Anne Joyce Angher, organização. 30. ed. São Paulo: Rideel, 2020. ISBN 978.85.339.5828-9.

FILIPPE, António. **O referendo na experiência constitucional portuguesa.** Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6398-0.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atualiz. v. 1. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4680-8.

INÁCIO, Magna; NOVAIS, Raquel; ANASTASIA, Fátima. **Democracia e referendo no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. ISBN 85-7041-570-2.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 6. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2018. ISBN 978-85-442-1945-4.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 20 ed. rev. e atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Saraiva, 1990. ISBN 85-02-00673-8

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. ISBN 978-85-7420-867-1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11012-0.

MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. p. 24.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. ISBN 85-224-3148-5.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 85-224-3352-6.

MULLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. ISBN 978-85-309-2892-6.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de posição e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. ISBN 978-85-61996-02-4.

PORTUGAL. Constituição, 2018. **Constituição da República Portuguesa e legislação complementar**. Lisboa: Legit Edições, 2018. ISBN 978-972-8973-52-0

RAMOS, William Junqueira. **O mandato imperativo**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 30/11/2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33598/o-mandato-imperativo>. Acesso em: 30 nov. 2020.

RODRIGUES, Luís Barbosa. **O referendo português a nível nacional**. [S.l.]: Coimbra Editora, 1994. ISBN 972-32-0635-8.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional luso e brasileiro na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2019. ISBN 978-85-362-8552-8.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 90. ISBN 85-7420-474-9.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 978-85-770-592-5.

SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. ISBN 85-7147-128-2.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O Plebiscito, o referendo e o exercício do poder**. São Paulo: Intituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. Notas sobre a constituição transformadora democratizante. **30 Anos de Constituição Federal**, São Paulo, v. 140, 2018, p. 48/49, 31 mar. 2020.

O TERMO DE QUITAÇÃO ANUAL DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

THE TERM OF ANNUAL DISCHARGE OF LABOR OBLIGATIONS

Área: Trabalho. Termo de quitação verbas.

Milton Vasques Thibau de Almeida¹

RESUMO: Debate-se texto da Reforma Trabalhista que reviveu o Termo de Quitação Anual de obrigações trabalhistas à luz da doutrina e da legislação brasileiras, apontando as suas consequências jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Consequências jurídicas. Reforma Trabalhista. Termo de Quitação Anual.

ABSTRACT: The text of the Labor Reform is debated, which revived the Term of Annual Discharge of labor obligations in the light of Brazilian doctrine and legislation, pointing out its legal consequences.

KEYWORDS: Legal consequences. Labor Reform. Term of Annual Discharge.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A evolução histórica dos termos de quitação no direito do trabalho brasileiro. 1.1. A prática patronal da assinatura de documentos em branco pelo empregado. 1.2. A prática patronal de retenção dolosa de salários para obtenção da “quitação geral” em processo judicial trabalhista. 1.3. A prática patronal da troca de cheques após a homologação extrajudicial do acerto rescisório perante o Sindicato da categoria profissional. 1.4. O Termo de Quitação Quinquenal das obrigações trabalhistas do empregador rural. 2. A definição jurídica da eficácia liberatória de uma obrigação. 3. O objeto da eficácia liberatória de uma obrigação trabalhista. 4. Distinção entre o Termo de Quitação Anual de

¹ Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Itaúna. Desembargador do Trabalho do TRT da 3a. Região. Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social.

Obrigações Trabalhistas e as Certidões Negativas de Débitos Trabalhistas e Previdenciários. 5. Das opiniões doutrinárias a respeito da instituição do Termo de Quitação Anual. 5.1. Da inconstitucionalidade por atentado contra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. 5.2. Da alegada existência de fraude. 5.3. Do alegado enriquecimento sem causa do empregador. 5.4. Da alegação de que o sindicato não tem condições de verificar a veracidade das obrigações discriminadas. 6. A eficácia liberatória do Termo de Quitação Anual. 6.1. Os pressupostos jurídicos para a eficácia do Termo de Quitação Anual. 6.2. Os requisitos legais para a eficácia do Termo de Quitação Anual. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A Reforma Trabalhista, procedida na legislação brasileira pela lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, introduziu no artigo 508-B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a figura do Termo de Quitação Anual de obrigações trabalhistas (TQA), com o objetivo de conferir em prol do empregador a eficácia liberatória (“quitação”) das parcelas de direitos trabalhistas pagas no curso da vigência do contrato de trabalho, no decorrer do período de um ano.

Trata-se de reavivamento de uma ideia antiga do empresariado brasileiro, que foi precedida por uma longa trajetória de fraudes outrora perpetradas contra direitos dos trabalhadores, em determinados segmentos da economia.

No presente estudo, utilizaremos as pesquisas legislativa e jurisprudencial, bem como os métodos histórico, analítico-dedutivo e comparativo, para averiguarmos a efetividade da tutela jurídica do Estado sobre essas questões que, em princípio, pertencem ao domínio extrajudicial, porém com o objetivo de gerar efeitos na esfera judicial.

1. A evolução histórica dos termos de quitação no direito do trabalho brasileiro

Uma obrigação deve ser normalmente quitada na esfera extrajudicial, por isso os empregadores sempre objetivaram instituir formas alternativas para a obtenção da quitação emitida pelos seus empregados, ao seu modo, no afã de inibir o ajuizamento de ações trabalhistas. Para tanto, tinham que contar com o aval da Justiça do Trabalho, porque uma quitação homologada pelo Poder Judiciário tem eficácia de coisa julgada.

É longa a vivência do empresariado brasileiro com a busca de meios fraudulentos para a obtenção da quitação das suas obrigações trabalhistas por vias transversas e escusas, no afã de se precaver contra o ajuizamento de ações judiciais pelos seus empregados perante a Justiça do Trabalho.

A nossa vivência na magistratura trabalhista da Primeira e da Terceira Regiões da Justiça do Trabalho permite-nos catalogar três práticas patronais distintas: a) a da obtenção de assinaturas em branco do empregado em recibos de pagamento e/ou outros documentos; b) a da retenção dolosa de salários ou de outros direitos trabalhistas, com visos à obtenção da “quitação geral” em acordo judicial homologado pela Justiça do Trabalho; c) da troca de cheques por ocasião do acerto rescisório.

Além dessas práticas fraudulentas, a Constituição da República Federativa do Brasil, na sua redação original, em 1988, introduziu a possibilidade do Termo de Quitação Quinquenal das obrigações trabalhistas em relação ao empregado rural, em uma época em que ainda não havia sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a prescrição extintiva do direito de ação do empregado rural. Para ter eficácia, também teria que ser homologada pela Justiça do Trabalho.

1.1 A prática patronal da assinatura de documentos em branco pelo empregado

Certamente é a mais antiga das práticas patronais que objetivam a obtenção da quitação das obrigações trabalhistas pelas empresas (assim como outras finalidades), com a submissão do empregado à assinatura prévia de documentos em branco.

O empregado que se sentir lesado pode demandar contra a empresa perante a Justiça do Trabalho, onde deverá produzir prova robusta, cabal e convincente das suas alegações, para anular a eficácia probatória dos documentos obtidos com vício de manifestação de vontade; contudo, a jurisprudência trabalhista, mesmo anulando os documentos assinados em branco, reconhece a eficácia liberatória dos valores efetivamente pagos, condenando a empresa a pagar apenas a eventual diferença entre o que foi pago e o que deveria ter sido pago.

A legislação trabalhista contém algumas disposições sobre a forma do pagamento dos salários (mediante recibo salarial – art. 464 da CLT) e do acerto rescisório (mediante a TRCT – art. 477 da CLT). Em ambos os casos, as obrigações trabalhistas precisam ser discriminadas quanto à sua natureza

jurídica, uma a uma, seguida da indicação do seu respectivo valor. Originalmente, a quitação incidia sobre o valor do pagamento, mas não sobre a discriminação da natureza da parcela, conforme entendimento jurisprudencial da Súmula 41 do TST. Posteriormente, o TST mudou o seu entendimento, cancelando a Súmula 41 e editando, em substituição, a Súmula 330, que passou a determinar que a quitação incida sobre a natureza da parcela paga. Se o empregado discordar do pagamento, deve consignar ressalva expressa no verso do TRCT, discriminado qual a parcela ou o valor objeto da ressalva, para que possa eventualmente questionar o pagamento em um processo judicial trabalhista.

1.2 A prática patronal da retenção dolosa de salários para obtenção da “quitação geral” em processo judicial trabalhista

Houve uma época em que as empresas transformaram a Justiça do Trabalho em extensão dos seus Departamentos de Pessoal, estimulando ou obrigando os seus empregados a ajuizarem reclamações trabalhistas com pedidos simples, de pouca complexidade ou valor, a fim de celebrar acordos judiciais contendo a cláusula da “quitação geral, para não mais reclamar em qualquer juízo ou instância”.

A partir da década de 1960, provavelmente, muitas empresas passaram a adotar a prática de reter dolosamente os salários dos seus empregados, causando prejuízos e stress aos seus empregados, que ficavam privados dos salários necessários à aquisição de alimentos e ao pagamento de suas obrigações mensais ao final do mês, impondo-lhes o percurso de um calvário todos os meses, para a obtenção do pagamento na esfera judicial.

Foi nessa época que o legislador editou a lei n. 5.584, de 1970, instituindo o procedimento sumário na Justiça do Trabalho, a fim de que os empregados pudessem ajuizar reclamações trabalhistas com limite de alçada de (dois) salários mínimos, para permitir que as causas de pequeno valor tramitassem rapidamente e transitassem em julgado de imediato, desta forma coibindo que os litígios versando sobre salários se arrastassem por muito tempo.

O rito procedimental de alçada era mais simplificado do que o rito da reclamação trabalhista, que já era por si mesma muito simples. O notável jurista e processualista mineiro **Aroldo Plínio Gonçalves** afirmava que, se a reclamação trabalhista era mais simplificada do que o procedimento sumário do processo civil, comparado a ela o rito sumário de alçada do processo do trabalho, era

sumaríssimmo (superlativo do superlativo).

Para coibir os litígios com duração de longo prazo, o rito sumário da lei n. 5.584, de 1970, dispõe no § 4.º do seu artigo 2.º, que as sentenças nele proferidas são irrecuráveis, salvo se versarem sobre matéria constitucional.

Dentre os empregadores que utilizavam esse expediente estava a Santa Casa de Misericórdia de Campos (atualmente Campos dos Goytacazes, Estado do Rio de Janeiro), que condicionava o pagamento dos salários mensais aos seus empregados enfermeiros, técnicos de enfermagem, operadores de raio-x, etc., ao ajuizamento de reclamações trabalhistas, nas quais demandassem o pagamento dos salários do mês anterior trabalhado; desta forma, todos os meses os seus empregados lotavam o serviço de atermação gratuita da Junta de Conciliação e Julgamento de Campos, onde eram reduzidas a termo centenas de reclamações trabalhistas verbais cuja litigiosidade era induzida pelo empregador apenas para que pudesse ele obter um termo judicial de quitação dos salários com essa cláusula de “quitação geral”, pois todas essas reclamações trabalhistas (aproximadamente 600 por mês) eram encerradas com o pagamento por acordo na primeira audiência; dessa forma, o termo de conciliação judicialmente homologado substituía o recibo salarial de que trata o artigo 464 da CLT.

Em bom momento, a CRFB de 1988 coibiu essa prática, dispondo no artigo 7.º, inciso X, que constitui crime a retenção dolosa dos salários. Apesar de tal preceito constitucional ser meramente programático, e que ainda não obteve regulamentação, foi o suficiente a prescrição de um tipo penal em branco para que a prática da retenção dolosa dos salários fosse inibida.

1.3 A prática patronal da troca de cheques após a homologação extrajudicial do acerto rescisório perante o Sindicato da categoria profissional

Em sua redação original, o artigo 477, quando da promulgação da CLT em 1º de maio de 1943, dispunha apenas sobre a base de cálculo da indenização celetista, em caso de rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, que deveria ser paga na base da maior remuneração que o empregado tivesse percebido na empresa.

O artigo da lei n. 5.584, de 1970, alterou a redação do artigo 477 da CLT, que assim passou a dispor:

É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação

do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

§ 1º O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

§ 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

§ 3º Quando não existir na localidade nenhum dos órgãos previstos neste artigo, a assistência será prestada pelo Representante do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento deste, pelo Juiz de Paz.

§ 4º O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho, em dinheiro ou em cheque visado, conforme acordem as partes, salvo de o empregado for analfabeto, quando o pagamento somente poderá ser feito em dinheiro.

§ 5º Qualquer compensação no pagamento de que trata o parágrafo anterior não poderá exceder o equivalente a um mês de remuneração do empregado.

A partir de 1970, a legislação trabalhista passou a condicionar a quitação do acerto rescisório ao pagamento em dinheiro ou mediante cheque visado, perante o Sindicato da categoria profissional, exceto se o empregado fosse analfabeto, caso em que o pagamento teria que ser feito em dinheiro (artigo 477, § 4.º, da CLT, com redação da lei n. 5.584, de 1970).

A consequência mais imediata da inserção dessas exigências no § 4.º do artigo 477 da CLT, pela lei n. 5.584, de 1970, foi a rápida diminuição da contratação de empregados analfabetos pelas empresas. Nas salas de audiência da Justiça do Trabalho, havia sempre almofadas de carimbo, para permitir que os reclamantes analfabetos pudessem apor as suas impressões digitais nas atas das audiências, em substituição à assinatura. No final da década de 1970, estimamos que 1/3 (um terço) dos reclamantes eram analfabetos. Com a escalada inflacionária dos anos 1980, os reclamantes analfabetos minguaram, e, após a promulgação da CRFB, em 1988, essa almofada de carimbo desapareceu das salas de audiência, por absoluta desnecessidade.

Outra das consequências da inserção dessas exigências no § 4.º do artigo 477 da CLT, pela lei n. 5.584 de 1970, foi a difusão do pagamento do acerto rescisório mediante cheque. A exigência que inicialmente versava sobre o cheque visado foi relativizada, passando a ser aceito o pagamento mediante cheque normal, notadamente após a instituição da “conta salário” (que somente foi introduzida no parágrafo único do artigo 464 da CLT com a redação que lhe deu a lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997).

No início da década de 1990, surgiu a prática extrajudicial da “troca de cheques” após a obtenção da quitação pelas empresas perante o Sindicato da categoria profissional, que não raro era acompanhada de violência física contra os empregados. Essa prática da “troca de cheques” surgiu logo após a promulgação da lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, que regulamentou o novo preceito constitucional do artigo 7.º, inciso III, da CRFB de 1988, relativamente ao FGTS.

A lei n. 8.036, de 1990, ampliou o valor da multa rescisória de 10% (dez por cento), que era prevista no art. 6.º da revogada lei n. 5.107, de 1966, para 40% (quarenta por cento), incidente sobre o valor dos depósitos da conta vinculada do FGTS e que deveria ser paga no momento da homologação da rescisão contratual.

Diante dessas novas disposições a respeito do valor e do pagamento da multa rescisória de 40% do FGTS, algumas empresas, notadamente do ramo de transportes rodoviários e supermercados no Rio de Janeiro, passaram a adotar a prática de combinar com o empregado a troca do cheque utilizado para o pagamento dos créditos trabalhistas discriminados no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT), por outro cheque emitido com um valor menor, com exclusão do valor da multa de 40% do FGTS. Como alguns empregados descumpriam o acordo feito com o empregador, em alguns casos, a empresa enviava um “Leão de Chácara” para tomar à força o cheque utilizado para o pagamento da TRCT, praticando, se necessário, violências físicas contra o empregado recalcitrante. Essa prática só deixou de ser utilizada quando o legislador passou a determinar que o valor da multa de 40% fosse depositado na conta vinculada do FGTS.

1.4 O Termo de Quitação Quinquenal das obrigações trabalhistas do empregador rural

Não obstante a CRFB de 1988 ter equiparado a proteção trabalhista do empregado rural à do empregado urbano (art. 7.º, caput), manteve a estabilidade no emprego do trabalhador rural e determinou, no artigo 233, que o empregador

rural comprovasse, a cada 5 (cinco) anos, o cumprimento das suas obrigações trabalhistas, nos seguintes termos:

Para efeito do art. 7º, XXIX, o empregador rural comprovará, de cinco em cinco anos, perante a Justiça do Trabalho, o cumprimento de suas obrigações trabalhistas para com o empregado rural, na presença deste e de seu representante sindical.

§ 1º Uma vez comprovado o cumprimento das obrigações mencionadas neste artigo, fica o empregador isento de qualquer ônus decorrentes daquelas obrigações no período respectivo. Caso o empregado e seu representante não concordem com a comprovação do empregador, caberá à Justiça do Trabalho a solução da controvérsia.

§ 2º Fica ressalvado ao empregado, em qualquer hipótese, o direito de postular judicialmente os créditos que entender existir, relativamente aos últimos cinco anos.

§ 3º A comprovação mencionada neste artigo poderá ser feita em prazo inferior a cinco anos, a critério do empregador.

Esse artigo 233 abriu o Título IX (“Das Disposições Constitucionais Gerais”) da CRFB de 1988 e foi revogado pela Emenda Constitucional n. 28, de 25 de maio de 2000, sem ter obtido a eficácia pretendida pelo legislador constituinte. Desconhecemos a ocorrência de algum caso concreto no qual a Justiça do Trabalho tenha exercido uma jurisdição voluntária então instituída.

No passado, a Justiça do Trabalho havia exercido satisfatoriamente a jurisdição voluntária que lhe havia sido outorgada pela lei n. 5.107, de 1966, para homologar os termos de opção do trabalhador estável do regime celetista, pelo regime indenizatório do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), porque o maior problema que pairava sobre as relações trabalhistas do campo era a imprescritibilidade das ações trabalhistas, em benefício do trabalhador rural. Embora a Constituição de 1988 tenha estendido para o trabalhador rural os mesmos direitos trabalhistas dos trabalhadores urbanos, essa isonomia não era perfeita, porque, para os trabalhadores rurais, o direito de ação era imprescritível. Certamente foi com base nessa experiência de jurisdição voluntária que o legislador constituinte se inspirou para instituir esse “termo de quitação quinquenal das obrigações trabalhistas rurais”, para que o empregador rural se precavesse, a cada interstício de 5 (cinco) anos, a eficácia liberatória das

obrigações trabalhistas. O legislador agora reeditou essa mesma iniciativa, para a obtenção da “quitação parcial”, com a instituição do “termo de quitação anual das obrigações trabalhistas”, sem condicioná-la, porém, à jurisdição trabalhista, mas a uma homologação sindical na esfera extrajudicial.

Diversamente do que ocorria com o Termo de Quitação Quinquenal, que deveria ser homologado pela Justiça do Trabalho, o Termo de Quitação Anual deve ser homologado pelo Sindicato dos empregados da categoria.

2. A definição jurídica da eficácia liberatória de uma obrigação

A eficácia liberatória, também conhecida como “quitação”, consiste na exoneração do devedor quanto ao cumprimento de uma obrigação, por tê-la pago no tempo, no local e no modo convencionado, a fim de evitar que ele incorra na “*mora solvendi*”, que é a mora do devedor.

O credor também pode incorrer em mora, caso se recuse a receber o crédito que possui. É a chamada “*mora accipiendi*”, o que também impõe ao devedor a necessidade pela busca da eficácia liberatória da obrigação pela via judicial.

A eficácia liberatória é um poder jurídico que se reconhece apenas ao devedor, sendo ele quem deve tomar a iniciativa para a sua obtenção em quaisquer das duas hipóteses: quando tenha havido o pagamento ou quando haja a recusa de recebimento da dívida pelo credor.

A eficácia liberatória pode ser **geral**, quando a obrigação tiver sido cumprida na sua integralidade, ou **parcial**, quando a obrigação for de trato sucessivo (ou de prestações sucessivas), ou quando, embora seja de prestação única, não tiver sido paga em toda a sua extensão.

O direito do trabalho brasileiro contém disposições legais específicas a respeito do direito das obrigações trabalhistas, apenas para regulamentar as particularidades trabalhistas em relação à Teoria Geral das Obrigações, de sorte que se lhe aplicam subsidiariamente as disposições do Código Civil a esse respeito, tal como já estava definido na redação original do parágrafo único do artigo 8.º da CLT (atualmente § 1.º, por renumeração determinada pela lei da Reforma Trabalhista – lei n. 13.467 de 2017).

3. O objeto da eficácia liberatória de uma obrigação trabalhista

O direito do trabalho, como desenvolvimento histórico do direito civil, é um campo do conhecimento jurídico que tem como base teórica a mesma Teoria Geral das Obrigações do Direito Privado e, como arcabouço legislativo, as mesmas disposições do Título I (“Das Modalidades das Obrigações”), do Livro I (“Do Direito das Obrigações”), da Parte Especial do Código Civil aprovado pela lei n. 10.406, em 10 de janeiro de 2002, que dispõe sobre as obrigações de dar (Capítulo I, artigos 233 a 246), as obrigações de fazer (Capítulo II, artigos 247 a 249), as obrigações de não fazer (artigos 250 a 251), as obrigações alternativas (Capítulo IV, artigos 252 a 256), as obrigações divisíveis e indivisíveis (Capítulo V, artigos 257 a 263) e as obrigações solidárias (Capítulo VI, artigos 264 a 285).

Como as obrigações trabalhistas possuem uma morfologia própria, decorrente da sua natureza jurídica alimentar, o direito do trabalho desenvolveu regras jurídicas próprias para lidar, principalmente, com a obrigação de pagar – a dívida de natureza salarial – cujos contornos constitutivos estão definidos nos artigos 458 (que define o salário utilidade), 459 (que dispõe sobre o tempo do pagamento), 463 (que impõe o pagamento em moeda nacional), 464 (que impõe os requisitos formais da quitação dos salários mensais), 465 e 466 (que definem o local e o tempo do pagamento), todos da CLT.

O artigo 458 da CLT dispõe que o objeto da contraprestação dos trabalhos prestados abrange, além dos salários, as concessões in natura, tais como habitação e vestuário, dentre várias outras utilidades que não se revestem imediatamente de valor pecuniário. A lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 2017) retirou a alimentação do rol da remuneração no artigo 457, § 2.º, da CLT, por ter eliminado o caráter salarial do auxílio-alimentação, salvo se pago em dinheiro (porque veda o pagamento dessa parcela em dinheiro).

O direito do trabalho também concebe a possibilidade de o contrato de trabalho abarcar outros objetos oriundos de outras relações contratuais de natureza acessória, que se agregam ao contrato principal (o contrato de trabalho), a exemplo da locação, da compra e venda, do empréstimo, do comodato, etc., de sorte que a competência da Justiça do Trabalho estabelecida pelo artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 abrange essas matérias de natureza civil incorporadas ao arcabouço das obrigações trabalhistas.

4. Distinção entre o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas e as certidões negativas de débitos trabalhistas e previdenciários

A lei n. 12.440, de 08 de julho de 2011, acrescentou à CLT o Título VII-A (“Da Prova de Inexistência de Débitos Trabalhistas”), em cujo artigo 642-A foi instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), que deverá ser emitida de forma gratuita e eletrônica, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, com prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da sua emissão.

Enquanto a CNDT objetiva fazer prova na esfera extrajudicial de que a empresa não possui débitos na esfera judicial trabalhista, o Termo de Quitação Anual atua no sentido oposto, ou seja, trazer para a esfera judicial trabalhista a prova de inexistência de débitos trabalhistas obtida na esfera extrajudicial. A CNDT tem por finalidade fazer prova da inexistência de débitos trabalhistas da empresa perante as autoridades administrativas, notadamente a Receita Federal, a Delegacia Regional do Trabalho, a Caixa Econômica Federal (CEF), que é o órgão gestor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

A Certidão Negativa de Débito também foi instituída no âmbito previdenciário, pela lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social), Capítulo XI (“Da Prova de Inexistência de Débito”), artigos 47 e 48, cujo objetivo é fazer prova de inexistência de débitos de natureza previdenciária perante a Administração Pública, para permitir que a empresa participe dos processos licitatórios, receba benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios concedidos pelo Poder Público (art. 47, inciso I, alínea “a”), na alienação ou oneração de bem imóvel ou direito a ele inerente (art. 47, inciso I, alínea “b”), na alienação ou oneração de bem móvel de valor superior a Cr\$ 2.500.000,00 (valor histórico) incorporado ao ativo permanente da empresa (art. 47, inciso I, alínea “c”), no registro ou arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo à baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação ou extinção de entidade ou sociedade comercial ou civil e transferência de controle de cotas de sociedade de responsabilidade limitada (art. 47, inciso I, alínea “d”), assim como também é exigida do proprietário, pessoa física ou jurídica, de obra de construção civil, quando de sua averbação no registro de imóveis, salvo no caso do inciso VIII do artigo 30 (art. 47, inciso II).

A Certidão Negativa de Débitos Previdenciários (CNDP) difere da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) pelo fato de não se basear em dívidas constituídas em processo judicial, mas constituídas diretamente pelos fatos geradores instituídos pela legislação previdenciária; ambas, no entanto, têm em comum o fato de não objetivarem fazer prova em processo judicial, em princípio, mas fazer prova em processos administrativos (previdenciário, tributário, etc.).

5. Das opiniões doutrinárias a respeito da instituição do termo de quitação anual

Há quem tenha-se manifestado no sentido de reprovação dessa novidade legislativa introduzida pelo legislador no artigo 507-B da CLT pela lei da Reforma Trabalhista (lei n. 13.467, de 2017), afirmando que ela é inconstitucional, consiste em uma fraude, objetiva o enriquecimento sem causa para o empregador e que o sindicato não tem condições de verificar a veracidade das obrigações discriminadas.

Analisemos, primeiramente, o argumento da inconstitucionalidade; a seguir, as alegações de fraude e de enriquecimento sem causa para o empregador.

5.1 Da inconstitucionalidade por atentado contra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Eunice de Araújo Gomes e José Cláudio de Magalhães Gomes² afirmam que há uma evidente inconstitucionalidade contra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, na introdução desse mecanismo da eficácia liberatória obtida por intermédio do “Termo de Coação Anual”.

Não prospera tal argumentação, porquanto o aludido princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional compete ao Supremo Tribunal Federal, pelo sistema concentrado, e aos demais Tribunais pelo sistema do controle difuso e da reserva de plenário (Súmula Vinculante n. 10 do STF).

A homologação extrajudicial do Termo de Quitação Anual pelo Sindicato

² GOMES, Eunice de Araújo; GOMES, José Cláudio de Magalhães. A fraude regulamentada na flagrante inconstitucionalidade do art. 507-B da Reforma Trabalhista. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/60031/a-fraude-regulamentada-na-flagrante-inconstitucional>. Acesso em: 15 ago. 2019.

da categoria profissional em nada afeta o exercício do direito de ação por parte do empregado, já que esse termo só faz prova do adimplemento das obrigações e só se presta como meio de prova do adimplemento das obrigações trabalhistas, em nada obstaculizando o ajuizamento de uma ação trabalhista pelo empregado; portanto, a eficácia probatória do Termo de Quitação Anual é uma mera questão de direito material, mas não de direito processual.

5.2 Da alegada existência de fraude

Eunice de Araújo Gomes e José Cláudio de Magalhães Gomes³ afirmam que o artigo 507-B da CLT procurou criar um ato jurídico de perfeita coação, para fraudar pagamento de verbas salariais e outras obrigações, com o nítido fim de retirar os poucos direitos que restaram ao trabalhador.

A fraude e a coação são duas modalidades distintas de vícios de manifestação de vontade que não se confundem. Em Direito do Trabalho, a fraude à lei é questão de ordem pública e implica a nulidade dos atos jurídicos praticados contra preceito da legislação trabalhista, na forma do que dispõe o artigo 9.º da CLT. Se, no entanto, o artigo 507-B da CLT autoriza a eficácia liberatória obtida pela via da homologação de Termo de Quitação Anual de obrigações trabalhistas, não se pode inferir a ocorrência de fraude à legislação trabalhista. A CLT, desde a sua redação original, já dispunha da eficácia liberatória dos pagamentos efetuados pelos recibos salariais mensalmente, e, após, também passou a atribuir eficácia liberatória às parcelas pagas nos Termos de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT).

A “coação”, como vício de manifestação de vontade, não se presume e tem que ser demonstrada e provada de forma robusta e convincente por quem alega a sua existência.

Por vício de manifestação de vontade, o Termo de Quitação Anual pode ser questionado por via de uma ação autônoma (ação anulatória) ou por mero incidente processual, da mesma forma como se procede com a análise das cláusulas de um acordo ou convenção coletiva de trabalho, em uma eventual ação trabalhista. Nesse sentido, aliás, a Reforma Trabalhista instituiu o princípio

³ GOMES, Eunice de Araújo; GOMES, José Cláudio de Magalhães. A fraude regulamentada na flagrante inconstitucionalidade do art. 507-B da Reforma Trabalhista. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/60031/a-fraude-regulamentada-na-flagrante-inconstitucional>. Acesso em: 15 ago. 2019.

jurídico da intervenção mínima do Estado que remete ao exame dos elementos de validade do negócio jurídico, dispostos no artigo 140 do Código Civil de 2002.

Como a homologação do Termo de Quitação Anual é responsabilidade do Sindicato representante da categoria profissional à qual pertence o empregado, descabe ação rescisória para desconstituí-la (como ocorre com os Termos de Conciliação homologados dentro de um processo judicial trabalhista).

Como mero instrumento de prova documental, o Termo de Quitação Anual homologado pelo Sindicato obreiro presta-se apenas para a formação do livre convencimento do julgador, não sendo varinha de condão que objetive a mera aniquilação de direitos. Terá a mesma eficácia liberatória atribuída por lei e pela jurisprudência ao Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (artigo 477 da CLT e Súmula n. 330 do TST).

5.3 Do alegado enriquecimento sem causa do empregador

Eunice de Araújo Gomes e José Cláudio de Magalhães Gomes⁴ afirmam que o artigo 507-B da CLT procurou criar um ato jurídico de perfeita coação, para fraudar pagamento de verbas salariais e outras obrigações, com o nítido fim de retirar os poucos direitos que restaram ao trabalhador, e que haveria evidente inconstitucionalidade contra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Não se afigura a possibilidade de um enriquecimento sem causa do empregador na mera homologação do Termo de Quitação Anual de direitos trabalhistas, a não ser que o empregador conte com o conluio ou a conivência do Sindicato obreiro.

5.4 Da alegação de que o sindicato não tem condições de verificar a veracidade das obrigações discriminadas

Wesley Carrijo⁵ afirma não apenas que o sindicato não tem condições de

⁴ GOMES, Eunice de Araújo; GOMES, José Cláudio de Magalhães. A fraude regulamentada na flagrante inconstitucionalidade do art. 507-B da Reforma Trabalhista. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/60031/a-fraude-regulamentada-na-flagrante-inconstitucional>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁵ CARRIJO, Wesley. Termo de Quitação Trabalhista: veja o que é e como funciona. In: Rede Jornal Contábil. 2020. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/termo-de-quitacao-trabalhista-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 26 abr. 2021.

verificar se todos os registros do Termo de Quitação Trabalhista são verdadeiros, mas também que nem todas as pessoas que trabalham nas entidades sindicais têm conhecimentos aprofundados sobre os direitos trabalhistas, pois não sabem todos os detalhes que dizem respeito às relações de trabalho, de modo que são limitados para dar garantia de cumprimento das obrigações listadas no documento. Não obstante, sem a anuência do sindicato as declarações do Termo de Quitação, não terão validade.

O interessante é que esse autor, sob o título genérico de “Termo de Quitação Trabalhista”, estabelece uma dicotomia entre o “Termo de Quitação de Rescisão do Contrato de Trabalho” (a TRCT do artigo 477 da CLT), que é obrigatório, e o “Termo de Quitação Anual” (do artigo 507-B da CLT), que é facultativo, e que poderão ocorrer cumulativamente ao término da relação de emprego.

Wesley Carrijo⁶ exprime uma interpretação gramatical do artigo 507-B da CLT, conforme a qual dispõe que o Termo pode ser firmado “na vigência ou não do contrato de emprego”, dela concluindo que “o Termo de Quitação Trabalhista também pode ser assinado no dia do desligamento ou depois dele, servindo para dar quitação de todos os pagamentos anteriores, dependendo das orientações dos líderes que fazem a gestão empresarial”.

6. A eficácia probatória do “Termo de quitação anual”

Existem alguns pressupostos jurídicos e requisitos legais para a eficácia probatória do Termo de Quitação Anual.

6.1 Os pressupostos jurídicos para a eficácia do Termo de Quitação Anual

Segundo Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, pressuposto é aquilo que se supõe antes, está na lei, mas de forma velada, não escrita, não expressa. São os antecedentes fáticos que deram origem à norma jurídica, as causas sociais e econômicas que tangeram o legislador à promulgação da lei.

Os pressupostos dizem respeito à obrigação trabalhista em si.

Primeiramente, é óbvio que a obrigação deve ter natureza jurídica

⁶ CARRIJO, Wesley. Termo de Quitação Trabalhista: veja o que é e como funciona. In: Rede Jornal Contábil. 2020. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/termo-de-quitacao-trabalhista-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 26 abr. 2021.

trabalhista, seja por decorrer diretamente da relação contratual de emprego, seja por decorrer indiretamente de uma obrigação de natureza civil conexa com o contrato de trabalho, oriunda de contratos acessórios entre o empregador e o empregado, nascidos no curso da relação de emprego e que digam respeito a negócios jurídicos de compra e venda, de empréstimo, de comodato, de locação, etc.

Outro pressuposto da obrigação trabalhista é que ela já esteja quitada, não se prestando o Termo de Quitação Anual para a transação de direitos atuais ou futuros. A quitação de cada parcela de direito trabalhista obtém a sua eficácia liberatória diretamente do recibo de pagamento mensal. O Termo de Quitação Anual corresponde apenas a uma “quitação em bloco”, visando à desburocratização da empresa, para permitir uma melhor gestão de documentos “*interna corporis*”, muito embora não possibilite à empresa descartar esses documentos que devem estar à disposição da fiscalização tributária, previdenciária e trabalhista; porém cada legislação lida de uma forma diferente com essa gestão de documentos:

- a legislação tributária autoriza o descarte de documentos com mais de 5 (cinco) anos;
- a legislação previdenciária não contém disposições específicas a esse respeito, de um lado porque as informações que a empresa presta mensalmente à Previdência Social, através da guia de informações sociais (GFIP), é suficiente para alimentar o Sistema do CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), embora, de outro lado, a legislação previdenciária preveja a possibilidade de o INSS exigir, a qualquer tempo, a apresentação de documentos originais, sob pena de sanções administrativas, civis e penais (artigo 19-B, § 2º, do Decreto nº 3.048, de 1999), para fins de atualização do CNIS, bem como para a análise de requerimentos de benefícios e serviços;
- a legislação trabalhista só exige, praticamente, a escrituração dos Livros ou Fichas de Registro de Empregados (artigo 41 da CLT), que se incluem no elenco dos livros de escrituração obrigatória do empresário, cópias de diplomas relativo às profissões para as quais se exija habilitação legal para o exercício da profissão, e, se for o caso, cópia da carteira de identidade de estrangeiro ou certidão passada pelo serviço competente do Registro de Estrangeiros (artigos 224 a 371 da CLT).

A obrigação trabalhista deve ter sido constituída e vencida entre 1º de

janeiro e 31 de dezembro do ano ao qual se refere o Termo de Quitação Anual, ainda que a empresa tenha instituído um período de “exercício social” diferente. Nada impede, no entanto, que obrigações trabalhistas constituídas antes do ano considerado possam ser incluídas no Termo de Quitação Anual, embora devam ser pagas com a devida discriminação da sua natureza jurídica e de seu valor respectivo, no Termo de Quitação Anual, com perfeita identificação do período ao qual se refere a obrigação reconhecida, confessada ou transacionada que foi objeto da quitação. Nesse aspecto, é relevante destacar que a discriminação do Termo de Quitação Anual também abrange os descontos efetuados; nesse caso, a legislação previdenciária não admite qualquer eficácia para arrecadação e recolhimento retroativo a mais de 90 (noventa) dias.

6.2 Os requisitos legais para a eficácia do Termo de Quitação Anual

Os requisitos legais são as exigências feitas objetivamente pela lei, no artigo 507-B da CLT (com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.467, de 2017):

- **a iniciativa do empregador** (o que é uma facultas agendi do empregador);
- **a homologação pelo sindicato da categoria profissional do empregado**, não havendo, pois, a possibilidade jurídica de ser suprida judicialmente a recusa do Sindicato em homologar o Termo de Quitação Anual;
- **a discriminação das obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente** (mas entendemos que, nessa discriminação, também se incluem os descontos legais e os descontos autorizados pelo empregado efetuados sobre os salários mensais);
- **a quitação anual dada pelo empregado** (que não desconstitui as quititações mensais, apenas as reforçam).

Se o empregado recebeu o pagamento correspondente à obrigação, isso não pode ser entendido, obviamente, como uma renúncia de direito; ao contrário, quem cumpre uma obrigação tem direito à eficácia liberatória da obrigação, pois estará liberado de cumpri-la novamente.

Entendemos ser absolutamente desnecessária a obtenção de Termo de Quitação Anual pela empresa, se ela utiliza o sistema de conta salarial bancária, pois, na forma do que dispõe o parágrafo único do artigo 464 da CLT (com a redação que lhe foi dada pela lei n. 9.528, de 1997), **o comprovante de depósito**

em conta bancária salarial tem a mesma eficácia de recibo salarial.

O mesmo ocorre com as Fichas Financeiras das empresas, que correspondem ao rascunho dos cálculos mensais de elaboração dos holerites ou envelopes de pagamento, neles sendo discriminadas as parcelas de direitos trabalhistas e seus respectivos valores, principalmente se eles constituírem o comprovante de depósito em conta bancária.

Considerações finais

Os Termos de Quitação surgiram não somente em decorrência de práticas fraudulentas dos empregadores, mas também por previsão constitucional para a obtenção de eficácia liberatória dos pagamentos salariais efetuados pelos empregadores rurais, com periodicidade quinquenal.

As práticas fraudulentas dos empregadores, perpetradas para a obtenção de quitação geral em processos judiciais, transformaram a Justiça do Trabalho em extensão do Departamento de Pessoal das empresas, ao passo o Termo de Quitação Quinquenal de obrigações trabalhistas no empregador rural não logrou a eficácia na prática.

Diversamente do que ocorreu com as práticas fraudulentas e com o Termo de Quitação Quinquenal das obrigações trabalhistas do empregador rural, o Termo de Quitação Anual não se submete ao crivo de homologação pela Justiça do Trabalho, devendo ser procedido, na esfera extrajudicial, perante o Sindicato representante da categoria profissional do empregado.

A despeito de alguns poucos entendimentos doutrinários em contrário, não há motivo para que se deixe de acatar a utilidade do Termo de Quitação Anual como instrumento de reforço para a eficácia liberatória das obrigações trabalhistas cumpridas pelo empregador no curso do ano considerado; no entanto, entendemos que essa prática se torne onerosa para as empresas, além de burocrática, pois o Sindicato pode exigir que a empresa comprove o recolhimento das parcelas do FGTS e das contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários do ano considerado; portanto, esse expediente afasta naturalmente as empresas que, por estarem com dificuldades financeiras, estejam inadimplentes em relação a essas obrigações fundiárias e previdenciárias.

Entendemos que, nos casos em que a empresa adote o sistema de pagamento dos salários em contas bancárias abertas para creditação de depósitos em benefício dos seus empregados, o Termo de Quitação Anual seja dispensável,

porque o comprovante de depósito já discrimina os valores e dispensa assinatura do empregado, tendo a mesma eficácia dos recibos salariais.

Também entendemos que o Termo de Quitação Anual apenas reforça a eficácia liberatória das obrigações trabalhistas já obtida com os pagamentos mensais dos salários devidos, pagos ou creditados mês a mês, nas épocas próprias, ao longo do ano considerado.

A utilidade prática que vislumbramos para o Termo de Quitação Anual é ajudar a empresa na gestão documental, pois tem notório objetivo de reduzir o volume de papéis e de documentos que devem ser guardados pela empresa, com ressalva de cada legislação própria nas áreas tributária, previdenciária e trabalhista sobre quais sejam os documentos de posse e de guarda permanente pela empresa.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Eunice Gomes. **Medida legislativa de enriquecimento sem causa para o Empregador – Art. 507-B – Reforma Trabalhista**. Disponível em: <https://eunicegomesaraujo.jusbrasil.com.br/noticias/492858243/medida-legislativa-de-...> Acesso em: 15 ago. 2019.

BELTRAME, Ricardo Goldschmidt. **Termo de quitação à luz da lei 13.467**. 2017. Disponível em: <https://migalhas.com.br/dePeso/16.MI271060.21048-Termo-de+quitacao+a+luz..> Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União** (DOU) de 09 de agosto de 1943.

BRASIL. Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça de Trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** (DOU) de 29 de junho de 1970.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990,

e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União** (DOU) de 14 de julho de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União** (DOU) de 05 de outubro de 1988, n. 191-A, Seção I, p. 1.

CARRIJO, Wesley. Termo de Quitação Trabalhista: veja o que é e como funciona. In: **Rede Jornal Contábil**. 2020. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/termo-de-quitacao-trabalhista-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 26 abr. 2021.

GOMES, Eunice de Araújo; GOMES, José Cláudio de Magalhães. **A fraude regulamentada na flagrante inconstitucionalidade do art. 507-B da Reforma Trabalhista**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/60031/a-fraude-regulamentada-na-flagrante-inconstitucional>. Acesso em: 15 ago. 2019.

NAZARIO, César Romeu. **Termo de quitação anual: Reforma Trabalhista**. Disponível em: <https://www.acinh.com.br/noticia/termo-de-quitacao-anual-reforma-trabalhista>. Acesso em: 15 ago. 2019.

PAIXÃO, Gicelli. **Reforma Trabalhista: quitação de débitos trabalhistas**. 2018. Disponível em <https://www.pitadasdedireito.com/single-post/2018/06/05/Quitacao>. Acesso em: 07 ago. 2019.

SOUZA, Artur Leandro Veloso de. **Trabalhadores e empresários – o que é o termo de quitação? Art. 507-B da CLT**. Disponível em: <http://fazevedo.com.br/2018/03/18/empregados-e-empregadores-o-que-e-o-termo-de->. Acesso em: 15 ago. 2019.

JUSTIÇA VIRTUAL TRABALHISTA¹

VIRTUAL LABOR JUSTICE

Área: Processo do Trabalho. Processo virtual.

Thereza Christina Nahas²

RESUMO: O presente trabalho analisa a evolução da legislação pátria sobre o procedimento virtual adotado pela Justiça do Trabalho, impulsionada pela pandemia provocada pela COVID-19, bem como os efeitos da revolução digital no processo trabalhista, inclusive a privacidade dos atores do processo na rede mundial de computadores.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19. Justiça virtual. Processo e revolução digital.

ABSTRACT: This paper analyzes the evolution of Brazilian legislation on the virtual procedure adopted by the Labor Courts, driven by the pandemic caused by COVID-19, as well as the effects of the digital revolution on the labor process, including the privacy of actors in the process in the world network of computers.

KEYWORDS: COVID-19. Virtual justice. Process and digital revolution.

SUMÁRIO: Introdução 1. O processo digital e sua evolução 2. Os efeitos da pandemia decorrente do COVID-19 3. As audiências pelo sistema de videoconferência 4. A revolução digital na Justiça do Trabalho 5. A boa-fé dos sujeitos da relação jurídica processual 6. A privacidade digital. Considerações finais. Referências bibliográficas.

¹ Palestra proferida no 12º Congresso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado nos dias 21 a 23 de outubro de 2021, promovido pela Universitas Fundación.

² Pós-doutora e doutora pela Universidad Castilla La-Mancha (campus Albacete/Espanha); doutora pela PUC/SP; acadêmica titular da cadeira n. 43 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; juíza do trabalho titular da 2ª Vara do Trabalho de Itapeçrica da Serra (SP); professora visitante na PUC/RS. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2361402097260893>. E-mail: tnahas70@gmail.com

Introdução

Um dos temas mais apaixonantes em direito processual tem sido o processo virtual e o âmbito do processo nas nuvens, ou seja, seria o procedimento virtual efetivo e eficiente especialmente quando considerado o primeiro grau de jurisdição em que seu ápice estaria na audiência?

1. O processo digital e sua evolução

O processo, em uma classificação absolutamente didática e tradicional, caracteriza-se por ser um meio pelo qual se possa solucionar conflito de interesses, ao mesmo tempo que se mostra um instrumento necessário para o exercício de poder e função do Estado, os quais são inerentes ao Poder Judiciário. Dentro dessa perspectiva, os procedimentos capazes de dar corpo ao processo (instituto este absolutamente abstrato) sempre foi cercado de formalidades que dizem respeito, essencialmente, à regra de proteção e de garantia de um direito fundamental do ser humano, que é o de ter assegurado o direito de ser ouvido, quando acusado ou trazido a uma Corte Judiciária, regra esta que foi expressa na Declaração de Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 em que se previu que toda a pessoa “tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (art. 8.º); entretanto, antes dessa tão festejada Carta Internacional vinculativa a nível supranacional, e conseqüentemente a nível interno, havia sido aprovado o que foi o primeiro instrumento internacional de direito humanos de caráter geral, a denominada Convenção Interamericana de Direitos e Deveres do Homem (abril de 1948), que, em seu artigo XVIII, dispõe que toda “*persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales*” consagrados constitucionalmente.

Todavia não bastava criar um instrumento de caráter geral, era necessário que se criasse um órgão de controle, o que aconteceu em 1959 com o início das atividades da Comissão Interamericana de Direito Humanos (CIDH) que passou a realizar visitas nos diversos países americanos, a fim de investigar a situação de respeito aos direitos humanos de cada um deles e de buscar a efetividade das normas substantivas.

O processo é o instrumento efetivo, mas talvez não necessariamente o meio mais justo de se chegar à verdade³. Trata-se de um meio democrático para solucionar e prevenir crises, a fim de permitir a imposição do direito material vigente; daí o devido processo legal que lhe é inerente deve assegurar o cumprimento e um dos principais objetivos da função Estatal que é a de pacificar conflitos, seja de forma repressiva, seja de forma preventiva, o que se faz por meio da garantia do acesso à justiça. Por vezes, a busca da tutela estatal pela proteção de direitos somente se torna possível pela via do processo judicial, especialmente em épocas de crises econômica, política ou, porque não dizer, sanitária.

Não foi por outra razão, isto é, pela necessidade que o Estado tem de prestar a tutela judicial, que, em meio às medidas adotadas no estado de exceção decorrente da crise da COVID-19, houve um avanço nunca visto, das medidas que, definitivamente, puderam tornar o processo efetivamente virtual.

A primeira grande revolução processual deu-se quando os procedimentos passaram a ser ditados pela máquina de escrever e, assim, deixaram de ser manuscritos. Nas décadas de 1980 e 1990, iniciou-se a substituição (mais eficiente) das máquinas pelos computadores, que eram equipamentos pesados e se apresentaram como um substituto daquelas máquinas. Daí para frente, a evolução foi cada vez mais rápida e mais tecnológica. Socorro-me do texto publicado por Analu Arnoud que lembra que

[...] a primeira legislação a mencionar a utilização de meio eletrônico para

³ Segundo Flavia Bellolio Carbonell, pode-se condensar o pensamento de Perelman, um dos filósofos que considero que tenha tratado melhor o tema acerca desse conceito tão confuso e com tanta carga de emotiva, através de uma fórmula que pode ser comum aos diversos pensamentos filosóficos. Assim, acentua-se que Perelman examina “*las concepciones más corrientes de esta noción a través de la historia del pensamiento filosófico: 1) A cada quien la misma cosa; 2) A cada quien según sus méritos; 3) A cada quien según sus obras; 4) A cada quien según sus necesidades; 5) Acada quien según su rango; 6) A cada quien según lo que la ley le atribuye. Estas serán las fórmulas o reglas de justicia concreta a las que se refiere Perelman (...)* El propósito de Perelman es encontrar una fórmula que sea común a las distintas concepciones de justicia, o lo que es lo mismo, uno omás elementos conceptuales que les sean comunes. Para ello, dicha fórmula debe tener un elemento indeterminado o variable, cuya determinación entregará ya una, ya otra concepción de la justicia. Surge así la distinción entre la fórmula de justicia formal o abstracta y particular y concreta “*la noción común constituirá una definición formal o abstract de justicia y cada fórmula particular o concreta será uno de los innumerables valores de la justicia formal.*” (BELLOLIO CARBONELL, Flavia. **La Regla e Justicia de Perelman y las Teorías de Argumentación Jurídica**. Disponível em: [\(21\) \(PDF\) La regla de justicia de Perelman y las teorías de la argumentación jurídica | Flavia Carbonell - Academia.edu](#). Acesso em: 18 set. 2021).

prática de atos processuais foi a lei 8.245/91, denominada lei do inquilinato. A referida lei, em seu artigo 58, inciso IV, traz a citação pelo fac-smille, desde que prevista em contrato (...) em 1990 surge a lei 9800/99 que passa a admitir o recebimento de petição através de fac-smile ou meio similar. Contudo, para ter validade, as partes deveriam apresentar o original em até cinco dias úteis (...) Em 2001 é instituída a lei 10.259 de 12 de julho de 2001 que estabelece os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal. No parágrafo 2º do artigo 8º a referida lei passa a admitir a intimação das partes e o recebimento de petição pela via eletrônico. Ainda em 2001 é editada a medida provisória 2.200/01 que cria a infraestrutura de chaves públicas do Brasil-ICP e regulamenta a assinatura digital e certificação digital. Em 2004 é instituída a Emenda Constitucional de número 45 que acrescenta o inciso LXXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal: ‘A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’.⁴

Foi um caminho sem volta para a digitalização, até porque a tecnologia desde a década de 1970 já estava incorporada nas organizações públicas e privadas em uma crescente tendência disruptiva com os meios de produção e serviço: era mais econômico, mais eficiente, o armazenamento de informações mais confiável, além da enorme economia de tempo para realização dos diversos negócios jurídicos, econômicos e sociais.

2. Os efeitos da pandemia decorrente do Covid-19

Quando ainda se comemorava os cinco anos de vigência do Código de Processo Civil (2015) com suas regras sobre procedimentos por meios eletrônicos, vem a pandemia da COVID-19 e forçosamente leva a uma ruptura definitiva, necessária e forçada, do meio físico, concretizando-se aquilo que tão somente se admitia “em tese” e que foi nominado pelo Conselho Nacional de Justiça (daqui para frente CNJ) de “processo 100% virtual”, isto é, as audiências virtuais, a

⁴ NEVES DIAS ARNOUD, Analu. **De uma análise sobre o processo judicial eletrônico e o PJE (12/2014)**. Disponível em: [De uma análise sobre o processo judicial eletrônico e o PJE - Jus.com.br](http://De%20uma%20an%C3%A1lise%20sobre%20o%20processo%20judicial%20eletr%C3%B4nico%20e%20o%20PJE%20-%20Jus.com.br) | Jus Navigandi. Acesso em: 18 set. 2021.

distancia, com os sujeitos processuais e pontos de conexão em locais diversos, provas virtuais tecnológicas, sistema de transmissão direto, enfim, criou-se aquilo que se ansiava, mas não se realizava em razão de vários obstáculos, especialmente culturais: a sala de audiências e sessões virtuais e o balcão de atendimento virtual, únicas peças do *puzzle* processual que ainda se mantinha a **integridade física**.

Importa lembrar que, desde o final do século XIX, a “nova escola processual” empenhou-se em ressaltar a característica pública do processo, de modo a desvincular o direito processual do direito material. A nova escola processual promoveu a “desvalorização da figura e da função do juiz e à valorização das formas. A *procedure civile*, ao tentar negar a importância do juiz, exaltou o formalismo, obscurecendo, por consequência, a verdadeira essência do processo (...) A escola sistemática, mediante a ‘publicização’ (...) teve o mérito de evidenciar que por meio do processo se exprime a autoridade do Estado”⁵.

Foi a partir daí e em razão do fundamento dos princípios e necessidades do Estado liberal que se chegou ao avanço da noção e da importância da autonomia processual no sentido de que não se pode atribuir ao processo uma função indiferente ou neutra na sua relação com o direito material e com a realidade social. O *iter* percorrido pela teoria processual para chegar-se à maior efetividade possível, atento à máxima que o direito processual deve servir à efetivação das regras e normas adjetivas que permitem a convivência em sociedade e aos direitos mínimos do ser humano, importou que se caminhasse para um degrau além daquele que seria a previsão de ritos especiais adequados a situações jurídicas especiais. Corolariamente, criaram-se mecanismos de acesso aos menos favorecidos economicamente e destinados à tutela aos interesses e direitos transindividuais, permitindo-se a concretude de prestações sociais, bem como instrumentos que pudessem servir a prevenções e a reparações de microlesões.

Houve, também, uma evolução nas medidas de desburocratização do acesso ao poder judiciário, à busca pela efetividade das decisões por meio da previsão de institutos como as tutelas de urgência e provisória que, a partir de 1994, se estenderam a todo processo e procedimento, até que, por fim, as várias microrreformas processuais desaguaram com a proposta de um novo código processual, que entrou em vigor em 2015. Mais técnico e mais bem sistematizado, com uma divisão mais adequada e voltada à efetividade, trazendo

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil** - tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Ed. RT, 2017, v. 3, p. 31.

aquilo que se pode nominar de “**flexibilidade procedimental**”. Entende-se, assim, aquelas medidas que permitem “a adaptação - ainda que limitada – do rito processual às peculiaridades do caso concreto. No Código de 2015, parte-se de um procedimento modelo, padrão, autorizando, porém, às partes e ao juiz, a alteração de prazos e da ordem dos atos processuais, a fim de compatibiliza-los às necessidades da situação objeto da tutela”⁶.

Evidentemente que foi com esse espírito que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve o impulso de adotar aquilo que faltava ao processo eletrônico, isto é, permitir e viabilizar o sistema informático que viabilizasse que as audiências e as sessões dos Tribunais pudessem ser realizadas normalmente, ainda que os edifícios do fórum estivessem fechados em razão da ordem de isolamento social em meio à pandemia.

Ao que se pôde assistir, foi uma evolução das próprias normas baixadas que tiveram início com plantões extraordinários e ordinários de juízes e de servidores para manterem o serviço mínimo, o que veio com a Resolução 313 de 19 de março de 2020 do CNJ. Nela, houve a previsão, além de outros não menos importantes, de que todo atendimento às partes e aos advogados se faria pela forma remota e “**pelos meios tecnológicos disponíveis**” (art. 3º). Um mês depois, publicou-se nova Resolução, de n. 314, prorrogando a anterior e prevendo a possibilidade de realização de sessões por videoconferência “em substituição às sessões presenciais, fica assegurado aos advogados das partes a realização de sustentações orais, a serem requeridas com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas” (art. 5.º, parágrafo único). A partir de aqui, teve-se início a uma importante fase do procedimento da audiência virtual que viria a ser admitido na primeira instância, esfera esta em que a oralidade e a presencialidade dificilmente (em tese) poderiam ser substituídas pelo meio virtual; porém, a Resolução 317, de 30 de abril de 2020, também vem para contribuir com o *iter* que acabou desaguando na autorização para que as audiências de primeira instância fossem virtuais, pois permitiu que as perícias em processos em que se discutiam benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais fossem realizadas virtualmente.

⁶ Ibidem, p. 58.

3. As audiências pelo sistema de videoconferência

A verdadeira revolução no processo eletrônico vem com a Resolução 337 de 29 de setembro de 2020 em que se regulou o sistema da videoconferência para audiências e para atos oficiais. O CNJ permitiu que cada Tribunal brasileiro pudesse eleger o sistema que melhor atendesse as suas funções e expectativas, estabelecendo um mínimo, ou seja, um núcleo duro de garantias, que deve ser observado, preservando-se a confidencialidade, privacidade e segurança (art. 2.º):

- I – a transmissão de áudio e vídeo entre dois ou mais participantes, de forma simultânea e em tempo real;
- II – o agendamento de reuniões, sessões e audiências, com possibilidade de envio de convites para os participantes por e-mail;
- III – a participação/conexão de convidados pelo uso de navegadores de internet, aplicativo ou programa próprio do fabricante da solução, com segurança de controle de acesso por meio de senha e/ou link gerado pelo organizador;
- IV – o compartilhamento de telas, arquivos de conteúdo multimídia entre os participantes;
- V – o controle de ativação das funções áudio e vídeo pelos participantes;
- VI – o bloqueio das salas para o ingresso de integrantes mediante aprovação do organizador das audiências, sessões e reuniões;
- VII – o envio de mensagens de texto pelos participantes; e
- VIII – a gravação das reuniões, audiências e sessões em formato MP4 e outros formatos abertos de arquivos de áudio/vídeo, no dispositivo (computador) de origem do organizador da reunião e/ou em local centralizado disponibilizado pela solução de videoconferência.

Todavia, não bastavam medidas que abrissem o acesso à justiça de qualquer ponto do mundo através do ingresso em salas de videoconferência. Há que se recordar que o Brasil é um país em que a inclusão digital é um desafio, não obstante grande parte da população detenha aparelhos de telefones celulares, o que não significa que estejam necessariamente incluídas digitalmente. Como lembra Janguie Diniz, “para que a inclusão digital aconteça, é preciso três instrumentos básicos: computador, acesso à internet e domínio dessas ferramentas, já que não basta apenas o cidadão possuir um computador conectado à internet para ser considerado um incluído digital. Um total de 102,1 milhões de brasileiros possuem

acesso à internet no Brasil, de acordo com os dados mais recentes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), divulgada em novembro do ano passado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O número pode até parecer expressivo, mas corresponde a cerca de 49% da população brasileira. Isso significa que 51% dos mais de 200 milhões de brasileiros ainda não estão incluídos no mundo digital, o que ajuda a explicar a performance ruim do Brasil em uma outra pesquisa: o Brasil está em 72º no ranking global de taxa de acesso às tecnologias da informação, segundo o índice Integrado de Telefonia, Internet e Celular⁷⁷.

O acesso precário à internet, a ausência de meios eletrônicos adequados e a falta de informação e educação no uso da rede⁸ levaram o CNJ a publicar a Resolução n. 341 em 07 de outubro de 2020, em um momento em que se organizava o retorno gradual das atividades presenciais. Por essa resolução, criou-se aquilo que foi nominado de “audiências semipresenciais”, em que os Tribunais teriam que garantir salas com acesso ao sistema de videoconferência em que todas as medidas de segurança à saúde seriam observadas, ao mesmo tempo que aquele que tivesse qualquer problema de conexão ou de falta de acesso aos meios tecnológicos poderia contar com aqueles que o Estado tem a obrigação de fornecer. Abriu-se uma via importante para a garantia do acesso à justiça, ficando absolutamente visível a concretização, também aqui, da flexibilidade dos meios e da realização dos atos processuais trazidas no CPC de 2015 como uma providência indispensável para garantia do acesso à justiça.

Essa Resolução, imediatamente cumprida pelos Tribunais, além de prever que o local em que as salas deviam estar localizadas e a forma que deviam estar dispostas, trouxe normas procedimentais importantes, como, por exemplo, (i) acompanhamento daquele que fosse ouvido no edifício do fórum por um funcionário da justiça; (ii) envio do link de acesso aqueles que estão fora do

⁷ DINIZ, Jaguiê. **A inclusão digital no Brasil ainda é um desafio** (19.2.2018). Notícia: UNAMA – Universidade da Amazonia. Disponível em: [A inclusão digital no Brasil ainda é um desafio | UNAMA](#). Acesso em: 20 set. 2021.

⁸ Não obstante o grande número de aparelhos celulares, é certo que eles “não possuem as mesmas funcionalidades que um computador. Fazer trabalhos da escola ou se especializar para uma vaga de emprego são atividades que exigem certo grau de complexidade, demandando um computador e uso ilimitado de dados” (ARAÚJO, Tiago. **Inclusão digital no Brasil: em que estágio desse processo estamos?** 2020. Disponível em: [Inclusão digital no Brasil: em que estágio desse processo estamos? \(politize.com.br\)](#). Acesso em: 20 set. 2020).

recinto físico, para que acompanhassem as sessões virtuais.

4. A revolução digital na Justiça do Trabalho

Foi a Resolução 345 de 09 de outubro de 2020 que pode ser considerada o marco de toda transformação processual, pois tratou do “juízo 100% Digital”, isto é, a partir daqui, há uma verdadeira fase na história da evolução da teoria processual: a presença física das partes e testemunhas já não é necessária, podendo as instruções processuais, repita-se, que era o grande entrave da revolução tecnológica no processo judicial eletrônico, ser realizadas por meios tecnológicos, isto é, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores (art. 1.º e § 1.º).

Importa dizer que a Justiça do Trabalho, órgão este de caráter nacional, no mesmo diapasão daquilo que regulamentava o CNJ, foi regulamentando a matéria no âmbito específico do Poder Judiciário trabalhista, respeitando-se, em situações específicas, as peculiaridades de cada região, quando dispunha que cada Tribunal, no seu âmbito territorial, pudesse baixar a regulamentação adequada para suas necessidades sempre em respeito às orientações gerais do Tribunal Superior do Trabalho e Conselho Nacional da Justiça do Trabalho e do CNJ.

Há duas questões que me parecem fundamentais, sem menosprezar quaisquer outras, e que ainda causam algum tipo de dúvida e insegurança a alguns sujeitos processuais principais (partes e juízes) ou secundários (testemunhas, peritos, etc.): a primeira relacionada à higidez da colheita da prova; a segunda relativa à privacidade digital, e delas duas decorrem algumas situações jurídicas novas que aparecem no dia a dia, como, por exemplo, a necessidade ou não de transcrição (escrita) de atas de audiência em que a gravação é realizada⁹.

⁹ AUDIÊNCIA NÃO REDUZIDA A TERMO. NULIDADE DA SENTENÇA. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À VARA DA ORIGEM. 1. A legislação processual consagrou, ao longo de séculos de desenvolvimento, a garantia das partes de redução a termo das audiências, isto é, partes e testemunhas são ouvidas, perguntas e reperguntas são feitas pelo juízo e advocacia, para, ao final, o juízo da instrução determinar o que é relevante para constar da memória do ato, tudo sob o crivo do contraditório, já que, neste momento, as partes e seus advogados podem impugnar o conteúdo do que é transcrito. Ademais, a Advocacia é partícipe constante da formação da prova e do processado, constituindo um dos pilares do tripé da Justiça, ao lado da Magistratura e do Ministério Público, consoante art. 133 da Constituição da República, cabendo-lhe papel decisivo nas conclusões que são extraídas da audiência realizada, o que resta completamente inviabilizado quando não há redução a termo do ato. E considerando que a audiência de prosseguimento é a última oportunidade que as partes têm para produzir e apresentar provas, a ausência de termo da audiência resulta em evidente

Quanto às intercorrências processuais, deverão ser decididas nos termos da lei processual em vigor que, ante a maleabilidade do sistema atual, permite que se adapte ao juízo virtual. O negócio processual, previsto no art. 190 CPC, talvez seja o grande instrumento disposto pelo legislador que auxiliará as partes do processo a chegarem a um resultado satisfatório quanto à efetividade do processo. Quando o legislador permite que as partes possam estipular mudanças de procedimentos considerando as peculiaridades da causa em situações jurídicas que admitem a autocomposição, abriu-se um leque para possibilitar que o procedimento se sujeite ao interesse que as partes (juiz, sujeitos ativo e passivo do processo e seus patronos) buscam, com o fim de se promover a tutela efetiva e tempestiva da situação jurídica trazida a juízo, seja ela no âmbito da jurisdição contenciosa ou voluntária.

Não havia ambiente melhor para realização dessa regra jurídica que aquele decorrente da pandemia: o Estado tem o dever de dar uma resposta adequada em tempo razoável e, se um evento extraordinário cause algum embaraço, faz-se mister que, dentro de seu poder de gestão, o Estado encontre meios para colocar em

prejuízo às partes, notadamente ao autor, que teve alguns de seus pedidos julgados improcedentes por falta de prova, em uma situação kafkiana. 2. No encontro entre Direito e tecnologia, entre Direito e informática, é crucial entender e dimensionar que a tecnologia e a informática constituem meio para a consecução de uma finalidade jurídica e não o revés, o Direito não é meio para atingir uma finalidade tecnológica ou informática, sob pena de inversão de valores. 3. Por ofensa aos arts. 712, g, 817, e 828, parágrafo único, da CLT, e arts. 360, V, e 367 do CPC e aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa contidos no art. 5º da CR, cabível, de ofício, o reconhecimento da nulidade da sentença e a determinação de retorno dos autos à origem para redução a termo dos depoimentos prestados pelas partes e dos principais incidentes da audiência, o que deverá ser feito pelo Magistrado de origem” (Proc. Nº 0020577-13.2020.5.04.0664 (PJe) RO, Relator MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO, 23/08/2021.

“Enquanto o CNJ e o TST determinam que o magistrado que quiser degradar a audiência deve mandar que seus próprios servidores o façam, o acórdão da 8ª Turma do TRT4 declarou de ofício a nulidade da sentença (sem qualquer provocação das partes) pela falta de transcrição e determinou que eu, outro magistrado, fizesse a degravação. A autoridade de qualquer magistrado está no mérito do processo, isto é, na lide colocada em litígio. Enquanto qualquer magistrado possui liberdade de convicção no que toca ao mérito, as questões administrativas e procedimentais são reguladas pelas corregedorias, sejam as do TRT, as do TST e as do CNJ (...). Juiz não é parte no processo e não se sujeita, pessoalmente, aos comandos do Acórdão. O Juiz tem liberdade de convicção no mérito e, administrativamente, sujeita-se às Corregedorias. Está repetitivo, há pessoas no Judiciário que não conseguem entender qual a função do magistrado, seja de Primeira ou de Segunda Instâncias, e qual a importância das normas das Corregedorias. Assim, é óbvio que eu não cumprirei a determinação para degravação de audiência”. Proc. Nº 0020577-13.2020.5.04.0664, TRT/RS, 14/09/2021, Juiz EVANDRO LUIS URNAU.

marcha o processo. Nada mais que a realização do princípio da instrumentalidade do processo.

5. A boa-fé dos sujeitos da relação jurídica processual

A grande preocupação de parte a parte está em como controlar a boa-fé dos sujeitos titulares da relação jurídica material e seus patronos no momento em que atuam em audiência, uma vez que a esfera visual do juiz, que tem o poder de direção do processo, está limitada pelo ângulo da câmara. Isto é, como saber que a testemunha não está mentindo ou que não há repasse de informações do advogado àquele que está depondo? Primeiramente, parece que devemos recuperar o que se havia perdido na atuação nos Tribunais, que é a boa-fé. Em algum momento no tempo, houve uma inversão de valores, de modo que, ao menos, na prática dos fóruns, passou-se a presunção de que a parte, autor ou réu, estaria agindo de má-fé. Juiz e advogados são essenciais à realização da função jurisdicional e devemos presumir que agem com a honestidade que é inerente à função que ocupam. Como já disse,

[...] são variados o aspecto e a compreensão da mentira, e não será o processo eletrônico que viabilizará que os sujeitos processuais possam ser mais ou menos mentirosos ou que utilizem meios para serem orientados durante os depoimentos (...) A testemunha e as partes podem faltar com a verdade não por um ato necessário ou fundado em uma necessidade sua ou de alguém de seu círculo de amigos e família, mas porque tem intenção de enganar, de ocultar, de provocar uma falsa interpretação da verdade. A mentira se verifica ainda quando aquele que fala exagera na verdade dos fatos ou o faz de maneira errônea. Nem sempre um mentiroso tem a favor de si um resultado que lhe aproveite (...) O mentiroso, em geral, é alguém medroso, frustrado ou inseguro, o que nem sempre se confunde com o fato de querer beneficiar ou prejudicar outra pessoa, mas sim em poder sentir-se confortável consigo mesmo. A difícil tarefa do juiz é de saber qual a linha divisória entre a mentira tolerável e a intolerável; de saber se a mentira contada terá incidência na formação do convencimento ou não. Portanto, a conclusão é que, seja no processo físico ou virtual, a ocorrência de uma prova oral não coincidente com a verdade poderá ser tolerada ou não, dependendo do alcance e força que ela tiver para definir o resultado do processo e a fidelidade da verdade que se busca alcançar para que o julgamento seja justo

ou simplesmente mais próximo à verdade dos contornos afirmados pelo autor e pelo réu na construção da lide formada¹⁰.

6. A privacidade digital

Um segundo aspecto que gostaria de considerar é a questão da privacidade digital. Na internet, há uma enorme quantidade de dados de seu usuário, e, muitas vezes, em ações muito simples, o usuário deixa rastros que o poderão comprometer. Há mecanismos que podem ser criados, e os Tribunais vêm-se empenhando em adotá-los, para que os dados sejam protegidos e a privacidade das partes sejam preservadas. Isso não quer dizer impedir que, eventualmente, uma audiência acabe por ser transmitida ou exposta. As audiências são públicas, e, respeitadas as exceções legais, em tese, não haveria qualquer impedimento para que fossem transmitidas ou que sejam arquivadas em páginas na internet, como ocorrem com as sessões de Tribunais em que, senão todas, a grande maioria está disponível no site do Youtube; portanto, quando um sujeito é parte em um processo, terá que dar seu consentimento para a gravação, mensagem esta que lhe é enviada no início das gravações das sessões.

Parece que o maior problema se refere às situações em que o ponto de conexão se encontra na residência de quem está participando da sessão e, em algumas situações, lhe é determinado que mostre com a câmara o espaço em que está para que todos possam se certificar que não estaria sendo orientado (expressa ou tacitamente) por um terceiro. Aqui me parece que a recusa pode existir, e o fato de ela ocorrer não quer dizer que a parte esteja faltando com a verdade, mas simplesmente que tem direito a defender sua privacidade digital. O usuário da internet tem o direito de escolher qual informação sua poderá tornar-se visível e qual não gostaria que extravasasse as redes. Todavia, uma vez nas redes, a informação e as imagens podem ser utilizadas e veiculadas, dentro dos limites que o próprio autor usuário delimitou. A identidade digital deixa rastros, e, por isso, tudo que se publica na internet pode acabar por comprometer (para o bem e para o mal) seu usuário. Daí a importância de que, antes de se publicar qualquer informação, o usuário deva manifestar-se no sentido de que dados gostaria que ficassem fora do alcance da rede.

Se estiverem participando de uma audiência de natureza pública, os

¹⁰ NAHAS, Thereza; FINCATO, Denise; ROSA, Amália. **Prática do Processo do Trabalho (do presencial ao virtual)**. São Paulo: Ed RT, 2020, p. 100-101.

sujeitos processuais consentem e devem ter ciência de que a sessão é pública, como ocorre em uma sala de audiência física, e que, exceto na fase conciliatória, o procedimento é gravado e ficará publicado na página determinada pelo respectivo Tribunal. Por fim, queria pontuar que a internet e os meios eletrônicos não apenas vêm sendo usados para a realização de audiências, mas também para tornarem efetiva a tutela jurisdicional. Mencionaria, aqui, uma decisão que proferi em um procedimento que estava em fase de execução em que se discutia a eventual existência de fraude ou não, na composição e transformação empresarial. Graças à ferramenta fornecida pela *Wayback Machine*, site este capaz de explorar mais de 598 bilhões de versões arquivadas na WEB, foi possível conseguir as informações necessárias à solução da questão¹¹.

Considerações finais

Como se pode concluir, os meios tecnológicos são essenciais para garantir um efetivo acesso à justiça e a realização do devido processo legal. Parafraseando a Capelletti, esta nova onda (tecnológica) que se pode assistir de acesso à justiça deve ser entendida como uma fase do avanço da teoria processual no que diz respeito à garantia de meios colocados à disposição do ser humano, para que ele possa recorrer nas situações em que seu direito seja ameaçado, violado ou simplesmente administrado. Nada mais significa que uma técnica processual, das mais avançadas e nunca jamais vista, que permite a realização do acesso e da resposta jurisdicional adequada.

Certamente o juízo 100% virtual e o atendimento do balcão virtual vão viabilizar que as demandas contidas cheguem ao Judiciário, o que possibilitará que se alcance uma sociedade em que se tenha paz social e respeito às regras jurídicas, seja no âmbito público, privado, individual ou transindividual.

Poderia concluir asseverando que estamos diante daquilo que é uma reforma na estrutura do Poder Judiciário e da cultura jurídica, não necessariamente nas regras jurídicas processuais. Essas estão submetidas ao direito fundamental de acesso à tecnologia e já estão comprovando que podem ser as maiores aliadas para se alcançar a efetividade desse direito e do princípio Constitucional,

¹¹ AZEVEDO, Bernard de. *Juíza usa Wayback Machine para fundamentar decisão trabalhista* (11/8/2021). Notícia disponível em: < [Juíza usa Wayback Machine para fundamentar decisão trabalhista \(bernardodeazevedo.com\)](https://www.bernardodeazevedo.com.br/juiza-usa-wayback-machine-para-fundamentar-decisao-trabalhista) >. Acesso em 11/08/2021.

permitindo que nenhuma ameaça ou lesão a direito encontre barreiras para ser exercido. Não é por outra razão que a tecnologia vem sendo considerada como um direito fundamental, faltando ao Estado, a partir daqui, implementar políticas públicas para avançar com os meios necessários a se promover a inclusão digital.

Tais considerações constituem um importante passo para o cumprimento do Objetivo 16 da ONU: Paz, Justiça e Instituições Sólidas:

Sin paz, estabilidad, derechos humanos y gobernabilidad efectiva basada en el Estado de derecho, no es posible alcanzar el desarrollo sostenible. Vivimos en un mundo cada vez más dividido. Algunas regiones gozan de niveles permanentes de paz, seguridad y prosperidad, mientras que otras caen en ciclos aparentemente eternos de conflicto y violencia. De ninguna manera se trata de algo inevitable y debe ser abordado. Los altos niveles de violencia armada e inseguridad tienen consecuencias destructivas para el desarrollo de un país, afectan el crecimiento económico y resultan a menudo en agravios arraigados que pueden extenderse por generaciones. La violencia sexual, los delitos, la explotación y la tortura también son fenómenos generalizados donde existen conflictos o no hay Estado de derecho y los países deben tomar medidas para proteger a los sectores que corren más riesgos. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible buscan reducir sustancialmente todas las formas de violencia y trabajan con los gobiernos y las comunidades para encontrar soluciones duraderas a los conflictos e inseguridad. El fortalecimiento del Estado de derecho y la promoción de los derechos humanos es fundamental en este proceso, así como la reducción del flujo de armas ilícitas y la consolidación de la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernabilidad mundial.¹²

A conclusão que se tem é que a iniciativa do Tribunais e do CNJ em promoverem o desenvolvimento do processo virtual é mais uma ação para a realização do acesso à Justiça, o que permite a inclusão e o cumprimento da ODS 16 da ONU.

¹² Programa de las naciones Unidas para el Desarrollo, disponível em Objetivo 16: Paz, justicia e instituciones sólidas / PNUD. Disponível em: undp.org. Acesso em: 20 set. 2021.

Referência bibliográficas

ARAÚJO, Tiago. **Inclusão digital no Brasil: em que estágio desse processo estamos?** 2020. Disponível em: [Inclusão digital no Brasil: em que estágio desse processo estamos? \(politize.com.br\)](http://politize.com.br). Acesso em: 20 set. 2020.

AZEVEDO, Bernard de. **Juíza usa Wayback Machine para fundamentar decisão trabalhista.** 2021. Disponível em: [Juíza usa Wayback Machine para fundamentar decisão trabalhista \(bernardodeazevedo.com\)](http://bernardodeazevedo.com). Acesso em: 11 ago. 2021.

BELLOLIO CARBONELL, Flavia. *La regla e justicia de perelman y las teorías de argumentación jurídica.* Disponível em: [\(21\) \(PDF\) La regla de justicia de Perelman y las teorías de la argumentación jurídica | Flavia Carbonell - Academia.edu](http://Academia.edu). Acesso em: 18 set. 2021.

DINIZ, Jaguiê. **A inclusão digital no Brasil ainda é um desafio.** 2018. UNAMA – Universidade da Amazonia. Disponível em: [A inclusão digital no Brasil ainda é um desafio | UNAMA](http://UNAMA). Acesso em: 20 set. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** São Paulo: Ed. RT, 2017.

NAHAS, Thereza; FINCATO, Denise; ROSA, Amália. **Prática do Processo do Trabalho (do presencial ao virtual).** São Paulo: Ed. RT, 2020.

NEVES DIAS ARNOUD, Analu. **De uma análise sobre o processo judicial eletrônico e o PJE.** 2014. Disponível em: [De uma análise sobre o processo judicial eletrônico e o PJE - Jus.com.br | Jus Navigandi](http://Jus.com.br). Acesso em: 18 set. 2021.

FIGURAÇÃO LITERÁRIA DA JUSTIÇA INDÍGENA EM O GUARANI: UM DIÁLOGO ENTRE LITERATURA, HISTÓRIA E DIREITO

LITERARY FIGURATION OF INDIGENOUS JUSTICE IN O GUARANI: A DIALOGUE AMONG LITERATURE, HISTORY AND LAW

Área: Direito e Literatura.

André Gardesani¹

RESUMO: Este estudo aborda o sentimento de justiça do índio, baseado na identidade selvagem e na justiça retributiva, utilizando como fonte literária a obra *O Guarani*, de José de Alencar. Adota como ponto de partida os estudos de Lukács, Jameson e Anderson sobre o romance histórico. Também se aporta em diversos instrumentais teóricos sobre os romances históricos produzidos no Novo Mundo e nas reflexões de Montaigne sobre os povos que habitavam o Brasil na época do descobrimento. A inter-relação entre história e direito, bem como as interfaces entre direito e literatura amoldam-se ao conjunto de abordagens teóricas adotadas. Completam o arcabouço teórico os paralelos estabelecidos entre o otimismo e o pessimismo antropológico. Como resultado, obter-se-ão a ampliação e a fusão dos horizontes de cada uma das áreas do conhecimento envolvidas, auxiliando a compreensão do sistema de justiça dos povos nativos, bem como do processo histórico de humanização das penas.

PALAVRAS-CHAVE: O Guarani. Romance histórico. Direito e literatura. Justiça indígena. Justiça retributiva.

ABSTRACT: This study focuses the sense of justice of the indigenous people, based on the wild identity and in retributive justice, using as a literary source the work *O Guarani*, by José de Alencar. It takes as its starting point the studies of Lukács, Jameson and Anderson about the historical novel. Also,

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Doutor e Mestre em Literatura Comparada pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Autor e colaborador em diversos livros e artigos na área jurídica e literária.

it brings in several theoretical tools on the historical novels produced in the New World and in Montaigne's reflections on the people who inhabited Brazil at the time of the discovery. The interrelationship between history and law, as well as the interfaces between law and literature conform to the set of theoretical approaches adopted. They complete the theoretical framework, the parallels between optimism and pessimism anthropological. As a result, the expansion and fusion of horizons from each one of the areas of knowledge involved, helping to understand the justice system of the native peoples, as well as the historical process of humanization of penalties.

KEYWORDS: O Guarani. Historical novel. Law and literature. Indigenous justice. Retributive Justice.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Questões de teoria. 2. Alencar: homem das letras, do direito e da história. 3. O romance. 4. O elemento autóctone. 5. A justiça retributiva. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Publicado em 1857, primeiro em folhetim no *Diário do Rio de Janeiro*, depois em livro, *O Guarani*, de José de Alencar, narra a história de devoção e fidelidade de Peri, índio goitacá, a Cecília, filha do fidalgo português Dom Antônio de Mariz. Para compor o plano de fundo, Alencar apropriou-se do material histórico relativo ao período colonial brasileiro, conjugando-o com matéria ficcional na narrativa, para construir uma identidade nacional centrada na figura do índio e sua ligação com o colonizador branco. O encontro entre duas culturas e dois povos aparece no romance por meio do elo simbólico estabelecido entre um índio e uma jovem portuguesa.

Trata-se de um romance histórico, não apenas por recriar o período histórico da colonização do Brasil, mas especialmente por ser nacionalista²:

² Conforme Lukács o nacionalismo representa o elemento essencial do romance histórico. E o nacionalismo, segundo ele, surgiu em consequência da Revolução e do domínio napoleônico na França, onde o “sentimento nacional se tornou vivência e propriedade do campesinato, das camadas mais baixas da pequena burguesia etc. Essa foi a única França que eles vivenciaram como país próprio, como pátria criada por eles” (2011, p. 40). Anderson, na mesma linha de Lukács, considera o romance histórico como produto do nacionalismo romântico: “A matriz original desse nacionalismo, como é bem sabido, foi a reação europeia à expansão napoleônica. Embora tivesse raízes populares, sobretudo no Tirol, na Espanha e na Alemanha, a reação foi também impulsionada

a temática central é constituída pelas particularidades nacionais, aquilo que os românticos denominavam de “cor local”, isto é, a “paisagem” de determinada região, incluindo não apenas seus aspectos físicos e concretos, mas também costumes, folclore, tradições, política e história (CRUZ, 2013, p. 29). Na obra de Alencar, nota-se a “brasilidade” por meio da construção de uma identidade nacional e da adoção de uma mitologia essencialmente brasileira. O índio, com a maioria do romantismo literário, tornou-se um símbolo do nacionalismo pátrio, um herói tipicamente nacional.³

A realidade histórica apropriada por Alencar para compor a dimensão épica do romance, especialmente no episódio da morte acidental de uma índia Aimoré por Dom Diogo e o desejo de vingança dos aborígenes, ainda que inserta em uma obra ficcional e marcada por ideologia de construção de uma imagem de nação e pátria, pode auxiliar na compreensão do sistema de justiça dos índios e do abrandamento histórico das práticas punitivas no direito brasileiro, desde o período colonial até os recentes sistemas de justiça.

Objetiva-se, partindo das características históricas do romance e sem deixar de considerar seu contexto ideológico de produção e o estatuto da ficcionalidade da narrativa alencariana, estudar o senso de justiça do índio brasileiro. Noutras palavras, procura-se demonstrar como a literatura pode servir de instrumento para melhor compreender a identidade do índio e seu modelo de justiça.

Neste trajeto investigativo, foram importantes as teorias de Lukács, Jameson e Anderson sobre o romance histórico, bem como os diversos estudos sobre romances dessa natureza produzidos no Novo Mundo. É que, sendo *O Guarani* um romance histórico produzido em um país periférico, devem ser adotadas categorias diversas das utilizadas para a análise dos romances históricos produzidos nos países centrais.

Outros estudos teóricos que serviram para completar o arcabouço teórico deste estudo, notadamente para a figuração do elemento indígena e dos seus cos-

pela necessidade que tinham os diferentes ‘anciens régimes’ do continente europeu de mobilizar o entusiasmo local em defesa da Coroa e da Cruz. No conjunto, a sua tônica sempre foi algum tipo de resposta contra-revolucionária à Revolução Francesa. Mas cada uma das situações nacionais originou a sua forma própria e distinta de imaginação e retrospecto” (2007, p. 208).

³ Segundo Faraco (2012, p. 330) os seres humanos de qualquer época e lugar necessitam de heróis para nele se projetar e compensar suas limitações físicas e psicológicas. Além disso, na época de Alencar, a recente proclamação da independência (1822) e a busca de uma identidade própria estimulou a aceitação do índio como herói nacional. “O negro fora rejeitado para esse papel pelo fato de ser ‘estrangeiro’ e pela sua condição de escravo. O branco teve igual destino, por lembrar o europeu colonizador. Restava, portanto, o índio” (FARACO, 2012, p. 331).

tumes, foram o otimismo antropológico de Hobbes e Rousseau, que vê o homem como animal racional e o seu par antagônico, o pessimismo antropológico de Schopenhauer, Nietzsche e Freud, que apresenta o homem desprovido de razão e movido por sentimentos e paixões. As reflexões de Montaigne sobre os primeiros habitantes do Brasil também auxiliam na análise da identidade e costumes dos ameríndios. Por outro lado, o diálogo entre direito e literatura pode alargar, de sobremodo, a investigação da história evolutiva dos sistemas de justiça, proporcionando uma melhor compreensão dos institutos jurídicos.

1. Questões de teoria

O romance histórico apropria-se da história para compor suas narrativas. A literatura dialoga com discursos históricos que aparecem como pano de fundo das ações humanas. Lukács foi um dos teóricos que mais contribuíram para a compreensão da interação entre literatura e o fato histórico, no âmbito específico do romance cuja linhagem teve início com os romances de Walter Scott (especialmente *Ivanhoé*, de 1819), que retratou a historicidade de uma época de modo totalizante. O crítico húngaro, com base nas lições de Hegel⁴, entende a história como progresso que só se atinge mediante revoluções e lutas de classe. As grandes convulsões histórico-sociais seriam, para o citado autor, a gênese do romance histórico:

O novo espírito de historicidade, que pode ser visto com mais nitidez nos grandes historiadores franceses do período da Restauração, concentra-se precisamente nesta questão: nas provas históricas de que a sociedade moderna surgiu das lutas de classes entre a nobreza e a burguesia, das lutas de classe que fulminaram a ‘Idade Média idílica’ e cuja última e decisiva etapa foi a grande Revolução Francesa (LUKÁCS, 2011, p. 43).

Anderson, baseado nas teorias de Lukács, embora evite o termo “romance histórico”, admite que se trata de “uma forma literária que lida com a história, entendida como a concatenação de acontecimentos públicos no passado” (2007, p. 205). Anderson resume as principais assertivas de Lukács definindo o romance

⁴ Hegel defende um “historicismo progressista” segundo o qual o homem é produto da sua própria atividade na história. A humanidade, para ele, seria um grande processo histórico e a história, um processo que se estende a todos os fenômenos da vida humana, inclusive ao direito.

histórico como “uma épica que descreve a transformação da vida popular através de um conjunto de tipos humanos característicos, cujas vidas são remodeladas pelo vagalhão das forças sociais” (LUKÁCS, 2007, p. 205). O autor insere figuras históricas famosas dentre os personagens, mas o seu papel na fábula será “oblíquo ou marginal”. O enredo deve centrar-se em personagens de estatura mediana, de pouca distinção, “cuja função é oferecer um foco individual à colisão dramática dos extremos entre os quais se situam ou, mais frequentemente, oscilam” (LUKÁCS, 2007, p. 206).

Por outro lado, Jameson, abandonando a categoria de “verdade histórica”, oriunda da consciência histórica do romancista de Lukács, procura especificar o gênero em função dos motivos temporais. Define o romance histórico como a oposição entre um plano público ou histórico (costumes, acontecimentos, crises ou líderes de uma época) e um plano existencial ou individual (categoria narrativa a que denominamos personagens); dessa forma, o romance histórico consiste na habilidade que os autores possuem de funcionalizar eventos históricos, fazendo a mediação entre tempos individuais simultâneos e o tempo histórico do mundo público. Valendo-se da trilogia *Tempo e narrativa*, de Paul Ricoeur, Jameson ensina que a tentativa de coordenar os gêneros da historiografia e do romance nos coloca diante de dois planos ontológicos descontínuos e incompatíveis:

O primeiro, naturalmente, é o plano existencial da vida individual (e dos personagens da maioria das ficções). O segundo é o plano histórico e transindividual, que a certa altura, seguindo Heidegger, Ricoeur sugestivamente retraduz em termos da linguagem do público e das gerações; o plano histórico é então, ao menos em parte, da relação do indivíduo com seus contemporâneos, bem como com as gerações anteriores e também, pode-se presumir, com as posteriores (JAMESON, 2007, p. 190).

Ainda se utilizando da teoria de Ricoeur, Jameson enfatiza que o “conector” entre o tempo existencial ou individual e o do plano histórico ou público é tríplice: em primeiro lugar “o dimensionamento convencional, em que unidades como o dia ou o mês servem para organizar publicamente o nosso tempo privado”; em segundo lugar, “a reversibilidade do tempo do calendário, que pode, a exemplo de nossa existência individual, ser seguido no sentido do futuro ou do passado, indiferentemente” (JAMESON, 2007, p. 191) e, enfim, aquilo que Ricoeur denomina de “evento inaugural”, ou seja, o início de uma nova era, o

nascimento de Buda ou de Cristo o que determina o marco zero para a contagem do tempo cronológico.

A arte do romance histórico, para Jameson, não consiste apenas na descrição de costumes e valores de um povo em determinada época, nem na representação de eventos históricos grandiosos, tampouco na história de vidas de indivíduos comuns, em situações de crises externas ou na história privada de grandes figuras históricas; contudo, o romance histórico pode incluir todos esses elementos, desde que “tenham sido organizados em uma oposição entre um plano público ou histórico (definido seja por costumes, eventos, crises ou líderes) e um plano existencial ou individual representado por aquela categoria narrativa que chamamos de personagens” (JAMESON, 2007, p. 192).

Em contraponto aos argumentos de Jameson, Anderson enfatiza que a grande peculiaridade do romance histórico seria evitar qualquer estratificação estável entre alto e baixo:

A maior parte dos gêneros literários inclui uma variedade de registros e, como sempre enfatizaram os formalistas russos, a sua vitalidade dependeu tipicamente de interações entre o alto e o baixo, formas elitistas e populares, seja em um circuito fechado dentro de um mesmo gênero, seja através de conexões diagonais entre gêneros. Ao mesmo tempo, o pólo [sic] dominante de um gênero será de ordinário razoavelmente delineado a poesia simbolista, digamos, na ponta elitista do espectro, thrillers na ponta popular. A peculiaridade do romance histórico, entretanto, foi evitar qualquer estratificação estável entre alto e baixo. Sua evolução mostra antes um continuum oscilante de registros, incluindo para usar por um momento termos anacrônicos não apenas *high-brow* e *low-brow* mas também significativamente âmbitos *middle-brow* de elaboração. É a amplitude desse continuum que com razão o põe à parte diante de outras formas narrativas (ANDERSON, 2007, p. 212).

Segundo Anderson, as técnicas do romance histórico estão inseridas em um *continuum* oscilante de registros, detectáveis desde o romantismo até a contemporaneidade. Ele rejeita qualquer tipo de rompimento definitivo e abrupto.

O Guarani, não obstante preencha os pressupostos da teoria do romance histórico, ou seja, a presença de um “pano de fundo” edificado com base num período histórico real (colonialismo no Brasil), distante do tempo do autor, com personagens confeccionadas de acordo com as características extraídas da época,

reclama a adoção de instrumentais diversos dos utilizados para a análise de obras produzidas nos países centrais, justamente por ser produzido fora da antiga metrópole. De fato, na denominada “literatura periférica”, existe uma tentativa de renovação dos parâmetros europeus de romance históricos, em razão das situações pelas quais passou a população nativa em suas relações com os colonizadores.

As histórias das terras descobertas no novo continente contida nos textos literários produzidos pelo colonizador “privilegiam o centro em detrimento da periferia, porque visam exclusivamente ao lucro que a metrópole terá com a invasão e a manutenção da colônia” (BONNICI, 2009, p. 268). É por esse motivo que os escritores brasileiros como Basílio da Gama, Santa Rita Durão, Cláudio Manoel da Costa e o próprio José de Alencar, buscaram, por meio da literatura, afastar os traumas e as distorções promovidas pelos registros de viagem e, por meio do romance histórico, edificaram símbolos que objetivavam o enaltecimento da pátria e do povo nativo.

Para Santiago, os romances históricos latino-americanos situam-se em um local “entre o sacrifício e o jogo, entre a prisão e a transgressão, entre a submissão ao código e a agressão, entre a obediência e a rebelião, entre a assimilação e a expressão” (SANTIAGO, 2005, p. 26). São obras que objetivam promover uma ruptura com relação ao poder imperial da metrópole. Segundo Ortiz, a construção da memória nacional, mediante o afastamento dos cânones da metrópole, realiza-se por meio do esquecimento. Esquecer, nas palavras do autor, significa “confirmar determinadas lembranças, apagando os rastros de outras, mais incômodas e menos consensuais” (ORTIZ, 1994, p. 139). Buscava-se, portanto, a construção de uma identidade nacional e independência cultural, utilizando-se personagens e acontecimentos históricos. O futuro precisava ser edificado por meio de uma história produzida fora do Velho Mundo e sob uma perspectiva diversa da apresentada pela historiografia. É nesse sentido que Alencar descreve o índio Peri com características extremamente positivas de coragem, educação e honestidade; no entanto, quando se referiu aos Aimorés, não deixou de retratar a condição primitiva e selvática do índio, segundo os padrões culturais e o imaginário europeu. À história Alencar adicionou o mito, a lenda e a ficção, recriando fatos e afastando-se das tradições dos escritores do romance histórico europeu, auxiliando na construção do futuro do povo brasileiro.

As culturas periféricas diferenciam-se da cultura da metrópole, justamente em virtude da fusão entre dois mundos: de um lado, os colonizadores europeus e, do outro, os colonizados americanos. Isso também provoca uma ruptura

das características do romance histórico latino-americano em relação ao romance histórico clássico, de raízes scottianas, nos moldes apregoados por Lukács.

Outra questão digna de nota em termos de teoria é que a Nova História Cultural, cujo maior expoente é Roger Chartier, que recorre ao pensamento da Escola de *Annales*⁵, agrega à historiografia outras áreas do saber, de forma que a história passa a ter como referência outras áreas das ciências sociais, em especial a antropologia, que, como se verá mais adiante, contribui com seus estudos para a compreensão do elemento autóctone e de seus costumes no texto analisado.

A inter-relação entre história e direito fundamenta-se, sobretudo, na Escola Histórica do Direito, de formação germânica, criada no início do século XIX, a qual valorizou e deu grande impulso aos estudos históricos do Direito. Segundo seu principal pensador, Friedrich Carl Von Savigny, as normas jurídicas originam-se da evolução histórica, e sua essência estaria no conjunto de costumes dos grupos sociais. Assim, o historiador deve compreender a realidade social como um fator múltiplo, não mais homogêneo, como por vezes acreditavam os historiadores positivistas. A história resulta da tentativa de interpretação dos fatos, acontecimentos ou eventos vivenciados pelo homem e pela sociedade. E o direito, tido como o conjunto de normas positivadas e consuetudinárias que ordenam a vida em sociedade, deriva dos fatos sociais estudados pela História.

Por fim, completam o arcabouço teórico a inter-relação entre literatura e direito. Segundo Schwartz (2006, p. 18-19), a relação entre literatura e direito é evidente, pois a primeira sempre retratou os conflitos advindos das relações processuais e das violações a direitos, com suas consequentes cargas de justiça ou injustiça. Ademais, a literatura reflete a percepção da sociedade sobre a atuação e a postura dos profissionais do direito. O tratamento literário do direito, para o mencionado autor, seria uma constante, tendo-se em vista que este é um sistema social e que a literatura postula refletir acerca dos fenômenos sociais. Ainda sobre a relevância dos estudos literários para o direito, Trindade e Gubert (2008, p. 13) ressaltam que a obra de arte produz, mediante a imaginação, um deslocamento no olhar cuja maior virtude está na ampliação e fusão dos horizontes, de modo que tudo se passa como se, por meio dela, o real possibilitasse o surgimento de mundos e de situações até então não pensados. *O Guarani* reve-

⁵ A Escola de *Annales*, movimento historiográfico da primeira metade do século XX, que se formou em torno do periódico acadêmico francês *Annales d'histoire économique et sociale*, ficou conhecida por ampliar o quadro das pesquisas históricas ao romper com a divisão estanque das ciências sociais (história, sociologia, psicologia, economia, geografia humana etc.), privilegiando métodos pluridisciplinares.

la detalhes sobre o sistema de justiça dos índios e contribui para que o operador do direito amplie seus horizontes de conhecimento sobre a evolução da pena e da solução de conflitos sociais.

2. Alencar: homem das letras, do direito e da história

José Martiniano de Alencar nasceu em 1º de maio de 1829, em Messejana⁶, Ceará, fruto da união do padre José Martiniano Pereira de Alencar com sua prima Ana Josefina de Alencar. Em 1830, a família de Alencar mudou-se para o Rio de Janeiro, onde seu pai, José Martiniano Pereira de Alencar, assumiu o cargo de senador. Quatro anos depois, o ex-pai foi nomeado presidente da província do Ceará, regressando com a família ao Estado de origem. Alencar começou a cursar direito na Faculdade de Direito de São Paulo. Segundo Faraco, na escola de Direito, por volta de 1850, debatiam-se política, arte, filosofia, direito e, sobretudo, literatura. Nas palavras deste autor, era o tempo do romantismo, novo estilo artístico importado da França, que se caracterizava pela “exaltação da natureza, patriotismo, idealização do amor e da mulher, subjetivismo, predomínio da imaginação sobre a razão” (FARACO, 2012, p. 322).

Em virtude da doença do pai, que estava no Ceará, Alencar transferiu os estudos para a Faculdade de Direito de Olinda. Após a convalescença do genitor, retornou a São Paulo, onde concluiu o curso, Turma de 1850. No ano seguinte, mudou-se para o Rio de Janeiro, onde trabalhou por quatro anos no escritório do renomado advogado Caetano Alberto. Alencar filiou-se ao Partido Conservador e foi eleito por quatro vezes como deputado federal pelo Ceará. Conta Faraco que Alencar não herdou a mesma flexibilidade política do pai: “Seus companheiros da Câmara enfatizavam, sobretudo a recusa quase sistemática de Alencar em comparecer a solenidades oficiais e a maneira pouco polida com que tratava o imperador” (2012, p. 333). Como Ministro da Justiça (1868-1870), Alencar subscreveu um relatório em 1869, por meio do qual analisou os problemas da Justiça brasileira, propondo soluções relativas à organização judiciária, à administração da Justiça e à legislação civil, criminal e comercial. Foi muito criticado por não conseguir desvencilhar da política sua qualidade de poeta e romancista. Em 1870, magoado com o imperador Dom Pedro II que havia vetado sua nomeação para o Senado, resolveu abandonar a carreira política. Faleceu aos 48 anos, vítima de tuberculose, em 12 de dezembro de 1877 no Rio

⁶ Atualmente é um bairro do município de Fortaleza.

de Janeiro.

No campo do direito, Alencar impetrou um *habeas corpus* preventivo em favor do seu sogro, Tomás Cochrane, perante a Suprema Corte, remédio que até então não havia sido incorporado ao direito constitucional positivo pátrio. Ainda escreveu uma vasta gama de obras jurídicas: *Uma tese constitucional* (1867), *Questão de Habeas Corpus* (1868), *O sistema representativo* (1883), *A Propriedade* (obra póstuma publicada em 1883), *Esboços jurídicos* (1883) e *Pareceres* (obra póstuma publicada em 1960). Alencar orientava seus escritos jurídicos pelo pensamento da escola do direito natural, fundada no bom senso, na razoabilidade e na equidade, o que pode ser observado em suas próprias palavras: o homem é social e também racional, porque Deus o criou “dotando-o de faculdades jurídicas e morais, submetendo-o ao direito e à razão. A revelação do direito e, por conseguinte, a realização humana do ato divino da criação da sociedade; eis a base de toda a legislação positiva dos povos” (ALENCAR, 1883, p. 152).

Como literato, escreveu romances regionalistas, urbanos, históricos e indianistas e projetou em muitos deles o conhecimento que amalhara na seara jurídica. *Senhora* (1875) revela as nuances do contrato de casamento firmado entre Aurélia Camargo e Fernando Seixas. Aurélia arriscou toda a sua fortuna e “comprou” por cem contos de réis um marido apenas para satisfazer as exigências sociais e de toda “mulher honesta”. *O Sertanejo* (1875) trata das leis do sertão brasileiro, fundadas no instinto de mando, retratada pelo embate entre o valente vaqueiro Arnaldo e o nobre fazendeiro Fragoso. Por meio da força e da violência, os justiceiros exerciam o direito de vida e de morte no sertão. *O tronco do Ipê* (1871) e *Til* (1872) apresentam o tema da escravidão e das relações entre senhores de terra e escravos, e as discussões sobre a abolição da escravatura. *Ubirajara* (1872) retrata a lei da hospitalidade garantida pelo cacique Itaquê ao índio Ubirajara enquanto pisava em domínios tocantins, a fim de buscar por esposa Araci, a jovem filha do morubixaba.

Alencar, objetivando compor um retrato nacional, vivia às voltas com estudos sobre os cultos e tradições indígenas. Suas investigações ressoaram em suas obras, razão pela qual ele não se valeu apenas de documentos históricos para compô-las. Ele ainda se utilizou da imaginação e da criatividade para preencher as lacunas ou vazios deixados pelos acontecimentos. O próprio Alencar afirmou que os espaços vazios entre os acontecimentos permitem ao escritor preencher ou colmatar as lacunas por meio da imaginação:

O domínio da arte na história é a penumbra em que esta deixou os acontecimentos, e da qual a imaginação surge por uma admirável intuição, por uma como exumação de pretérito, a imagem da sociedade extinta. Só aí é que a arte pode criar; e que o poeta tem direito de inventar; mas o fato autêntico, não se altera sem mentir à história (ALENCAR, 1958, p. 1013).

Em *O Guarani*, Alencar precisou criar o ideal, pois o índio da época da colonização já não existia, quando a obra foi escrita; portanto, pode-se dizer que Alencar, além de homem das letras e do direito, também foi um homem da história, na medida em que retratou a riqueza dos costumes, lendas e leis dos indígenas brasileiros, conferindo-lhes coerência e integridade, por meio da imaginação. É importante dizer que, mesmo se tratando de um romance histórico tradicional, *O Guarani* não pode ser equiparado a um documento histórico fidedigno, por não prescindir da elaboração estética e imaginária, razão pela qual sua interpretação deve sempre estar amparada por outras fontes, já que não é possível se atribuírem sentidos e significados distantes daqueles autorizados pela realidade histórica.

3. O romance

O Guarani, romance organizado em quatro partes (“Os aventureiros”, “Peri”, “Os Aimorés” e “A catástrofe”), conta a história de devoção e fidelidade de Peri, índio goitacá, a Cecília, filha do fidalgo português Dom Antônio de Mariz e tem como plano de fundo o período colonial brasileiro. A obra também se articula em torno do amor de Isabel por Álvaro e do amor deste por Cecília. A morte acidental de uma índia Aimoré pelo português Dom Diogo, filho de Dom Antônio de Mariz, gera revolta e ataque dos índios, ao mesmo tempo em que ocorre uma rebelião dos homens de Dom Antônio de Mariz, liderados pelo ex-frei Loredano, homem ambicioso e de mau-caráter, que deseja saquear a casa e raptar Cecília. A obra tem tempo e espaço muito bem definidos pelo narrador: transcorre às margens do rio Paquequer, na Serra dos Órgãos, no interior do Rio de Janeiro, no ano de 1604, época em que Portugal vivia sob o domínio espanhol. O cenário é composto por uma natureza exuberante, não contaminada pela civilização:

A vegetação nessas paragens ostentava outrora todo o seu luxo e vigor; florestas virgens se estendiam ao longo das margens do rio, que corria no meio das

arcarias de verdura e dos capitéis formados pelos leques das palmeiras.

Tudo era grande e pomposo no cenário que a natureza, sublime artista, tinha decorado para os dramas majestosos dos elementos, em que o homem e apenas um simples comparsa.

No ano da graça de 1604, o lugar que acabamos de descrever estava deserto e inculto; a cidade do Rio de Janeiro tinha-se fundado havia menos de meio século, e a civilização não tivera tempo de penetrar o interior (ALENCAR, 2012, p. 20)

No prólogo, Alencar (2012, p. 15) utiliza-se da velha tópica do manuscrito encontrado⁷, para conferir veracidade à narrativa, enfatizando ter copiado e decifrado um velho manuscrito, quase todo estragado por cupins, que encontrou em um armário da casa que havia comprado.

O episódio que mais nos interessa, para efeito do presente estudo, é a morte da índia Aimoré, fatalmente atingida pela espingarda de Dom Diogo. Enquanto os Aimorés colhiam frutos e preparavam bebidas e alimentos às margens do rio Paraíba, Dom Diogo, acompanhado de dois aventureiros, embrenhava-se pela floresta. Eram dez horas da manhã de uma sexta-feira, quando Peri atravessava a mata para caçar. Quando chegou a um pequeno regato, viu um cãozinho saindo do mato, e logo depois “uma índia que deu dois passos e caiu ferida por uma bala” (ALENCAR, 2012, p. 83). Peri voltou para ver donde partia o tiro, e reconheceu Dom Diogo de Mariz. Conforme a narrativa, ele “ia atirar a um pássaro, e a índia que passava nesse momento, recebera a carga da espingarda e caíra morta” (ALENCAR, 2012, p. 83). Dom Diogo olhava com piedade para a vítima, enquanto seus companheiros riam do acontecimento e “divertiam-se a fazer comentários sobre a qualidade de caça que o cavaleiro tinha escolhido” (ALENCAR, 2012, p. 83). Peri, única testemunha do crime, aconselhou Dom Diogo a se recolher em sua casa, ao mesmo tempo em que “lembrou-se de sua tribo, de seus irmãos que ele havia abandonado há tanto tempo, e que talvez àquela hora eram também vítimas dos conquistadores de sua terra, onde outrora viviam livres e felizes” (ALENCAR, 2012, p. 83). Mais tarde, os Aimorés encontraram o corpo da índia, identificando o sinal mortífero e a bala. Procuraram pelos caçadores e, uma vez descoberto o assassino, desejaram vingança, me-

⁷ Trata-se de recurso utilizado pelos escritores e muito recorrente no século XIX, cujo objetivo era convencer o leitor ou, ao menos fazer com que ele faça adesão ao pacto ficcional, conferindo verossimilhança à história narrada.

diante a retribuição do mal causado. A guerra tem início.

O ataque dos Aimorés ocasiona a morte de Álvaro e de Isabel. Ao perceber que não havia mais condições de resistir aos aborígenes, Dom Antônio incumbiu Peri de salvar Cecília. Os dois rumam para o desconhecido e são surpreendidos por uma forte tempestade, que logo se transforma em dilúvio. Abrigados no topo de uma palmeira, Cecília espera a morte chegar, mas Peri conta uma lenda indígena segundo a qual Tamandaré e sua esposa se salvaram de um dilúvio, abrigando-se na copa de uma palmeira desprendida da terra, alimentam-se de seus frutos. Ao término da enchente, o romance parece deixar subentendido que Peri e Ceci descem da árvore e dão origem a uma nova raça formadora do Brasil. A fusão de Peri e Ceci pelas tormentosas águas do rio Paraíba “implica a reunião de raças procriadoras da nacionalidade, como pedia a etnologia romântica perfilhada por Alencar” (BARBOSA, 2012, p. 11).

4. O elemento autóctone

Alencar figurou o elemento autóctone em *O Guarani* de dois modos diversos: a visão idealizada do índio Peri opõe-se à imagem bestial dos Aimorés.

Ao caracterizar o índio Peri, Alencar procurou desmistificar a história, transformando a raça indígena em um “conjunto de homens puros, bons, honestos, educados, corajosos, atuando bravamente no exuberante cenário da selva brasileira, onde viviam em plena harmonia” (FARACO, 2012, p. 331). A descrição de Peri muito se aproxima do otimismo antropológico de Rousseau (1993), que descreve o homem, no estado primitivo, com natureza boa, a qual acaba sendo corrompida pelo processo civilizador. O “bom selvagem” é representado na figura de Peri, caracterizado como sendo um “homem superior” (ALENCAR, 2012, p. 241), “o primeiro de sua tribo, e o mais forte de todos os guerreiros”, “(...) belo como o sol, e flexível como a cana selvagem que te deu o nome” (ALENCAR, 2012, p. 105).

Em contrapartida, a descrição dos Aimorés é bastante próxima aos relatos dos conquistadores e exploradores do Novo Mundo; portanto, muito provavelmente, Alencar inspirou-se no imaginário europeu, que descrevia os índios de forma animalizada e feroz. É por esse motivo que Peri se preocupava com Ceci: ele conhecia a “ferocidade desse povo sem pátria e sem religião, que se alimentava de carne humana e vivia como feras, no chão e pelas grutas e cavernas” (ALENCAR, 2012, p. 85). Alencar descreve-se da seguinte forma:

Os cabelos arruivados caíam-lhe sobre a fronte e ocultavam inteiramente a parte mais nobre do rosto, criada por Deus para a sede da inteligência, e para o trono donde o pensamento deve reinar sobre a matéria.

Os lábios decompostos, arregaçados por uma contração dos músculos faciais, tinham perdido a expressão suave e doce que imprimem o sorriso e a palavra; de lábios de homem se haviam transformado em mandíbulas de fera afeitas ao grito e ao bramido.

Os dentes agudos como a presa do jaguar, já não tinham o esmalte que a natureza lhes dera; armas ao mesmo tempo que instrumento da alimentação, o sangue os tingira da cor amarelenta que têm os dentes dos animais carniceiros. As grandes unhas negras e retorcidas que cresciam nos dedos, a pele áspera e calosa, faziam de suas mãos, antes garras temíveis, do que a parte destinada a servir ao homem e dar ao aspecto a nobreza do gesto.

Grandes peles de animais cobriam o corpo agigantado desses filhos das bre-nhas, que a não ser o porte ereto se julgaria alguma raça de quadrúmanos indígenas do novo mundo.

Alguns se ornavam de penas, e colares de ossos; outros completamente nus tinham o corpo untado de óleo por causa dos insetos (ALENCAR, 2012, p. 236).

Como se pode observar, trata-se de uma descrição bem mais próxima das descrições de índios contidas nos relatos dos viajantes e que serviram para formar o imaginário europeu. Em geral, os europeus se referiam aos índios como selvagens, primitivos, sem roupa e sem religião, vingativos e praticantes de canibalismo. Segundo Raminelli, “representar os índios como bárbaros (seres inferiores, quase animais) ou demoníacos (súditos oprimidos do príncipe das trevas) era uma forma de legitimar a conquista da América” (RAMINELLI, 1997, p. 12).

Ao contrário do que ocorre com Peri, predominou sobre a figuração dos Aimorés o pessimismo antropológico de Schopenhauer, Nietzsche e Freud. Nele, o homem aparece movido por sentimentos e paixões. Schopenhauer (2005) entende que o homem se move pela vontade cega de conseguir algo que lhe falta, mas sua vontade encontra-se sempre limitada por outras vontades, o que lhe causa constante sofrimento; Nietzsche (2008) defende a ideia de que o mundo é vontade de potência ou de poder, assim como essa vontade é instinto primeiro e vital do homem, que reconhece em si o próprio Deus, um super-homem; e, para Freud

(1974), em todos os homens estão presentes tendências destrutivas, antissociais e anticulturais, as quais determinam seu comportamento em sociedade.

Os Aimorés abrangem grupos étnicos muito variados como os Kaingang, os Xokleng, os Krenak e os Xetá. A partir do século XVIII, foram também chamados pelos portugueses de Botocudos, por usarem botoques no lábio inferior e nas orelhas, como aparece nos retratos do pintor alemão Johan Moriz Rugendas (fig. 1), que participou da missão chefiada pelo Barão Georg Heinrich von Langsdorff, entre 1822 e 1825, com o objetivo de retratar a paisagem e os nativos do Brasil. Gabriel Soares de Sousa, empresário português e historiador do Brasil, em relato de 1587, referiu-se aos Aimorés como “tão selvagens que, dos outros bárbaros são havidos por mais que bárbaros” (SOUSA, 1879, p. 47). Eram seminômades e viviam da caça e da coleta de frutos silvestres. Ainda, segundo Sousa, os Aimorés eram traiçoeiros, de modo a esperarem suas vítimas “em ciladas detraz das árvores cada um per si, dónde não erram tiro, e todas as as flechas empregam” (SOUSA, 1879, p. 48). Praticavam a antropofagia alimentar, ou seja, comiam carne de seus inimigos “por ódio, ou na embreaguez da vitória” (RUGENDAS, 1989, p. 102). Jean Baptiste Debret retratou-os em sua obra iconográfica *Viagem pitoresca e histórica ao Brasil*, de 1834, ao lado de índios Puris, Pataxós e Machacalis, alimentando-se de carne humana (fig. 2). Sousa afirma que não foi possível saber mais sobre sua vida e costumes, por serem os Aimorés “tão esquivos inimigos de todo o gênero humano” (SOUSA, 1879, p. 49).

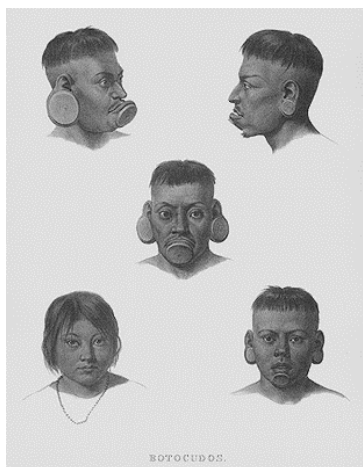


Figura 1. Botocudos (Aimorés). Rugendas, *Viagem pitoresca através do Brasil*, 1835.



Figura 2. Índios Botocudos (Aimorés), Puris, Pataxós e Machacalis. Debret, *Viagem pitoresca e histórica ao Brasil*, 1834.

Os Aimorés não se deixam corromper pela civilização, são dominados pela emoção e não pela razão e orientam-se por religiões animistas e politeístas. Bentivoglio ensina que os Aimorés foram os índios que “mais resistiram à ocupação de suas terras no litoral brasileiro” (BENTIVOGLIO, 2014, p. 20). Além disso, segundo o relato de muitos viajantes estrangeiros, como Maximilian Wied-Neuwied e Auguste Saint-Hilaire, “estariam nos graus mais inferiores do desenvolvimento técnico e intelectual humanos” (BENTIVOGLIO, 2014, p. 20). Marco, por seu turno, identifica os Aimorés como “índios nômades e antropófagos que não dialogam com os brancos” (MARCO, 2009, p. 108).

Montaigne leu muitos desses relatos a respeito da descoberta do Novo Mundo, utilizando-os, no trigésimo primeiro capítulo do livro *Ensaio*, para registrar suas próprias reflexões acerca dos povos que habitavam o Brasil na época do descobrimento e que provocavam horror aos “civilizados” europeus pela ocorrência de práticas canibais. Após relatar comportamento canibal⁸ dos ameríndios em relação aos seus inimigos, com propósito de se alimentarem, Montaigne enfatiza que os bárbaros talvez fossem os próprios europeus, ao traçar um paralelo com o comportamento dos portugueses em relação aos seus inimigos:

(...) tendo percebido que os portugueses, ao se aliarem a seus inimigos, valiam-se de outra espécie de morte contra eles quando os prendiam – que era a de enterrá-los até a cintura e picar de flecha o resto do corpo, para depois enforcá-los –, pensaram que essas pessoas vinham de outro mundo, semeadores do conhecimento de muitos vícios em sua vizinhança, muito superiores a eles em toda a sorte de maldades, e não tomaram como inoportuna essa espécie de vingança: julgando-as mais cruel que a deles, foram deixando o antigo costume para adotá-la (MONTAIGNE, 2009, p. 60-61).

Conclui Montaigne que não podemos chamar os aborígenes de bárbaros, “em vista das regras da razão, mas não em vista de nós mesmos, que os ultrapas-

⁸ Segundo Smith (2009) existem duas teorias explicativas do canibalismo entre os primeiros habitantes do Novo Mundo. Segundo a primeira teoria, o canibalismo seria uma consequência natural da situação isolada vivenciada pelos aborígenes: as condições naturais não lhes eram favoráveis, não lhes restando outra alternativa senão comer carne humana. Essa teoria geralmente é defendida por aqueles que no passado entendiam que o Novo Mundo era uma ilha perdida de Atlântida, que teria sido inicialmente povoada pelos atenienses e depois desaparecido. Já para a segunda teoria o canibalismo não seria o mero ato físico de comer carne humana, mas “um símbolo ligado à honra do guerreiro, um sinal de triunfo e superioridade sobre o inimigo vencido” (SMITH, 2009, p. 16). Para os defensores dessa teoria, o Novo Mundo era um continente, com recursos naturais abundantes.

samos em toda espécie de barbárie” (MONTAIGNE, 2009, p. 62).

A figuração dos Aimorés também corrobora as qualidades apontadas por Montaigne (2009, p. 58) para os primeiros habitantes do Novo Mundo, pois, segundo ele, o código de ética deles tinha apenas dois artigos: a firmeza na guerra e a afeição pelas mulheres. Enfatiza ser “admirável a firmeza de seus combates, que só terminam com morte ou efusão de sangue, pois nada sabem de medo ou de fugas. Cada um leva como troféu a cabeça do inimigo por ele morto e a prega na entrada de seu alojamento” (MONTAIGNE, 2009, p. 59-60). Também demonstram afeição por suas mulheres, ao ressaltar que a relação entre o casal de bárbaros é estimulada por outras relações:

Lá os homens têm várias mulheres e as têm em número tanto maior quanto são de melhor reputação na valentia. É uma notável beleza de seus casamentos que o mesmo ciúme que têm nossas mulheres, para impedir a amizade e o bem-querer de outras mulheres, também as deles o possuam, para conseguí-los. Sendo mais preocupadas com a hora de seus maridos do que com qualquer outra coisa, elas buscam e empregam toda solícitude em obter o máximo de companheiras que podem, posto que se trata de um testemunho da virtude do marido (MONTAIGNE, 2009, p. 68).

Esses dois artigos do código de honra do indígena (afeição pelas mulheres e tenacidade na guerra) encontram-se presentes em *O Guarani*. De fato, os Aimorés preocupavam-se com suas mulheres, o que resta demonstrado por meio do tratamento dispensado à índia morta e eram dotados de coragem e valentia para se defrontarem com seus inimigos.

Alencar, em diversas passagens, utiliza o termo “bárbaro”, em oposição ao termo “civilizado” para descrever os indígenas⁹, o que deve ser entendido no

⁹ O termo aparece citado nas seguintes passagens: “Apenas concluiu, a altivez do guerreiro desapareceu; ficou tímido e modesto; já não era mais do que um bárbaro em face de criaturas civilizadas, cuja superioridade de educação o seu instinto reconhecia” (ALENCAR, 2012, p. 107); “Ele aspirava esse aroma embriagador que fazia dilatar o seu vasto peito, e dava a sua fisionomia terrível um quer que seja de sensual, que se poderia chamar a voluptuosidade dos seus instintos de canibal. Envoltos pelo fumo espesso que se enovelava em torno dela, aquela figura fantástica parecia algum ídolo selvagem, divindade criada pelo fanatismo desses povos ignorantes e bárbaros” (ALENCAR, 2012, 236-237); “Os selvagens abaixaram as armas e não deram um passo; esse povo bárbaro tinha seus costumes e suas leis; e uma delas era esse direito exclusivo do vencedor sobre o seu prisioneiro de guerra, essa conquista do fraco pelo forte” (ALENCAR, 2012, p. 240); “— A morte que nos espera é horrível; serviremos de pasto a esses bárbaros que se alimentam de carne humana; nossos corpos sem sepultura cevarão os instintos ferozes dessa horda de canibais!..” (ALENCAR, 2012, p.

mesmo sentido em que Montaigne adota o termo: “bárbaro” é tudo aquilo que é descrito como alheio aos nossos costumes. Nas suas palavras, “cada um chama de bárbaro o que não é de seu uso” (MONTAIGNE, 2009, p. 51). Embora as práticas canibais sejam selvagens e bárbaras, Montaigne entende-as como perfeitamente compreensíveis e explicáveis pela cultura desses povos. Ele adota, portanto, um processo de relativismo cultural, partindo do pressuposto de que a atividade humana se expressa de forma diferente de acordo com o seu próprio contexto; porém, ensina Smith que “ao dizer que os povos do Novo Mundo cometem atos cruéis, Montaigne deixa bem claro que eles não podem de maneira nenhuma servir de modelo” (SMITH, 2009, p. 26).

5. A justiça retributiva

Dom Diogo, filho do fidalgo português Dom Antônio de Mariz, matou acidentalmente uma índia Aimorés. Não demorou para que a tragédia chegasse ao conhecimento da tribo a que pertencia a jovem índia. Os Aimorés haviam encontrado o corpo e reconhecido o sinal mortífero da bala. Logo teve início a procura pelos caçadores. O raciocínio dos silvícolas consistia em: “Tinham morto sua filha, era justo que matassem também a filha do seu inimigo; vida por vida, lágrima por lágrima, desgraça por desgraça” (ALENCAR, 2012, p. 84). A justiça retributiva, baseada na rigorosa reciprocidade entre o crime e a pena, era, segundo Alencar, o princípio de direito e justiça que os índios Aimorés reconheciam. O infrator deveria sentir a mesma dor que causou.

A lei de talião era uma espécie de aplicação da justiça retributiva. Etimologicamente, “talião” provém do latim *talio*, derivado de *talis*, que significa *tal* ou

245); “Chegando à entrada do campo o velho selvagem levou à boca o seu instrumento bárbaro, e tirou dele um som estrondoso: os Aimorés saudaram com gritos de alegria e de entusiasmo o aparecimento do vencedor” (ALENCAR, 2012, p. 252); “Segundo as leis tradicionais do povo bárbaro, toda a tribo devia tomar parte no festim: as mulheres moças tocavam apenas na carne do prisioneiro; mas os guerreiros a saboreavam como um manjar delicado, adubado pelo prazer da vingança; e as velhas com a gula feroz das harpias que se cevam no sangue de suas vítimas” (ALENCAR, 2012, p. 264); “Para quem conhecia, como D. Antônio, os costumes desses povos bárbaros, para quem sabia quanto era ativa, agitada, ruidosa esta existência nômade, o silêncio em que estava sepultada a margem do rio era um sinal certo de que os Aimorés já ali não estavam” (ALENCAR, 2012, p. 272); “Mas as ondas dessa torrente de bárbaros que soltavam bramidos espantosos, iam quebrar-se contra essa pequena coluna, que não parecia de homens, mas de aço” (ALENCAR, 2012, p. 276); “— Perdôo-te a ofensa que me fizeste, amigo; porque é ainda uma prova de tua grande dedicação. Mas acredita-me; se fosse preciso que eu me votasse só ao sacrifício bárbaro dos selvagens para salvar minha filha, eu o faria sorrindo” (ALENCAR, 2012, p. 287).

tal qual. Sua antiga forma corresponde a “olho por olho, dente por dente”. Trata-se de um sistema de pena consagrado na maioria dos textos legais da antiguidade, desde o Código de Hamurabi (século XIII a.C.), passando pelas leis romanas das Doze Tábuas (século V a.C.), Código de Manú da velha Índia ariana (século II a.C.), até os vários livros do Antigo Testamento.¹⁰ O Código de Hamurabi previa que, se um homem arrancasse o olho de outro, seria arrancado o seu e se alguém quebrasse os dentes de outro, que os seus também fossem quebrados. A norma tinha por objetivo o caráter retributivo da pena, buscando equilíbrio entre crime e castigo, de modo a “inibir as desigualdades e os abusos, tornando a todos iguais perante a lei, fossem fortes ou fracos” (GONÇALVES, 2008, p. 52). Surge, portanto, como um princípio moderador destinado a suavizar o sistema da vingança privada ou da “vingança de sangue”, que era desproporcional e sem limites, já que a reação do indivíduo contra o ofensor ou contra o grupo a que pertencesse não guardava a devida proporção com o crime. O sistema do talião tinha por escopo, desse modo, delimitar o castigo ao grau da ofensa sofrida.

O modelo da justiça retributiva foi muito adotado, não apenas entre os povos da antiguidade, mas também entre muitos povos indígenas. Um registro extraído das anotações de Mabilde, antropólogo belga que migrou para o Brasil, em 1833, indica que indígenas da Nação Coroados, no Rio Grande do Sul, atualmente chamados “caigangues”, adotavam a retribuição da pena em caso de homicídio:

A pena de Talião é, com efeito a que mais naturalmente se apresenta à imaginação de homens como os coroados ou outros selvagens que, vivendo sem ter a menor ideia de deveres humanitários – e sem conhecer alguma regra a seguir para fazer o bem e para evitar o mal – naturalmente só se lembrar de vingar-se daqueles que praticaram o mal. Os indígenas coroados admitem só um caso de homicídio: aquele praticado com premeditação e que, aliás, dizem ser desconhecido entre eles. Todos os outros casos de homicídio são considerados por eles como casos fortuitos e nos quais entendem não haver criminalidade (MABILDE, 1983, p. 83).

¹⁰ No Êxodo, lei de Moisés, o talião expressa-se em sua forma originária: “olho por olho, dente por dente, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe” (BÍBLIA DE JERUSALÉM, 2011, Cap. 21, 24-25). Aparece também no Levítico (BÍBLIA DE JERUSALÉM, 2011, Cap. 24, 17-20) e no Deuteromônios (BÍBLIA DE JERUSALÉM, 2011, Cap. 19, 21).

Notadamente em relação aos Aimorés da província do Espírito Santo, Paul Ehrenreich, médico e antropólogo alemão, ao tratar das suas aptidões intelectuais e de caráter, enfatizou que sentimentos de vingança compunham suas personalidades: “Um tratamento cordial e bem-intencionado pode conquistar a confiança deles, mas tanto mais é de se temer a sua vingança caso se sintam ofendidos” (EHRENREICH, 2014, p. 103). O mencionado registro, embora se situe entre relatos de viagem e artigo de divulgação científica, pode representar uma importante fonte a respeito do comportamento social da etnia Aimoré, reforçando a probabilidade de vingança em caso de ofensa.

No sistema de justiça retributiva, existe uma retaliação, geralmente desigual, que visa a uma compensação pelo mal sofrido. Conforme Silva, trata-se de um sistema profundamente simbólico e ritualista, em que a vítima ou os membros do grupo a que pertence, “se vingam sobre o autor da ofensa e/ou membros do seu grupo, sendo esta agressão, ela mesma, geradora de novas violências, novas vinganças, inelutavelmente encadeadas num ciclo sem fim” (SILVA, 2008, p. 132). Por essa razão, o sistema retributivo de justiça deixou de ter aplicação na grande maioria das nações¹¹, devido às tendências humanizadas do direito penal.

As penas bárbaras começam a ser extirpadas por meio de um processo racional. O direito precisou incorporar valores éticos. Verificou-se uma ruptura entre o Estado de direito e o estado de natureza. O otimismo antropológico, antes mencionado, também vê o homem como animal racional e defende a ideia de que o direito nada tem a ver com a força.¹² Ao contrário, para o pessimismo antropológico, o direito representa uma expressão da força e do poder. É nesse sentido que, para Ihering (1987), direito e força se confundem, pois o direito tornar-se-ia vazio, caso desprovido de força.¹³ Freud, na linha do pessimismo antropológico,

¹¹ O *Alcorão*, livro sagrado do Islã, prevê a prática da justiça taliônica e continua sendo aplicado até os dias de hoje entre os muçumanos.

¹² Segundo Mounier o poder é elemento estranho ao direito, devendo o ser humano ser protegido contra toda espécie de abuso de poder. Nas suas palavras “todo poder não controlado tende para o abuso. Esta proteção exige um estatuto público da pessoa e uma limitação constitucional dos poderes do Estado: equilíbrio do poder central pelos poderes locais, organização do recurso dos cidadãos contra o Estado, *habeas corpus*, limitação dos poderes da polícia, independência do poder judiciário” (MOUNIER, 1976, p. 195).

¹³ Segundo Ihering o Direito “não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança. O direito é um trabalho incessante,

relata a dicotomia entre os impulsos pulsionais e a civilização, fazendo menção à aplicação da justiça retributiva:

(...) se Deus quiser tornar minha felicidade completa, conceder-me-á a alegria de ver seis ou sete dos meus inimigos enforcados nessas árvores. Antes da sua morte eu, tocado no meu coração, perdoar-lhes-ei todo o mal que em vida me tiveram feito. Devemos, é verdade, perdoar os nossos inimigos – mas não antes deles terem sido enforcados (FREUD, 1974, p. 70).

O objetivismo do sistema retributivo foi substituído pela subjetivação e individualização da pena. Leis como a do talião não se mostraram suficientes para garantir a justiça. É equivocada por impingir ao infrator pena similar ao delito praticado. Era necessário encontrar um lugar apropriado, a fim de garantir a justiça na relação entre crime e punição. Tal fato resultou na evolução do sistema de penas. É nesse sentido que Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 23) afirmam que a história do direito penal se encontra dividida em períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico. A fase da vingança penal tem início nos tempos primitivos e estende-se até o final do século XVIII. Abrange a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública. A vingança privada consistia na reação da vítima, parentes ou grupo social contra o ofensor ou seu grupo, sem qualquer proporção à ofensa. O talião, como espécie de justiça retributiva, surge como instrumento moderador da pena, com o objetivo de garantir a proporcionalidade entre a agressão e a ofensa. Na vingança divina, a administração da sanção penal ficava a cargo do sacerdote, e a pena era aplicada de acordo com a grandeza da divindade ofendida. Na vingança pública, a pena perde sua índole religiosa e passa a ser uma sanção aplicada pelo Estado, de acordo com os interesses do soberano. O período humanitário (entre 1750 a 1850) foi marcado pela reação às arbitrariedades praticadas pela justiça penal, objetivando a racionalização e a humanização das penas. Por derradeiro, no período científico ou criminológico (a partir do século XIX), destaca-se a preocupação com o homem delinquente e a origem causal do delito. A justiça deveria conhecer o homem e as razões que o determinaram a praticar o crime. O progresso de evolução da punição pelas violações da ordem social é apontado por Morgan como resultado de uma lenta acumulação de conhecimento que

não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira” (IHERING, 1987, p. 1).

proporcionou a passagem da selvageria para a civilização:

As mais recentes investigações a respeito das condições primitivas da raça humana estão tendendo à conclusão de que a humanidade começou sua carreira na base da escala e seguiu um caminho ascendente, desde a selvageria até a civilização, através de lentas acumulações de conhecimento experimental (MORGAN, 2005, p. 49).

O próprio Alencar reconhece que o instinto selvagem de vingança dos Aimorés “supria a indústria do homem civilizado” (ALENCAR, 2012, p. 235). Enquanto colocavam a vingança em prática incendiando a casa de D. Antônio de Mariz e buscando destruir o inimigo pelo fogo, “um prazer feroz animava todas essas fisionomias sinistras, nas quais a braveza, a ignorância e os instintos carniceiros tinham quase de todo apagado o cunho da raça humana” (ALENCAR, 2012, p. 236).

O estudo histórico da pena, como se pode observar, deve considerar o contexto social de cada época, ou, nas palavras de Shecaira e Corrêa Júnior, “deve ser feito de forma autônoma, separado do estudo das ideias penais de cada época” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 23); dessa forma, em que pese a justiça retributiva ser injusta, desproporcional e cruel, deve-se ter em mente que se trata de um sistema de justiça compreensível e justificável de acordo com cada contexto cultural.

Considerações finais

Em *O Guarani*, a literatura exerce função figurativa da justiça indígena. As teorias de Lukács, Jameson, Anderson serviram, em um primeiro momento, para se demonstrar que a obra é marcada por sua historicidade, ao passo que os teóricos do romance histórico no Novo Mundo demonstraram o relativo afastamento da obra estudada das tradições dos escritores europeus, de modo a auxiliar na construção do futuro do povo brasileiro.

A obra de Alencar enquadra-se no conceito de romance histórico, em que a história funciona como cenário para o exercício da ficção. Nela, a literatura e a história entrelaçam-se, para comporem uma ficção amparada em fatos históricos, que, à toda evidência, quando jungida a fontes historiográficas, possibilita importantes reflexões sobre o modelo de justiça dos Aimorés.

O episódio da morte acidental da índia Aimoré e o desejo de fazer valer a justiça retributiva por parte dos ameríndios, bem como a forma como Alencar figurou a identidade bárbara da tribo Aimoré, refletindo o pessimismo antropológico, contribuem para a compreensão de um provável modelo de justiça indígena. A “figuração” pode constituir não só um processo de representação da realidade, mas também um processo constitutivo de ficções literárias. Nos dois casos, ela pode estar marcada tanto por ideologias e modos de pensar daquele que a expressa, quanto por elementos contextuais. Peri foi descrito de modo assimilável à noção do “bom selvagem”, seguindo a linha do otimismo antropológico, com o escopo de elevá-lo à categoria de símbolo do nacionalismo pátrio. Por outro lado, a representação dos Aimorés seguiu uma perspectiva de base eurocêntrica, baseada no pessimismo antropológico. Nota-se, portanto, a diversidade nas bases de inspiração das personagens, conforme interesses do autor e do contexto em que se encontra inserido.

É possível afirmar, no entanto, que *O Guarani*, por meio de suas representações figurativas da justiça indígena, conduz a reflexões sobre a necessidade de racionalização e humanização histórica das práticas penais. Modelos de justiça que se apresentam intimamente ligados à noção de compensação nos parece, no contexto atual, cruel e bárbara, sobretudo por revelar mais uma forma de vingança que mais objetiva o equilíbrio entre crime e castigo, do que a necessidade de punir com justiça.

As reflexões de Montaigne sobre os índios brasileiros na época do descobrimento, especialmente sua definição de “barbárie”, poderia auxiliar na melhor compreensão da adoção da justiça retributiva pelos índios na obra de Alencar, como princípio de uma justiça rudimentar que, naquele contexto cultural, objetivava o estabelecimento de uma proporção entre a pena e o delito. O relativismo cultural demonstra que, embora seja um sistema cruel e injusto para a atual realidade, poderia ter-se expressado de modo juridicamente válido entre os Aimorés. O discurso literário surge como forma de reflexão sobre a história e o direito, compondo a memória coletiva sobre o ideário de justiça entre os primeiros habitantes do Brasil.

O Guarani também auxilia na compreensão da construção do direito penal como produto histórico e social, que evoluiu, na medida em que o homem, em seu caminho ascendente, passou a buscar a racionalidade. Com efeito, a literatura é dotada de uma função nitidamente jurídica e política, no sentido de promover a civilização dos costumes e a educação dos povos.

Alencar compôs a imagem do passado remoto do sistema de justiça e das penas adotado pelos primeiros habitantes do Brasil, em que o instinto animal prevalece sobre a racionalidade, bem como procurou forjar os pilares e o esteio de sustentação dos sistemas desenvolvidos e civilizados de justiça. Nas civilizações antigas, os conflitos são solucionados pelas próprias partes, enquanto que, nas sociedades civilizadas, a solução do conflito depende da intervenção de um terceiro, árbitro ou juiz, encarregado de aplicar o direito. A justiça como apropriação estatal ainda é sentida como uma questão histórica, uma alternativa à ação privada de fazer justiça com as próprias mãos. A tutela jurisdicional, como forma de solução de conflitos, surgiu com a passagem do estado natural para o estado civilizado, mediante a intervenção dos órgãos jurisdicionais que passaram a substituir a vontade das partes.

Referências bibliográficas

ALENCAR, José de. **Esboço jurídico**. Rio de Janeiro: Garnier, 1883.

_____. **Obra completa**. Rio de Janeiro: Editora José Aguilar, 4v., 1958.

_____. **O Guarani: romance brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Ática, 2012.

ANDERSON, Perry. **Trajetos de uma forma literária**. Tradução de Milton Ohata. *Novos Estudos*, n. 77, mar./2007. p. 205-220.

BARBOSA, João Alexandre. Leituras de José de Alencar In: ALENCAR, José de. **O Guarani: romance brasileiro**. São Paulo: Ática, 2012.

BENTIVOGLIO, Júlio. Os índios Botocudos no Espírito Santo e o estudo de Paul Ehrenreich In: EHRENREICH, Paul. **Índios Botocudos do Espírito Santo no século XIX**. Tradução de Sara Baldus. Espírito Santo: Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, 2014, p. 19-35.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. Nova edição, revista e ampliada. Tradução de Euclides Martins Balancin et. al. São Paulo: Paulus, 2011.

BONNICCI, Thomas. Teoria e crítica pós-colonialistas. In: BONNICCI, Thomas; ZOLIN, Lúcia Osana (Org.). **Teoria Literária: abordagens históricas e tendências contemporâneas**. Maringá: Eduem, 2009.

CRUZ, C. O conceito de cor local no romantismo brasileiro e a sua presença no romance A Divina Pastora de Caldre e Fião. In: **Letras De Hoje**, v. 30, n. 1, 4 nov. 2013. p. 29-47.

DEBRET, Jean-Baptiste **Voyage pittoresque et historique au Brésil**. Biblioteca Brasiliana Guita e José Mindlin. 1834. Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/view/?45000008515&bbm/3813#page/62/mode/2up>. Acesso em: 24 nov. 2021.

EHRENREICH, Paul. **Índios Botocudos do Espírito Santo no século XIX**. Tradução de Sara Baldus. Espírito Santo: Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, 2014.

FARACO, Carlos. Todos cantam sua terra! Também vou cantar a minha. In: ALENCAR, José de. **O Guarani: romance brasileiro**. São Paulo: Ática, 2012.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Quando os avanços parecem retrocessos: um estudo comparativo do Código Civil de 2002 e do Código Penal brasileiro com os grandes Códigos da História**. Barueri: Manole, 2008.

GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). **Direito & literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

JAMESON, Fredric. O romance histórico ainda é possível? Tradução de Hugo Mader. **Novos Estudos**, n. 77, mar./2007. p. 185-203.

LUKÁCS, György. **O romance histórico**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2011.

MABILDE, Pierre François Alphonse Booth. **Apontamentos sobre os indígenas selvagens da nação Coroados dos Matos da província do Rio Grande do Sul.** São Paulo: IBRASA, 1983.

MARCO, Valéria de. O romance histórico de José de Alencar. In: **Revista de Letras.** n. 29(2), vol. 1, jan./jul., 2009. p. 106-113.

MONTAIGNE, Michel de. **Dos canibais.** Tradução de Luiz Antonio Alves Eva. São Paulo: Alameda, 2009.

MORGAN, Lewis Henry. A sociedade antiga. In: CASTRO, Celso (Org.). **Evolucionismo cultural.** Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 1976.

NIETZSCHE, Friedrich. **A vontade de poder.** Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura.** São Paulo: Brasiliense, 1994.

RAMINELLI, Ronald. Eva Tupinambá. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil.** São Paulo: Contexto, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

RUGENDAS, Johan Moritz. **Viagem pitoresca através do Brasil.** Tradução de Sérgio Milliet. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1989.

SANTIAGO, Silviano. **Uma literatura nos trópicos.** Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação.** Tradução de Jair Barbosa. São Paulo: EDUNESP, 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **A constituição, a literatura e o direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Joana Aguiar e. Vingança e justiça na encruzilhada do direito. Um património jurídico literário. In: **Direito & literatura**: reflexões teóricas. TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 131-145.

SMITH, Plínio Junqueira. Montaigne e o novo mundo. In: MONTAIGNE, Michel de. **Dos canibais**. Tradução de Luiz Antonio Alves Eva. São Paulo: Alameda, 2009.

SOUSA, Gabriel Soares de. **Tratado descritivo do Brasil em 1587**. Rio de Janeiro: Typographia de João Ignacio da Silva, 1979.

TRINDADE, André Karam e GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (org.). **Direito & Literatura**: reflexões teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-66.

DIREITO SUCESSÓRIO DOS ASCENDENTES NA MULTIPARENTALIDADE

INHERITANCE LAW OF ASCENDANTS IN MULTIPARENTALITY

Área: Direito Civil. Família.

Flávia Squincalha¹

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma análise do direito sucessório em casos de multiparentalidade, uma lacuna do ordenamento jurídico brasileiro. Tem como objetivo demonstrar a possibilidade e os principais efeitos jurídicos da multiparentalidade, sendo abordado o modo como o assunto foi tratado pelos Tribunais Superiores, até chegar ao Supremo Tribunal Federal, que pôs fim à polêmica. Tendo em vista que, agora, a referida decisão servirá de sustentação para a execução de tal direito em todo o país, surgem inúmeras indagações devido às lacunas legais. Assim, buscou-se ressaltar e estudar, por meio de exploração de uma intensa bibliografia, os problemas e as possíveis interpretações que trazem as soluções mais adequadas para situações em que haja mais de um vínculo paterno ou materno. Observando a evolução do conceito de família, bem como o surgimento de diferentes formas de vínculos familiares, em um futuro próximo, operadores do Direito deparar-se-ão com inventários baseados em tais conflitos. Logo, diante de tantas inovações, faz-se necessário o presente estudo, para busca pelo melhor entendimento à esfera de sucessões.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão. Ascendentes. Multiparentalidade. Afetividade.

ABSTRACT: This work presents an analysis of inheritance law in multiparenting cases, a gap in the Brazilian legal system. It aims to demonstrate the possibility and the main legal effects of multiparenting, by addressing the way the matter was dealt with by the Superior Courts, until it reached the Supreme Federal Court, which ended the controversy. Once this decision will now support the enforcement of such a right across the country, numerous questions arise due to legal shortcomings. Thus, we sought to highlight and study, through exploration of an intense bibliography, the

¹ Advogada. Pós-graduada em Direito e Agronegócio.

problems and possible interpretations that bring the most appropriate solutions for situations in which there is more than one paternal or maternal bond. Observing the evolution of the concept of family, as well as the emergence of different forms of family bonds, in the near future, legal operators will come across inventories based on such conflicts. Therefore, in view of so many innovations, this study is necessary to seek a better understanding of the sphere of successions.

KEYWORDS: Succession. Ascendants. Multiparenting. Affectivity.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito Das Famílias E A Socioafetividade. 2. Os Fundamentos Do Direito Sucessório. 2.1 Função Social Da Herança. 2.2 As Modalidades De Herdeiros Do Código Civil. 2.3 Sucessão Legítima E Parentesco. 3. O Direito À Sucessão Dos Ascendentes Em Caso De Multiparentalidade. 3.1 Lacuna Legal. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O Direito de família é regido por normas essencialmente de ordem pública, visto que está intimamente ligado ao direito existencial, sendo nula qualquer previsão de renúncia a esses direitos, como disposto nos artigos 1.511 a 1.638, do Código Civil; por outro lado, também há normas de caráter privado, tendo como exemplo aquelas relacionadas ao regime de bens, de cunho patrimonial, trazidas pelos artigos 1.639 a 1.688 do Código Civil.

Historicamente, a família possuiu funções diversas – religiosa, econômica e reprodutiva –, permanecendo sob modelo estático, imposto por uma sociedade conservadora e paternalista por muito tempo; no entanto, a sociedade e as famílias passaram por inúmeras e profundas alterações, e, conseqüentemente, este ramo do Direito sentiu necessidade de evolução.

Uma dessas evoluções foi o acolhimento – por parte do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – da multiparentalidade, já que a existência de uma paternidade socioafetiva não deve prejudicar o filho de buscar ou ter relação com sua paternidade biológica e, assim, ser sujeito passivo de todos os direitos e obrigações decorrentes dessa ligação. O novo entendimento sobre família passa a se embasar no princípio da dignidade, na valorização do próprio indivíduo e sua afetividade com os que constituem seu lar, fazendo do afeto o elo que une o indivíduo à sua família, independentemente de vínculo sanguíneo.

Apesar de muito se falar em parentalidade socioafetiva, pouco se

exploram os efeitos por ela gerados. Ao longo do trabalho, será trazido o que ocorre, caso o filho venha a falecer antes dos pais, sem que tenha deixado descendentes. A solução para tal questionamento sempre foi que os ascendentes da linha paterna herdem a metade, cabendo a outra metade aos da linha materna. Ou seja, o pai recebia a metade dos bens, e a mãe a outra metade. Em caso de multiparentalidade, por analogia ao disposto no artigo supracitado, a mãe recebe metade, e cada pai tem direito a um quarto da herança? Ou a melhor alternativa seria a distribuição de um terço da herança aos ascendentes?

A resposta à questão trazida pelo Código Civil atual, que disciplina o assunto, logicamente, não pode ser desconsiderada, tendo em vista que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme o princípio da legalidade. Será demonstrado, assim, que a regra continuaria em situações de reconhecimento de multiparentalidade.

Destarte, neste trabalho, será trazido o reconhecimento – por nossos tribunais – do princípio da afetividade, tratando-se de um elo de parentesco civil, sem vínculo biológico, mas que, em decorrência da forte ligação de afeto, vivem como se parentes fossem. Esse tornou-se o princípio guia para os novos conceitos de família. Além do mais, será destacado o tratamento que as Cortes Superiores têm dado ao vínculo socioafetivo, que vai além do vínculo adotivo, simplesmente. E, por último, a interpretação da tese da multiparentalidade, a possibilidade de se possuir, com regulamentação legal, mais de um pai ou uma mãe e os efeitos decorrentes de tal relação, com ênfase no direito sucessório.

1. Direito das famílias e a socioafetividade

Os antigos princípios de Direito de Família foram exterminados, surgindo outros, de acordo com uma proposta de constitucionalização. A horizontalização das normas que protegem as pessoas assume a necessidade de serem aplicadas entre os particulares, como os princípios fundamentais da dignidade humana e solidariedade familiar, da igualdade de filhos, de gêneros e da equivalência das entidades familiares.

Sobre os princípios norteadores do novo direito das famílias, enuncia o artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988², que nosso Estado tem como princípio fundamental a dignidade de pessoa humana, um superprincípio. Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como:

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Casa Civil.

quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.³

A dignidade está dentro de cada um, sendo o Direito das Famílias o ramo mais humano de todo o Direito. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, em seu preâmbulo, que o reconhecimento da dignidade deve ser inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. No que concerne à lesão da dignidade humana, apresenta-se um relevante julgado, do Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, sobre o caso Alexandre Fortes cuja ementa faz referência expressa a esse princípio:

Indenização por danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (Tribunal de Alçada de Minas Gerai, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.).

Lamentavelmente, a decisão que condenou o pai ao pagamento de danos morais ao filho foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2005; entretanto, demonstrando evolução em relação ao tema, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça, em revisão ao acórdão supracitado, admitiu a reparação civil pelo abandono afetivo, por meio do Informativo n. 496 do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2.. (...) 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a

³ SARLET, Ingo Wolfgang **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes (...) não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012).

O acórdão proferido pela Corte demonstra a concretização jurídica da dignidade humana, visando a evitar o abandono nas famílias. Por sua vez, o princípio da solidariedade familiar ficou reconhecido pelo artigo 3.º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Paulo Lôbo, sobre o princípio em pauta, ensina:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodestinado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade... O princípio da solidariedade vai além da justiça cumulativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social. Estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade estão observados ou aplicados.⁴

O princípio da solidariedade, quando trazido para o âmbito familiar, se trata de assistência, cooperação, proteção e cuidado mútuo, agora, com valor jurídico. Nos termos do artigo 226, § 8.º, da nossa Carta Maior, “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Esse preceito estimula a compreensão da família brasileira contemporânea que, após a liberdade alcançada, tem que lidar com a complexidade dos vínculos familiares criados.

Quando a Constituição Federal se refere à solidariedade, faz menção, obviamente, à base da sociedade, que é justamente a família! Outro princípio indispensável ao Direito de família é o que diz respeito à igualdade entre os filhos. O artigo 1.593 do Código Civil estabelece: “O parentesco é civil ou natural, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem.”; assim, com base no dispositivo legal, é possível, efetivamente, que o conceito de família se estenda e seja interpretado de modo amplo, conforme corrobora o enunciado

⁴ LÔBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. 2013. p. 01-02. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>. Acesso em: 23 maio 2019.

256, do Conselho de Justiça Federal, que dispõe que “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

Por sua vez, o artigo 227, § 6.º, da Constituição Federal, determina que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Maria Berenice Dias também discorreu sobre o tema em sua obra:

A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de filiação, ao proibir qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção. Em boa hora o constituinte acabou com abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais. A postura do genitor que descumpria o dever de fidelidade e cometia o crime de adultério era premiada, pois não lhe gerava obrigações com relação ao filho assim concebido.⁵

O princípio da igualdade entre os filhos rompeu a constituição formal de uma entidade familiar, nas palavras de Dimas Messias de Carvalho, “desbiologizando a paternidade”; assim, sob a ótica familiar, trata-se do mais importante princípio para alcançar a isonomia constitucional; outrossim, é imprescindível dizer, após o princípio da igualdade entre os filhos, sobre o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros. Nesse cenário, dispõe o artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Logo, em observância aos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso, equiparou-se o regime sucessório da união estável com o do casamento, determinando a aplicação, tanto em um, quanto em outro, das regras da sucessão legítima, dispostas no artigo 1.829, do Código Civil; desse modo, o companheiro ou cônjuge sobrevivente poderá concorrer com os descendentes do de cujus, a depender do regime de bens adotado para a união estável; sempre concorrerá com os ascendentes e, ainda, se não houver nem descendentes, nem ascendentes, concorrerá sozinho com toda a herança, não alcançando os colaterais, a sucessão.

Em decorrência do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, surge o princípio da igualdade na chefia familiar, que estabelece

⁵ DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 12 Jan. 2009. p. 1.

que não há distinção entre homem e mulher, e a liderança pode-se concentrar tanto em um, quanto em outro, sendo válido, ainda, a manifestação da prole. O artigo 1.566, do Código Civil, evidencia esse princípio ao estabelecer como deveres de ambos os cônjuges, além mútua assistência, o sustento, a guarda e educação dos filhos e o respeito e consideração mútuos. A evolução do Direito das famílias suprimiu a figura autoritária masculina e a subordinação em relação aos demais integrantes do grupo familiar, encontrando-se, na contemporaneidade, em grau igualitário.

Avançando o tema, é fundamental explanar sobre o princípio da função social da família, haja vista que o artigo 226, caput, da nossa Carta Constitucional, dispõe que família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado; destarte, as famílias merecem especial atenção, conforme ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um...A principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões.⁶

Logo, não reconhecer a função social da família é como não reconhecer a própria sociedade. Por fim, para enlaçar todos os princípios explanados, é imprescindível discorrer sobre o princípio da afetividade, apontado como a base das relações familiares, em decorrência da dignidade de pessoa humana. Em relação a tal princípio, merecem destaque os ensinamentos de Giselle Câmara Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.⁷

Em sede de Direito Comparado, a Suprema Corte do Estado da Louisiana,

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 06.

⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil**. Direito de Família. v. 7. São Paulo: RT, 2008. p. 28.

nos Estados Unidos, julgou o recurso 553 So.2d 847, 848 e reconheceu a dupla paternidade no caso *Smith v. Cole (Dual Paternity In Louisiana)*, do ano de 1989, o que abriu portas para as decisões legislativas no sentido de se alterar a lei civil, a fim de reconhecer e positivar a multiparentalidade, em 2005. A promoção e a proteção da unidade familiar foram as principais razões para esse reconhecimento, tornando remoto o tratamento historicamente severo de crianças ilegítimas por parte de Louisiana.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no ano de 2016, aprovou tese no sentido de que a paternidade socioafetiva não impede o reconhecimento do vínculo de filiação baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios, independentemente de registro, afirmando, ainda, que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda ordem em relação à biológica, abrindo caminho para a multiparentalidade expressa no Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

EMENTA – Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos officios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

...Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

[...]

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

[...]

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.⁸

O Colégio de Coordenadores da Infância e Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil pediu a tomada de providências (0001711-40.2018.2.00.0000),

⁸ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017.**

no sentido de alterar a Seção II, do Provimento 63/17, do CNJ, sob a alegação de que o Colégio se preocupa com os efeitos do provimento, tendo em vista o afastamento da atuação jurisdicional na constituição da parentalidade socioafetiva, além da facilidade de ocorrência de irregularidades em casos de adoção. Não obstante, solicitou a alteração sob fundamento de que o provimento ultrapassou a competência legislativa do CNJ, vez que os artigos supracitados retiram o Poder Judiciário da análise de possibilidade dos registros de paternidade ou maternidade socioafetiva.

Ao receber o expediente, o Corregedor Nacional entendeu que o provimento 63 apenas formalizou situação cotidiana. Assim, determinou que se oficiasse às Corregedoras-gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), à Associação dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN-BR) e à Associação dos Notários e Registradores (ANOREG-BR), para que se manifestassem acerca do alegado na inicial.

Diante da análise do pedido, o provimento 83, do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de agosto de 2019, acabou por alterar os requisitos na paternidade socioafetiva, do Provimento 63, resolvendo que o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, quando se tratar de pessoas acima de 12 anos, e não de qualquer idade, como estabelecido no provimento 63. Além do mais, foi acrescido o artigo 10-A, nos seguintes termos:

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretenso filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável – com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

Não obstante, foi alterado o § 4.º, do artigo 11, que antes estipulava a idade do filho superior a doze anos para que o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva dependesse de seu consentimento. A partir das modificações, fica estipulado que será exigido o consentimento do filho para reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, caso tenha menos de 18 anos.

Por fim, o artigo 14 passa a vigorar acrescido de dois parágrafos, que determinam que a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo, seja do lado materno ou paterno, deverá tramitar pela via judicial. Na essência, o vínculo familiar trata-se mais de um vínculo de afeto que ligação biológica, o que torna imprescindível destacar o informativo n. 0407, do Superior Tribunal de Justiça, determinando obrigatoriedade ao pagamento de pensão alimentícia quando formado vínculo socioafetivo:

DIREITO CIVIL. ALIMENTOS NA HIPÓTESE DE FORMAÇÃO DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. A esposa infiel não tem o dever de restituir ao marido traído os alimentos pagos por ele em favor de filho criado com estreitos laços de afeto pelo casal, ainda que a adúltera tenha ocultado do marido o fato de que a referida criança seria filha biológica sua e de seu “cúmplice”. Isso porque, se o marido, ainda que enganado por sua esposa, cria como seu o filho biológico de outrem, tem-se por configurada verdadeira relação de paternidade socioafetiva, a qual, por si mesma, impede a repetição da verba alimentar, haja vista que, a fim de preservar o elo da afetividade, deve-se considerar secundária a verdade biológica, porquanto a CF e o próprio CC garantem a igualdade absoluta dos filhos de qualquer origem (biológica ou não biológica). Além do mais, o dever de fidelidade recíproca dos cônjuges, atributo básico do casamento, em nada se comunica com a relação paternal gerada, mostrando-se desarrazoado transferir o ônus por suposto insucesso da relação à criança alimentada (...) REsp 922.462-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4/4/2013.

A paternidade, em si, trata-se de um fato cultural, que vai além de um fator natural. A família atual não mais se restringe à família biológica, e, nesse trilhar, Paulo Lôbo traz a seguinte lição:

No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatos de discriminação entre eles. Projetou-

se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade. Encontram-se na CF quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XXI: a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem; b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos; c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família, constitucionalmente protegida; d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente.⁹

Diante de tudo quanto exposto, torna-se claro que o ordenamento jurídico deve e já está tecendo soluções para que haja respaldo e proteção jurídica às pessoas que estão ou, durante a vida, estiveram ligadas por vínculos de afeto e carinho.

2. Os fundamentos do direito sucessório

A Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso XXX, bem como o artigo 1.784, do Código Civil, garantem o direito à herança, que se trata de uma transferência de bens e de deveres, não tão simples quanto parece. A sucessão não aparece exclusivamente quando o assunto é direito hereditário. Pode ocorrer tanto entre pessoas vivas, como nos casos de cessão de créditos, quanto em decorrência da morte. Para fins desse trabalho, entretanto, é imprescindível estudo sobre a sucessão proveniente da morte, que é justamente a partir da qual surge o Direito sucessório, um complexo de normas que regulamenta essa transferência de bens e de obrigações de determinada pessoa em razão de sua morte. Maria Helena Diniz conceitua o Direito sucessório como:

O conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude da lei ou de testamento. Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do de cujus ao herdeiro.¹⁰

⁹ LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. V. 26, p. 42.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena *apud* TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Direito das sucessões. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p 2.

Amparado por valores constitucionais, esse ramo do Direito Civil disciplina o destino do que foi deixado pela pessoa natural quando falece. É, no modo mais claro, a possibilidade de dar continuidade ao que seria interrompido pelo fenômeno morte.

2.1 Função social da herança

Para maior compreensão, cabe trazer os dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] posto em menor medida do que no exercício do direito de propriedade, também a herança possuiu uma função social, porquanto permite uma redistribuição da riqueza do de cujus, transmitida aos seus herdeiros. Observe-se, ademais, que certos institutos, como o direito de representação, a ser estudado posteriormente, têm um fundamento moral, respaldado no princípio da isonomia e da função social, na medida em que visam a dar um tratamento equânime a herdeiros do autor da herança, poupando-lhes a dupla tristeza da perda de seu ascendente imediatamente direto e também de benefícios potenciais que lhe estariam garantidos, se não tivesse ocorrido o falecimento daquele.¹¹

O Direito à herança deve ser estudado e analisado em conformidade com os princípios supracitados, tais como direito de igualdade entre os filhos, cônjuges e companheiros, princípio da afetividade, relacionados com o direito à propriedade e sua função social, vez que a função social é alcançada na medida em que prepondera os interesses sociais em relação aos particulares, atingindo o direito em sua forma plena.

No ramo sucessório, é evidente a existência de um interesse social na preservação desse direito, sendo resultado do princípio da propriedade juntamente à preservação do instituto familiar; destarte, ao se transmitir a herança aos herdeiros, perpetua-se a família, por meio de patrimônios e deveres, atingindo interesses individuais e coletivos.

2.2 As modalidades de herdeiros do Código Civil

De acordo com o Código Civil, artigo 1.784 e seguintes, o herdeiro é o sucessor, que será beneficiado de algum modo logo após a morte do *de cujus*, classificando-os em legítimos e testamentários. Os legítimos são aqueles

¹¹ Ibid., p. 8.

estipulados pelo ordenamento jurídico, pela lei em si, subdivididos em herdeiros facultativos e necessários, amparados pelos artigos 1.845 e 1.846, do Código Civil. Para melhor compreensão, são os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e, após julgamento do Supremo Tribunal Federal em maio de 2017, também o companheiro.

Por sua vez, os herdeiros facultativos vão herdar na falta de herdeiros necessários ou em razão de testamento que estabeleça o destino da herança. Por não serem herdeiros reservatários, consoante artigo 1.850, do Código Civil, podem ser excluídos da sucessão, desde que o testador disponha da integralidade de seu patrimônio, sem contemplá-los.

Quando houver herdeiros necessários, a liberdade de testar restringir-se-á somente a 50% do patrimônio disponível. Se houver somente os facultativos, essa liberdade será plena. Esses herdeiros, por necessária observação, são os colaterais até quarto grau: irmãos, sobrinhos e primos, considerando que os mais próximos excluem os mais distantes, com exceção ao artigo 1.843, do Código Civil, que concede o direito à representação dos filhos dos irmãos, na falta destes.

Os herdeiros testamentários, por seu turno, são aqueles instituídos por meio de testamento, legado ou codicilo. Possuem capacidade testamentária ativa todas as pessoas que quiserem dispor de seus bens por testamento, sendo incapazes os menores de 16 anos, com a ressalva de que, entre 16 e 18 anos, é permitido que a pessoa faça testamento livremente, ainda que sem assistência de seu representante legal, e os desprovidos de discernimento, impossibilitados de expressarem sua vontade em razão de incapacidade mental.

2.3 Sucessão legítima e parentesco

O parentesco refere-se às relações jurídicas que há entre indivíduos que mantêm vínculo familiar baseado, principalmente, na afetividade. Flávio Tartuce delimita três modalidades de parentesco:

- a) parentesco consanguíneo ou natural – aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou de sangue, ou seja, que descendem de um ancestral comum, de forma direta ou indireta. (...)
- b) parentesco por afinidade – existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. (...)
- c) parentesco civil – decorrente de outra origem, que não seja a consanguinidade ou a afinidade, (...).¹²

¹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A última modalidade sempre foi relacionada à adoção; entretanto, com os progressos supramencionados, foram também reconhecidas outras duas formas de parentesco civil: a reprodução assistida heteróloga e a parentalidade socioafetiva, sendo esta fundada na posse do estado de filho, que adquire equivalência com as demais, por reconhecimento do Supremo Tribunal Federal. Isso posto, é imprescindível tratar sobre sucessão legítima, que decorre da norma jurídica, obedecendo à ordem de vocação hereditária. Nesse sentido, enuncia o artigo 1.591, do Código Civil: “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.”; assim, acima, trata-se de ascendente e, abaixo, descendente, variando os graus de parentesco conforme as gerações.

A contagem dos graus referentes ao parentesco por afinidade ocorrerá do mesmo modo, considerando o parentesco por equiparação. Logo, haverá parentesco por afinidade em relação aos ascendentes, estendendo-se até o segundo grau na linha colateral. Assim, discursa Flávio Tartuce:

De todo modo, adiantamos que, com a citada decisão do Supremo Tribunal Federal que, em repercussão geral, equiparou a parentalidade socioafetiva à biológica, a tendência é atribuir amplos direitos sucessórios entre padrastos, madrastas e enteados (Recurso Extraordinário 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no informativo n. 840 do STF).¹³

A afirmação do direito à multiparentalidade ganhou força jurídica e, por óbvio, seguirá este mesmo ordenamento jurídico.

3. O direito à sucessão dos ascendentes em caso de multiparentalidade

Considerando que o ser humano está ligado por laços genéticos, afetivos e ontológicos, o novo fenômeno jurídico, o reconhecimento da multiparentalidade, surge com o objetivo de se alinhar à realidade social, que se encontra em constante mutação, quebrando o paradigma da biparentalidade. Sobre o tema, Belmiro Welter preleciona:

Entendo que, quando se cuida de ação de estado, de direito da personalidade, indisponível, imprescritível, intangível, fundamental à existência humana, como é o reconhecimento das paternidades genética e socioafetiva, não se deve buscar

p. 145.

¹³ Ibid., p. 152.

compreender o ser humano com base no direito registral, que prevê a existência de um pai e uma mãe, e sim na realidade da vida de quem tem, por exemplo, quatro pais (dois genéticos e dois afetivos), atendendo sempre aos princípios fundamentais da cidadania, da afetividade, da convivência em família genética e afetiva e da dignidade humana, que estão compreendidos na condição humana tridimensional.¹⁴

Desvinculada a função parental da ascendência biológica, a sociedade brasileira tem mostrado que o papel de desenvolvimento dos filhos pode ser exercido por mais de uma figura materna ou paterna, de modo a ser possível se pensar nas relações de multiparentalidade nos mais variados tipos de núcleos familiares. São notórios o desenvolvimento e o reconhecimento ao longo das últimas décadas, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO AGRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. APELO PROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA). (Apelação Cível, Nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em: 07-05-2009). Assunto: Direito de Família. Investigação de Paternidade. Filiação biológica. Declaração. Filiação socioafetiva. Pai registral. Manutenção.

O presente caso trata-se de uma ação de investigação de paternidade, com julgamento no ano de 2009, em que o menor, representado por sua genitora,

¹⁴ WELTER, Belmiro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 123.

requer a declaração da filiação biológica, mantendo-se a socioafetiva, já consolidada. O Ministério Público apelou, e o apelo foi provido. Nessa situação, o magistrado entendeu pela não alteração no registro do menor, mantendo-se o nome de apenas um pai, o socioafetivo, em decorrência do tempo de convivência com o requerente.

Por sua vez, no ano de 2012, em ação declaratória de maternidade socioafetiva cumulado com pedido de retificação de assento de nascimento, em que os coautores são filho e madrasta, o desembargador reconheceu o pleito. Nesse caso, os requerentes apelaram da sentença, já que a decisão de 1.º grau não lhes foi favorável; assim, em segunda instância, o desembargador deu provimento para constar no registro de nascimento do filho, concomitantemente com o assento da maternidade biológica, o nome da mãe socioafetiva.

Inúmeros são os precedentes que reconhecem a multiparentalidade, havendo a retificação do registro civil dos filhos socioafetivos. A questão é de suma importância e chegou ao Supremo Tribunal Federal que, por seu turno, julgando o Recurso Extraordinário 898.060/SC, no ano de 2016, decidiu pelo acolhimento da multiparentalidade, já que a existência de uma paternidade socioafetiva não deve prejudicar o filho de buscar ou ter relação com sua paternidade biológica e, assim, ser sujeito passivo de todos os direitos e obrigações decorrentes dessa ligação. Vejamos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: (...) PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. (...) 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante

baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

Luiz Fux¹⁵, em seu voto, fundamentou:

Transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente... A partir da Carta de 1988, exige-se uma inversão de finalidades no campo civilístico: o regramento legal passa a ter de se adequar às peculiaridades e demandas dos variados relacionamentos interpessoais, em vez de impor uma moldura estática baseada no casamento entre homem e mulher. (grifo nosso).

Com pauta no entendimento vencedor, o Supremo Tribunal Federal firmou tese no tema 622, no que concerne à prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, no seguinte sentido: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Ou seja, duas filiações produzem todos os efeitos jurídicos decorrentes de uma paternidade ordinária. O vínculo socioafetivo equivale ao biológico e consolida-se a possibilidade de multiparentalidade.

3.1 Lacuna legal

Os modelos de famílias evoluíram em velocidade extraordinária. Logo, não obstante o Código Civil Brasileiro de 2002 ter trazido inovação e atualização nos mais diversos temas, não previu as famílias multiparentais. Abriu-se então um precedente de que os Tribunais Estaduais e também o Superior Tribunal de Justiça vêm decidindo sobre tais contendas, tanto em relação ao Direito das Famílias, quanto ao reconhecimento de filiação e quanto ao Direito das Sucessões. Nas palavras de Christiano Cassetari:

A expressão “o pai e a mãe” deverá ser interpretada, novamente, como todos, ou seja, se a menor tiver quatro genitores no seu assento de nascimento, todos eles

¹⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 898.060*. 2019.

serão usufrutuários e administradores dos bens.

Desse forma, os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e seus bens, ou seja, no caso da multiparentalidade, a expressão “os pais” deve ser entendida como todos os que estiverem presentes no assento do nascimento...¹⁶ (grifo nosso)

Logo, questiona-se: o que ocorre, caso o filho venha a falecer antes dos pais, sem que tenha deixado descendentes? Como serão divididos entre esses, os quinhões hereditários? Ainda restam dúvidas para tais questionamentos e não temos decisões judiciais para a hipótese. Nesse seguimento, estabelece o artigo 1.836, § 2.º, do Código Civil:

Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 2.º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Entretanto, o artigo 1.837, do Código Civil¹⁷, determina: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.” A despeito de todas essas previsões legais e levando em consideração essa lacuna no ordenamento jurídico pátrio, os pais multiparentais, na situação de sucessão de seu filho, teriam direitos aos bens em partes diferentes, havendo desvantagem com o cônjuge ou convivente sobrevivente.

É notório que ainda há carência de atualização de nossa legislação no que concerne aos novos modelos de famílias, e, embora recentemente definidos os termos socioafetividade e multiparentalidade, já é recorrente a existência de ambos na sociedade brasileira. Filhos não são os apenas havidos dentro do casamento, e isso já foi cautelosamente tratado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227.

A questão da sucessão dos descendentes provenientes de multiparentalidade, ao que tudo indica, acarretará menos discussões, visto que as chances de haver injustiça com os herdeiros, são bem menores. O assunto já é tratado pelo nosso ordenamento jurídico, levando em consideração a própria legislação, decisões que vêm sendo proferidas pelos tribunais e correntes doutrinárias, que utilizam o

¹⁶ CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

disposto no Código Civil, por analogia.

A partir do momento que um filho é reconhecido, este passa a ter os mesmos direitos que os outros filhos têm, inclusive os sucessórios. Nessa ótica, o Código Civil garante esta igualdade, conforme artigo 1.835: “Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.”; todavia, quando tratamos sobre os direitos de pais em casos de multiparentalidade, em hipótese de sucessão de seus filhos, principalmente na concorrência com o cônjuge ou convivente sobrevivente, fala-se em concorrência em partes iguais. É impossível a mesma divisão estabelecida pelo Código Civil, como supramencionado, quando o assunto são pais multiparentais. Assim, seria o modo justo a divisão por cabeça ou por linha?

Em hipótese de existência de mais de um vínculo materno ou paterno, à linha materna, contando que tenha uma mãe, caberá a metade integral da quota estabelecida, enquanto aos dois pais, metade da quota cabível aos ascendentes, na proporção de metade para cada um, logo, um quarto (1/4) da herança do *de cuius*. Em concorrência com o cônjuge ou convivente sobrevivente, considerando que este teria direito a 1/3, essa quota seria reduzida, à linha materna, para 1/3, enquanto os pais teriam direito a 1/6 da herança.

O legislador estabelece que a divisão da herança entre os ascendentes será feita por linhas materna e paterna, para se alcançar a igualdade na sucessão; ao se deparar com a hipótese em tela, porém, a divisão atingiria a igualdade, se feita de acordo com o número efetivo de beneficiados. Nesse contexto, preleciona Flávio Tartuce:

O tema deve ser debatido profundamente nos próximos anos. Todavia, aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, este autor entende que a herança deve ser dividida de forma igualitária entre todos os ascendentes, sejam biológicos ou socioafetivos...

Outros problemas práticos podem surgir quanto à multiparentalidade, eis que é preciso saber qual será a quota do cônjuge ou convivente concorrendo com mais de quatro avós do falecido, agora incluindo os socioafetivos e os biológicos. Assim, por exemplo, o cônjuge ou convivente pode concorrer com cinco, seis, sete, oito ou mais avós do *de cuius*.¹⁸

Conclui-se que, para sanar qualquer dúvida, dar segurança jurídica e

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das sucessões. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 218-219.

escapar de possíveis injustiças em razão da aplicação da norma infraconstitucional, é necessário que haja alteração no disposto legal, para que abranja todas as famílias e eventuais necessidades de utilização do Direito sucessório em que serão chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Considerações finais

A sociedade e as famílias passaram por inúmeras e profundas alterações ao longo das últimas décadas, e, conseqüentemente, este ramo do Direito sentiu necessidade de evolução, visto que pouco se discutia acerca do reconhecimento de outras formas de conjugabilidade ao lado da família legítima ou sobre a paridade de direito entre filhos de qualquer origem, muito menos sobre a sucessão legítima dos ascendentes.

Vimos que a horizontalização das normas que protegem as pessoas tem necessidade de ser aplicada entre os particulares e que os antigos princípios de Direito de Família foram exterminados, surgindo outros, de acordo com uma proposta de constitucionalização.

Com respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade entre os filhos, da igualdade entre cônjuges e companheiros, igualdade na chefia familiar, função social da família e da afetividade, adentramos no ramo do Direito das Sucessões, analisando o direito à herança, com ênfase no direito de igualdade entre os filhos, cônjuges e companheiros, relacionados ao direito à propriedade e sua função social.

Restou evidente a existência de um interesse social na preservação desse direito; desse modo tratamos sobre sucessão legítima e parentesco, concluindo que a contagem dos graus referentes ao parentesco por afinidade ocorrerá conforme estabelecido no Código Civil, considerando o parentesco por equiparação, havendo, assim, parentesco por afinidade em relação aos ascendentes, estendendo-se até o segundo grau na linha colateral.

Por fim, adentramos no direito à sucessão dos ascendentes em caso de multiparentalidade, tratando sobre o reconhecimento de mais de um vínculo paterno ou materno simultaneamente, como um grande fenômeno jurídico, em que foi desvinculada a função parental da ascendência biológica, por meio do julgamento de Recurso Extraordinário pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista que, com a constante evolução da sociedade, vem a necessidade de amparo jurisdicional para a resolução de possíveis conflitos, estudamos a lacuna legal existente quanto à sucessão dos ascendentes em caso de

multiparentalidade, questionando como se daria a sucessão, caso o filho venha a falecer antes dos pais, sem que tenha deixado descendentes.

Embora haja determinações quanta à partilha da herança no Código Civil, ainda restam dúvidas sobre como proceder, por conta, justamente, da carência de atualização de nossa legislação no que concerne aos novos modelos de famílias.

Logo, para sanar tais dúvidas, se desvencilhar de injustiças e inseguranças jurídicas, é necessário que haja alteração em nosso ordenamento jurídico, abrangendo todos os modelos de famílias já constantes em nossa sociedade, com ênfase no Direito sucessório, em que serão chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 27 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 12 Jan. 2009. Disponível em <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2471-amor-nao-tem-idade>. Acesso em: 25 maio 2019.

_____. **Manual de direito das famílias**. [livro eletrônico] 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 05.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 7. ed. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 06.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da Solidariedade Familiar**. 2013. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>. Acesso em: 23 maio 2019.

MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. **Revista Brasileira de direito de família**, n. 23. Porto Alegre: Síntese, abr./maio, 2004.

REALE, Miguel. **Função Social da Família**. 2003. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

RIBEIRO, GL et al. Repercussões práticas das novas famílias na pós-modernidade. Direito e Sociedade. **Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares**. Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito. Catanduva: Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito, 2006, v. 13.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060**. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/56375271/processo-n-898060-do-stf>. Acesso em: 27 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, v. 6.

_____. **Direito Civil**. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, v. 5.

WELTER, Belmiro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009.

A SOCIEDADE TECNOLÓGICA REDUZ DIREITOS SOCIAIS?

DOES THE TECHNOLOGICAL SOCIETY REDUCE SOCIAL RIGHTS?

Área: Direito do Trabalho e Previdenciário. Tecnologia.

Paulo Cesar Baria de Castilho¹

RESUMO: As alterações sociais provocadas pela revolução tecnológica disruptiva fazem-se presentes no cotidiano das pessoas. Novos produtos implicam novos mercados os quais, por sua vez, modificam estruturas consolidadas, como a forma de trabalhar no estilo fordista, em que havia um centro comum de produção: a sede da empresa e sua fábrica. O trabalho remunerado continua sendo o centro propulsor da economia, pois é a fórmula mais barata encontrada pelo capitalismo para distribuir renda, necessária para fomentar o consumo em massa. Depois de resolver grande parte da produção, transferindo o trabalho para as máquinas, resta agora ao capitalismo tecnológico encontrar consumidores que, juntamente aos trabalhadores, necessitam de proteção contra o poder econômico, especialmente pela implementação de políticas públicas consistentes. Nesse sentido, o presente estudo, por meio da pesquisa doutrinária e sociológica, analisa os efeitos das inovações tecnológicas nos direitos sociais, concluindo, ao final, que houve redução de garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos, especialmente no âmbito trabalhista e na previdência social.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade. Tecnologia. Redução direitos sociais.

ABSTRACT: The social changes caused by the disruptive technological revolution are present in people's everyday life. New products imply in new

¹ Palestra proferida na Universidade de Salamanca, Espanha, por ocasião do Congresso de Direito do Trabalho e Previdenciário Comparado – Brasil x Espanha, promovido pelo Instituto dos Advogados Previdenciários – IAPE.

Advogado. Mestre em Direito Tributário e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social – ABDSS, ocupa a Cadeira n. 05.

markets that, in turn, alter established structures such as the way of working in the Fordism style, in which there was a common center of production: the company headquarters and its factory. The paid work remains the driving force of the economy, as it is the cheapest formula found by the capitalism to distribute income, which is necessary to encourage the mass consumption. After solving a large part of production, transferring the work to the machines, the technological capitalism now has to find consumers who, together with workers, need protection against the economic power, especially by implementing consistent public policies. Therefore, the present paper analyses the effects of the technological innovations on the social rights, trying to check if there has been a reduction in constitutionally ensured guarantees to the citizens, especially in the field of labor and social security.

KEYWORDS: Society. Technology. Social rights reduction.

SUMÁRIO: Introdução: percepção do problema 1. Sociedade tecnológica 1.1 A indústria 4.0 e a robotização 1.2 Redução dos empregos formais 1.3 O empreendedorismo ficcional 1.4 A relação líquida de trabalho e seus efeitos sociais 2. Dos direitos sociais constitucionalizados 3. Da razão de ser do sistema de seguridade social 4. Das medidas protetivas: políticas públicas consistentes. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução: percepção do problema

O homem é um ser social. Essa afirmação, contida no início de um trabalho jurídico, seria totalmente despienda, se não fosse a perplexidade já externada pelo dramaturgo alemão Bertolt Brecht: “Que tempos são estes, em que temos que defender o óbvio?”

Dada a forma com que foi idealizado o mundo capitalista, são necessários a produção e o consumo. A produção depende dos investimentos do capital, que escolhe a melhor opção, com o menor risco. Quanto ao consumo, não tem jeito: a mola propulsora da economia globalizada ainda está atrelada ao pagamento de salários. Apenas os mais abastados financeiramente, ainda que queiram, não conseguiriam consumir tudo o que é produzido e necessário, para fazer a roda da economia continuar girando.

Isso não é novo. Foi observado por Adam Smith há mais de 200 anos,

ratificando que é necessário o reinvestimento do lucro por meio da contratação de mais empregados.² O salário, nas mãos dos trabalhadores, gera mais consumo, que continua o mecanismo próprio do sistema econômico vigente.

Na fase atual do capitalismo, agora denominado de financeiro, em que uma das suas vertentes é o capitalismo tecnológico³, a produção de bens está cada vez mais automatizada e dispensando o trabalho humano, especialmente aquele considerado repetitivo. Em um primeiro momento, isso pode causar desemprego e a consequente falta de renda das famílias. Corre-se o risco de se fazer a máquina parar ou andar mais devagar, gerando recessão.

Com a introdução das novas tecnologias, resolve-se grande parte do problema da produção, mas não a questão do consumo. Esse fenômeno também não é novo e já foi observado, no final do século XIX, por Paul Lafargue: “O grande problema da produção capitalista não é mais o de encontrar produtores e decuplicar forças, mas descobrir consumidores, instigar seus apetites e criar-lhes necessidades factícias.”⁴

No mesmo sentido e percebendo-se disso, o capitalismo camaleão⁵ passou a exigir que os Estados investissem em previdência social, pois há a necessidade que o aposentado continue tendo renda para continuar consumindo. Com a bancarrota da maioria dos sistemas de previdência estatais em todo o mundo, a alternativa foi criar a Previdência Privada, pois, assim, ganham-se duas vezes: lançamento de um novo produto no mercado, gerando lucro, e manutenção de uma renda mínima, para o cidadão continuar a consumir.

Essa degradação do sistema previdenciário, causada por vários fatores, leva à judicialização dos temas que envolvem o aviltamento dos direitos sociais⁶; porém o custo para acionar e movimentar a máquina judiciária para resolver esses embates é, certamente, mais caro do que enfrentar o problema por meio de políticas públicas, resolvendo-se o litígio de forma mais rápida e eficaz.

² SMITH, Adam. **A riqueza das nações. Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza as nações.** São Paulo: Madras, 2018. p. 62-79.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** 3. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 154.

⁴ LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça.** Tradução, apresentação e notas Alain François. São Paulo: Edipro, 2016. p. 71.

⁵ CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida.** São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 47.

⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. O problema atual da seguridade social no Brasil. In: MORAIS, Océlio de Jesús C. (Coord.). **Sistemas de seguridade no mundo. A dignidade humana está em primeiro lugar?** São Paulo: LTr, 2019. p. 203.

Assim, se há um problema que atinge uma coletividade, como é o caso da invasão das novas tecnologias, o direito é um dos instrumentos válidos de mudança social, especialmente por meio de políticas públicas.⁷ Nessa esteira de considerações é que se pretende tratar a questão posta: a sociedade tecnológica reduz direitos sociais?

1. Sociedade tecnológica

A tecnologia faz parte do nosso cotidiano há muito tempo e de diversas formas, desde os materiais utilizados como matéria-prima para fabricação de qualquer produto até as máquinas maravilhosas que facilitam nossa vida, como os eletrodomésticos. A rede mundial de computadores introduziu uma nova forma de viver em sociedade, a partir da chamada Revolução 4.0, que teve início na década final do século passado e início do século XXI, baseada na revolução digital, com o impulso da “internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina).”⁸

O sentido que se dá, no presente estudo, à sociedade tecnológica é aquele inserido nesse mundo altamente desenvolvido por meio da telemática e da internet, conectando pessoas, instituições e empresas, fazendo do mundo uma verdadeira aldeia global, em tempo real, transformando realidades antes sedimentadas.

Essas alterações, que não são poucas, são gradualmente introduzidas e, nesse passo, também vão sendo sentidas paulatinamente pelas pessoas. Algumas percebem as mudanças de forma mais rápida e intensa do que outras, pois cada indivíduo tem sua própria percepção dos fatos à sua volta. “A mudança é, portanto, necessariamente relativa. [...] O futuro, no entanto, invade o presente em velocidades diversas.”⁹

Nesse processo de transformação, muitos empregos serão perdidos, e os trabalhadores serão substituídos pelas máquinas, especialmente nas atividades

⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. Interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 85.

⁸ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16.

⁹ TOFFLER, Alvin F. **O choque do futuro**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1970. p. 30.

físicas e repetitivas¹⁰; por outro lado, vários empregos serão criados, seja para se inventarem e se produzirem essas máquinas, seja para se fazer sua manutenção.

Na década de 1930, John Maynard Keynes profetizava que a mecanização provocaria desemprego maior do que as novas tecnológicas poderiam ofertar. Provou-se, com o tempo, que ele estava errado¹¹, e o mundo viveu o apogeu do capitalismo na chamada Era de Ouro, mesmo com “um significativo progresso tecnológico e um forte crescimento da produtividade.”¹²

Contudo, o que preocupa atualmente é a velocidade com que essas transformações estão ocorrendo. A efervescência de ideias e negócios gerados com as novas tecnologias está mudando de forma drástica a vida das pessoas e das empresas em todo o globo terrestre.

O assunto também já foi observado por Joseph A. Schumpeter, na década de 1940, ao estudar a maneira como a introdução das novas tecnologias altera o mundo dos negócios. “Esse processo de destruição criativa é o fato essencial do capitalismo.”¹³ Mais uma vez, vê-se que o tema não é novo, mas apenas troca de roupa a cada estação. A humanidade é assim: progride; entretanto, de tempos em tempos, retorna aos mesmos temas, cometendo ou não os mesmos erros. E é isso que faz a diferença para os *sapiens*. “Estudamos história não para conhecer o futuro, e sim para ampliar nossos horizontes,”¹⁴ evitando-se cometer os mesmos erros, enfrentando as novas ou as velhas dificuldades com o acúmulo de experiências passadas. Isso significa evoluir enquanto seres humanos.

O avanço da tecnologia não tem compromissos sociais. Isso também já foi percebido e denunciado pela literatura, desde o surgimento do Romantismo, que iniciou as preocupações dos intelectuais com a política e o cotidiano. “O Realismo vai exacerbar a crítica social ao denunciar as consequências nefastas do desordenado avanço tecnológico sem os benefícios sociais do progresso

¹⁰ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**. Uma breve história do amanhã. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 322.

¹¹ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 41.

¹² FORD, Martin. **Os robôs e o futuro do emprego**. Tradução de Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: 2019. p. 80.

¹³ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora Unesp, 2017. p. 120.

¹⁴ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens** – uma breve história da humanidade. Tradução de Janaina Marcoantonio. 19. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017. p. 250.

industrial.”¹⁵

Se não há essa preocupação social por parte daqueles aqueles que semeiam ideias e processos tecnológicos, baseados que estão em uma economia de mercado total, o direito deve-se posicionar para estabelecer controles de freios e contrapesos, procurando estabelecer medidas de compensação por meio de políticas públicas, sempre em defesa do interesse social.¹⁶

1.1 A indústria 4.0 e a robotização

A chamada 4ª Revolução Industrial trouxe consigo o conceito de indústria 4.0¹⁷, ou seja, aquela cujo processo produtivo está conectado e é interdependente das inovações tecnológicas, as quais se fazem presentes e até indispensáveis para esse tipo de negócio. É o caso, por exemplo, das empresas que atuam por meio de plataforma digitais, que dependem de forma acentuada dessa tecnologia. “A Quarta Revolução aborda muitos temas. Trata do aproveitamento do poder da tecnologia para oferecer melhores serviços. [...] Trata do descarte de práticas trabalhistas ultrapassadas.”¹⁸

A atividade empresarial está cada vez mais automatizada em todo o mundo, embora o Brasil ainda esteja patinando nesse quesito. Na média global, há 74 robôs para cada 10 mil empregados. Na Correia do Sul, são 631, enquanto nos Estados Unidos são ainda 139. No Brasil, há apenas 10 robôs para cada 10 mil humanos trabalhando. Se esse índice é baixo e ainda inexpressivo, não é porque há consciência dos efeitos sociais da automação, mas sim porque “enquanto for economicamente viável empregar pessoas para fazer determinada atividade, é o que vai acontecer. Só vale a pena a substituição se ela significar redução dos custos”, segundo o economista e professor do Insper Sergio Firpo.¹⁹

¹⁵ FARIA, Gentil de. **Estudos de literatura comparada**. Curitiba: Appris, 2019. p. 270.

¹⁶ REESE, Jürgen *et al.* **El impacto social de las modernas tecnologías de informacion**. Madrid: Fundesco/Tecnos, 1982. p. 66.

¹⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15-16.

¹⁸ MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. **A quarta revolução**. A corrida global para reinventar o Estado. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015. p. 256.

¹⁹ SOPRANA, Paula; VARGAS, Ivan Martínez-Vargas. Pesquisas buscam levar o controle da indústria 4.0 para celular e tablet. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Mercado, página A16, 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/12/pesquisas-buscam-levar-o-controle-da-industria-40-para-celular-e-tablet.shtml>. Acesso em: dez. 2019.

Aliado a isso, a economia brasileira ainda é fechada para proteger a indústria nacional, impondo custos tributários e alfandegários, que desestimulam a importação de bens de capital, e isso também deve retardar esse processo; portanto, se essa realidade tecnológica ainda não causa efeitos diretos no desemprego no Brasil, não é em razão da preocupação social das empresas, mas de pura questão econômica: no capitalismo, o custo mais barato sempre vence.

Não há o que comemorar nesse quesito, pois a tendência é que, com o passar do tempo, a tecnologia se torne mais barata e acessível; nesse caso, será quase impossível deter essa substituição de mão de obra. E é isso que deve ser levado em conta nesse momento. Como se preparar para isso?

1.2 Redução dos empregos formais

Muito se tem discutido se a introdução das novas tecnologias por parte das empresas irá aumentar o desemprego. É de se dizer que, no Brasil, o desemprego já é alto. A questão que deve ser posta é outra, embora análoga: a robotização não irá “criar” desemprego, porque ele já existe e é elevado, mas apenas se esse processo irá “aumentar” os índices alarmantes que já existem e que, atualmente, giram em torno de 11,2% da população economicamente ativa, em novembro de 2019, segundo dados do IBGE.²⁰ E isso sem contar aqueles que já desistiram de procurar emprego, pois os desalentados somam mais de 4,3 milhões de pessoas.²¹

“O desemprego é uma das mais impactantes e antissociais disfunções do sistema econômico capitalista,”²² seja porque diminui a autoestima do trabalhador que não consegue sustentar sua família (impacto social), seja porque diminui a circulação da moeda em razão da ausência de pagamento de salários aos desempregados (impacto econômico). Esses são ingredientes propícios para acender a luz vermelha no sistema capitalista, dependente que é do consumo.

²⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Taxa de desocupação no trimestre. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=taxa+de+desemprego>. Acesso em: 13 jan. 2020.

²¹ LIMA, Alana *et al.* O desalento das pessoas que desistiram de procurar trabalho. **Agência IBGE Notícias**, Revista retratos, 1 de junho de 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21318-o-desalento-das-pessoas-que-desistiram-de-procurar-trabalho>. Acesso em: 13 jan. 2020.

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 153.

1.3 O empreendedorismo ficcional

Como consequência da redução gradual de ofertas de trabalho, o desemprego gera a necessidade de agir para sobreviver, e, nesse caso, o trabalhador é levado a “empreender”. Não porque tenha aptidão, vontade e competência para tanto, mas por pura necessidade de subsistência.

O Direito é um mito, e o sistema jurídico só funciona porque todos os operadores do Direito acreditam nele. “Dois advogados que nunca se conheceram podem unir esforços para defender um completo estranho porque acreditam na existência de leis, justiça e direitos humanos.²³ E, para realizar seu intento, “o direito cria suas próprias realidades.”²⁴ Na verdade, cria suas próprias ficções. Nesse ponto, nenhuma novidade.

Não menos verdade é que a linguagem ajuda a propagar ideias e teorias que não resistem à menor comprovação fática. Aliás, “uma mentira dita uma vez continua uma mentira, mas uma mentira dita mil vezes torna-se verdade”,²⁵ como teria dito Joseph Goebbels, maestro da propaganda nazista do Führer.²⁶

Esse **Admirável mundo novo**, chamado de “empreendedorismo” e vendido à sociedade pós-moderna sob o codinome de *Gig Economy*, ainda está carregado de velhos vícios. A chamada Economia Colaborativa, Compartilhada, por Demanda, *Crowdwork*, etc., tem um apelo muito forte junto à população, pois oferece produtos e serviços a preços acessíveis e está entranhada em vários setores da vida humana.

Aquilo tudo que é feito com boa-fé e, visando ao melhor da vida em sociedade, é muito bem-vindo. Aliás, esse é o desejo do Estado, que todos tenham uma melhor qualidade de vida, com o menor dispêndio de energia e recursos possíveis; contudo, essas boas ideias, na prática, concretizam-se muito pouco. Raros são os casos de verdadeiro empreendedorismo pessoal, que obtém sucesso desejável, como negócio viável, do ponto de vista econômico, que deva adequar-se às regras de convivência em sociedade.

O modelo de negócio da empresa Uber com o transporte de pessoas não

²³ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens* – uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio, 19. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017. p. 36.

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **IPI** – comentários sobre as regras de interpretação da tabela NBM/SH – TIPI/TAB. RDDT, n. 12, p. 45.

²⁵ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 294.

²⁶ *Ibid.*, p. 422.

é viável se fossem respeitados os direitos trabalhistas e tributários hoje vigentes em nosso direito positivo. Daí todo o *lobby* do capitalismo tecnológico para tentar reformular essas leis protetivas, não em favor da coletividade, mas do interesse privado. Como alerta o economista francês Thomas Piketty, “a tecnologia, assim como o mercado, não tem limite ou moral. [...] Se desejarmos, de fato, fundar uma ordem social mais justa e racional, baseada na utilidade comum, não basta contar com os caprichos da tecnologia.”²⁷

Dissemina-se a ideia de que, neste mundo pós-moderno, líquido, todos devem ser padrões de si mesmo. Esse é o mantra que se repete à exaustão, especialmente pela utilização da comunicação de massa, direcionada pelo **jornalismo de mercado**²⁸, em que a ordem é fazer afirmações e emitir frases de efeito que revelam o “lugar comum” e evitam maiores digressões intelectuais sobre o assunto. Não há debate com a sociedade se esses mecanismos alternativos realmente trazem benefícios a todos ou apenas a uma parte da sociedade, especialmente aos donos dos aplicativos.

O certo é que nem todos, que se aventuram nessa seara, obtêm êxito. Empreender é difícil, e, ao contrário do que se prega, não basta uma boa ideia na cabeça e um *Smartphone* na mão. É necessário estudo, cultura e conhecimento, algo que falta nos países subdesenvolvidos. Nem todos conseguem. E a desilusão, a longo prazo, pode ser pior do que a falta de recursos financeiros, pois afeta diretamente a psique, a alma, acabando com a autoestima individual e coletiva.

Ante o desemprego alarmante, a massa de trabalhadores é “empurrada” para prestação de serviços por meio de plataformas digitais, como forma de garantir sua subsistência, aceitando trabalhos executados de forma precária e extenuante. Surge daí a criação **da nova classe perigosa**, chamada de “**precariados**”, que “poderia ser descrito como um neologismo que combina o adjetivo “precário” e o substantivo relacionado “proletariado”.²⁹ Em outras palavras: trata-se de um operário tecnológico que trabalha em condições precárias, sem proteção de leis trabalhistas e previdenciárias. É um misto de inovação com substituição precária dos antigos operários fordistas. Eis aqui os velhos vícios. Não é esse o modelo

²⁷ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 229.

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 79.

²⁹ STANDING, Guy. **O precariado**. A nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. p. 23.

ideal de sociedade que tem entre seus objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, exatamente como preconizado no art. 3.º da Constituição da República de 1.988.

Essas mudanças ditadas pelo mundo tecnológico, por consequência, alteram as condições econômicas, remodelando o mercado de trabalho, que passa a utilizar a mão de obra como produto de massa para atender as necessidades específicas de cada setor, em razão da demanda. Novos modelos de negócio geram necessidade de novas formas de trabalho e, infelizmente, via de regra, são precarizadas.

Essas condições de trabalho adversas, por sua vez, causam estresse nessa população que não recebe salário fixo, uma vez que ganham por produtividade. Para garantir uma renda mínima ao final do mês, esses trabalhadores têm que dedicar muitas horas por dia para garantir sua subsistência e de sua família. Evidente que esse formato de atividade profissional, surgido com a inovação tecnológica disruptiva, causa efeitos sociais nefastos.

Reportagem publicada por meio de revista eletrônica dá notícias de um casal que alugou um carro para trabalhar com transporte de pessoas por meio aplicativo. Durante o dia, a esposa utiliza o veículo para o trabalho e, à noite, é a vez do marido. Trabalham praticamente todos os dias da semana, 24 horas por dia. Encontram-se apenas na troca de turno, na garagem de casa.³⁰ A que hora do dia ou da noite irão se encontrar? Este casal de trabalhadores do mundo moderno e tecnológico representa os protagonistas do filme “O feitiço de Àquila”?³¹ É a ficção invadindo o direito? Quando irão se amar? E os filhos? Quem cuidará deles? Que vida é essa? O escritor e poeta Ferreira Gullar estava certo: “A arte existe porque a vida não basta.”³² Há mais coisas a serem explicadas...

Claro que, como demonstra a reportagem, muitos desses trabalhadores por meio de aplicativos agradecem o “privilegio da servidão”,³³ pois sem esse

³⁰ MACHADO, Leandro. **Só nos vemos na garagem**: as famílias que dividem o carro para trabalhar 24 h por dia em apps de transporte. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/bbc/2019/11/25/so-nos-vemos-na-garagem-as-familias-que-dividem-o-carro-para-trabalhar-24h-por-dia-em-apps-de-transporte.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³¹ WIKIPEDIA. Ladyhawke (O feitiço de Àquila). Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ladyhawke>. Acesso em: 18 jan. 2020.

³² TRIGO, Luciano. **A arte existe porque a vida não basta**. Disponível em: <http://g1.globo.com/pop-arte/flip/noticia/2010/08/arte-existe-porque-vida-nao-basta-diz-ferreira-gullar.html>. Acesso em: 18 jan. 2020.

³³ ANTUNES, Ricardo. **O privilegio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 306.

“bico” não teriam como sobreviver. Migalhas que caem da mesa. É esse o modelo de trabalho que buscamos na sociedade civilizada do século XXI? “Que país é esse que ninguém respeita a constituição, mas todos acreditam no futuro da nação?”³⁴

Na contramão dessa realidade, a primeira-ministra da Finlândia, eleita em dezembro de 2019, defendeu proposta para se reduzir a carga horária dos trabalhadores para seis horas diárias, durante 04 dias da semana. No mesmo sentido, a empresa Microsoft, gigante americana da área de tecnologia, introduziu, em sua filial do Japão, o fim de semana de 03 dias, possibilitando que seus empregados pudessem desfrutar mais tempo com a família, cujo resultado mostrou que a produtividade aumentou em 39,9%.³⁵ Essa é a prova de que o liberalismo não é uma lei da natureza, imutável, inexorável e invencível. É a sociedade que opta pelo modelo de Estado que quer ver implantado, inclusive decidindo sobre jornada e condições de trabalho.

1.4 A relação líquida de trabalho e seus efeitos sociais

Vivemos uma época de modernidade líquida, em que os conceitos se desmancham no ar com grande facilidade. Substituímos tudo aquilo que era hígido, fixo, pesado, por uma sociedade que tudo transforma, a todo instante. Estamos em estado avançado de desintegração. E um dos motivos é o desenvolvimento tecnológico experimentado atualmente pela humanidade.

Como advertia Zygmunt Bauman, aquela solidez duradora e necessária para tornar o mundo mais previsível e administrável³⁶, como sempre exigiu o capitalismo³⁷, está-se esvaindo.

O mundo do trabalho contemporâneo sofre essas influências de forma direta, tornando também as relações interpessoais líquidas, instáveis, marcadas

³⁴ RUSSO, Renato. Que país é esse (1978). In: LEGIÃO URBANA. Álbum Que País é Esse. Brasília: EMI-Odeon Brasil, 1987. Disponível em: <http://renatorusso.com.br/album/que-pais-e-este/>. Acesso em: 14 jan. 2020

³⁵ REIS, Rodolfo Alexandre. **Nova primeira ministra finlandesa defendeu semana de trabalho mais curta, mas medida não vai avançar**. Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/trabalhar-quatro-dias-por-semana-seis-horas-diarias-nova-ministra-finlandesa-quer-avancar-com-medida-532086>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 10.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. Interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 121.

pelo descompromisso entre patrões e empregados e da irresponsabilidade social³⁸, próprias da pós-modernidade. Como marca dessa nova roupagem das relações de trabalho, surgem processos produtivos como a terceirização, quarteirização, empreendedorismo pessoal e outras formas modernas que, aos poucos, estão mudando também as relações sociais.

Esse novo modelo de negócio, que se utiliza da inovação tecnológica como diferencial, rompe com a estrutura física pesada do trabalho fordista, realizado essencialmente dentro das fábricas, no encontro e cooperação de trabalhadores, que se viam diariamente e se relacionavam, durante oito horas por dia, para executarem suas atividades profissionais.

A fábrica, nesse modelo fordista que ainda é a realidade da maioria das empresas no Brasil, é o ponto de encontro de pessoas, que se relacionam, trocam experiências pessoais, discutem futebol e vivem grande parte de sua vida juntos. “A empresa é um lugar de paixões, amores, ligações, atrações.” Em sua “dimensão erótica”³⁹, a fábrica, além de produtos manufaturados, sempre produziu relacionamentos amorosos, casamentos, filhos e vida social intensa, até porque passam um terço do dia juntos. Time de futebol da empresa, festa de confraternização no final ano, excursão de férias subsidiadas pelo Sindicato e outras atividades sociais sempre foram motivos para a interação social.

No mundo tecnológico, o trabalho é executado a distância, por meio de plataformas digitais, em home office e outras espécies. Não há mais o contato pessoal, cara a cara, entre os trabalhadores. Não há chefe exercendo pressão pessoal e direta. Não há mais esse contato físico. Com o tempo, perde-se o caráter de pertencimento a um grupo que a unidade fordista era capaz de ofertar.

Nesse contexto, é evidente que as inovações tecnológicas introduzirão alterações significativas na forma de se trabalhar, as quais irão impactar a vida social dessas pessoas, para o bem ou para o mal.

2. Dos direitos sociais constitucionalizados

Como é cediço, os direitos sociais no Brasil foram albergados e positivados pela Carta Magna, no seu Capítulo II. E isso faz uma grande diferença

³⁸ CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito do trabalho líquido**: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida. São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 54.

³⁹ MASI, Domenico de. **O ócio criativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 219.

no momento de seu estudo e aplicação, vez que uma das funções precípua da norma constitucional, exteriorizada por seus princípios, é exatamente o de orientar a elaboração de normas inferiores, bem como servir de guia para o intérprete.⁴⁰

Diferentemente de outros países, como na Espanha, tais direitos não possuem o *status* constitucional e, portanto, mais suscetíveis de manobras e alterações pelo legislador ordinário. Essa é uma diferença essencial para a análise do nosso direito positivo, especialmente também porque há a determinação expressa na Lei Maior de que são princípios fundamentais da nossa República: o respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso III e IV da CF/88).

E é a própria Constituição de 1988 que relaciona, em seu art. 6º, quais são os direitos sociais que devem ser observados pelo nosso Estado Democrático de Direito: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Embora o rol não seja taxativo, no presente estudo, o foco será o direito ao trabalho digno e à previdência social, como direitos sociais inerentes à pessoa humana. Quando a norma constitucional se refere ao trabalho, evidentemente está fazendo alusão ao trabalho digno, em razão do seu necessário entrelaçamento com o princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho já referidos.

No mesmo sentido, o direito à previdência social deve ser efetivo para garantir ao cidadão o seu bem-estar quando, nos momentos de turbulência em que a vida aflige a cada um, seja em razão de estar temporariamente afastado de suas atividades profissionais (doença, acidente etc.), seja em razão de ter obtido sua aposentadoria.

3. Da razão de ser do sistema de seguridade social

Toda norma nasce com uma finalidade⁴¹. Os sistemas de seguridade social modernos, também. E as razões que levaram os Estados a criar e manter sistemas de seguridade social em todo o mundo “são variadas, mas todas têm em

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 289-290.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. Interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 87.

comum um fundamento de política pública.”⁴² Vale dizer: o que se pretende é assegurar garantias mínimas aos cidadãos em momentos de dificuldades, sejam elas financeiras (causadas pelo desemprego), seja pelo infortúnio (acidentes do trabalho ou não) e pela avançada idade, que retira a força de trabalho do ser humano.

Ademais, como já dito, o próprio sistema capitalista tem interesse no pagamento de algum tipo de renda, benefício ou provento ao trabalhador que está impossibilitado de exercer suas atividades, isso porque essa forma de remuneração é necessária para que o indivíduo continue a consumir, dando vazão a uma das necessidades prementes do funcionamento do sistema.

Daí porque avançar contra o sistema de seguridade social pode ser um “tiro pela culatra”, na medida em que o sistema ajuda a manter o tecido social para o qual foi costurado. Nesse sentido, e sem nenhum espírito de Robin Hood, o mítico herói inglês que roubava da nobreza para dar de comer aos pobres, é melhor distribuir renda por meio do pagamento de benefícios previdenciários, combatendo-se assim a “mãe de todos os males” (concentração de renda), do que usar os recursos públicos obtidos com os tributos recolhidos por toda sociedade para financiar atividades econômicas privadas, impregnadas pelo desejo de corrupção, nosso câncer social.

Não se está aqui generalizando a existência da corrupção em todos os setores da vida pública. Seria uma afirmação injusta. Mas é evidente que a iniciativa privada, há muito tempo, assumiu o poder estatal naquilo que lhe beneficia. É a chamada privatização do Estado, a *Corporat Republic* ou República dos Negócios.⁴³

Há conglomerados econômicos mais poderosos do que muitas nações, e estes ditam as regras do direito positivo, enquanto os Estados aguardam de joelhos os investimentos prometidos pelo capital financeiro, carregados de exigências nem sempre republicanas. Isso leva a uma concorrência insana entre os países interessados, que procuram reduzir as exigências fiscais e os direitos trabalhistas, tudo com o objetivo de atrair recursos externos.⁴⁴

No caso brasileiro, como já visto, não se trata de mera recomendação:

⁴² ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de; SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. As situações jurídicas de proteção social, a judicialização da sua efetivação e o ativismo judicial. In: *Revista Universitas JUS*, Brasília, v. 26, n. 1, jan-jun 2015, p. 51-62.

⁴³ SUPIOT, Alain. *O espírito da Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tshiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 37.

⁴⁴ Ibid., p. 46.

o princípio da solidariedade é uma exigência de nossa constituição, e sua observância é obrigatória pelo legislador infraconstitucional e pelo intérprete aplicador da lei.

O Estado, portanto, deve separar os recursos orçamentários necessários para atingir esse fim, além de implementar políticas públicas que prestem a melhor assistência social possível ao cidadão, ao menos para garantir o **patamar mínimo civilizatório**.

4. Das medidas protetivas: Políticas públicas consistentes

Desde a Revolução Industrial do século XVIII, o grande desafio do Direito do Trabalho foi o de proteger o empregado, em sua luta desigual diante do poder econômico. É isso que sustenta e justifica a ideia de hipossuficiência. Todas as conquistas da classe trabalhadora, inclusive a aprovação de leis, nesse sentido, tiveram como objetivo combater a exploração do trabalho humano.

Com o advento do capitalismo tecnológico, desponta algo pior do que essa exploração: trata-se da irrelevância do homem no processo produtivo.⁴⁵ O ser humano irá, aos poucos, tornar-se descartável para boa parcela da economia baseada na tecnologia.

A preservação de uma forma de trabalho mais digna passa, sem sombra de dúvidas, por políticas públicas que atendam aos anseios sociais quanto à manutenção do tecido social, que foi criado exatamente para sustentar o homem em momentos de instabilidade econômica. Proteger o cidadão trabalhador nesses tempos é a forma de se dar aplicação prática ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

O Estado brasileiro, ao contrário, está caminhando em sentido oposto, atendendo somente aos anseios do capitalismo de mercado, vez que introduziu, no sistema jurídico, a Reforma Trabalhista (lei n. 13.467/97) e a Reforma Previdenciária, por meio da Emenda Constitucional (EC) n. 103/2019, reduzindo garantias sociais e trabalhistas. Houve pouca reforma e muito retrocesso.

Diante do capitalismo tecnológico, restam poucas alternativas à classe trabalhadora, que é a mais prejudicada com essas reformas. Como já dito, as inovações tecnológicas e a robotização dos processos produtivos tornarão o trabalho humano repetitivo totalmente descartável. Atualmente, o consumidor é

⁴⁵ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 15.

o centro das atenções do sistema capitalista⁴⁶; o trabalhador só tem relevância para o capital, quando travestido de consumidor.

Deve-se lembrar, contudo, de que a massa consumidora é composta por trabalhadores. Assim, apenas a união de esforços desses dois lados da moeda (trabalhador-consumidor) é que poderá fazer frente à avalanche reducionista imposta pela pauta legislativa brasileira.

Algo que faz o sistema capitalista repensar sua tática de investimento é a redução nas vendas e a consequente diminuição dos lucros. E se houver união de interesses, nesse sentido, entre os trabalhadores e os consumidores, será possível forçar o capital a rever sua tática contrária aos interesses sociais.

Causas ambientais é um bom exemplo disso, pois empresas foram obrigadas a alterar sua produção, em razão de movimentos ambientalistas, em diversas oportunidades. Observe-se, recentemente, o movimento para tentar ajudar as tartarugas e outros animais marinhos a se livrarem do lixo que invade os oceanos. Com isso, as empresas sentiram-se obrigadas a adotar canudos de papel ou metal para os clientes beberem refrigerantes em bares, restaurantes e redes de fast-food, substituindo aqueles que eram produzidos em plástico.⁴⁷

Os trabalhadores-consumidores deverão unir forças para reivindicar seus direitos e forçar a alteração legislativa, com a criação de reservas sociais àqueles que se encontram à margem do processo produtivo e do mercado de trabalho. Essa deve ser a tônica das políticas públicas de proteção às inovações sociais.

E isso não deve ser visto como “favor legislativo” aos atingidos socialmente, mas como parte de um Estado que tem o dever constitucional de promover o bem comum e a paz social (art. 3.º da CF/88), utilizando-se, inclusive, das redes sociais que se vale o próprio capitalismo tecnológico para difundir seus produtos. Se essas ferramentas ajudarem a atingir objetivos sociais relevantes, o papel da tecnologia saudável também será atingido: promover o bem comum. E isso só se faz com políticas públicas consistente, que ultrapassem desejos do governo de plantão e se tornem política de Estado.

⁴⁶ CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito do trabalho líquido**: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida. São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 28.

⁴⁷ PORTAL G1. Mundo declara guerra ao canudo de plástico, um dos principais vilões do meio ambiente. **Bem Estar**, BBC News, 8 de junho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/bem-estar/noticia/mundo-declara-guerra-ao-canudo-de-plastico-um-dos-principais-viloes-do-meio-ambiente.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2019.

Considerações finais

Respondendo objetivamente à questão formulada no início deste trabalho, a resposta há de ser afirmativa. A sociedade tecnológica reduz direitos sociais.

A 1ª Revolução Industrial provocou diversos impactos sociais, como adaptar o homem ao tempo ou ao horário do interesse de produção das fábricas. E não é diferente com as novas tecnologias, próprias dessa quarta etapa, iniciada no final do século XX. Os hábitos de viver em sociedade estão mudando a cada dia, paulatinamente para alguns e a passos largos para outros.

As consequências das novas tecnologias são quase sempre imprevisíveis, especialmente para o mercado de trabalho. Em uma sociedade complexa, globalizada, os seus efeitos também o serão. Com base na experiência de tempos passados, não se pode afirmar, com a segurança desejada, se haverá diminuição ou aumento de postos de trabalhos; contudo, certo é que haverá precarização das relações laborais, com mais ou menos empregos, inclusive com a redução de direitos trabalhistas.

O que se percebe até aqui é que as demais relações sociais também serão afetadas, como já está acontecendo ao se retirar o trabalhador do centro de produção representado pelos complexos industriais, como foi demonstrado ao longo desse trabalho.

A melhor forma de se preparar para os efeitos negativos do avanço tecnológico é construir políticas públicas sérias e duradouras, independentemente da vontade do Poder Executivo, mas fazendo-as como política de Estado, em defesa de toda sociedade.

Para isso, é necessário envolver a sociedade civil, empresas, organizações civis e governo, discutindo e estabelecendo normas de autorregulação e boas práticas de mercado, que garantam um ambiente social e de trabalho, que atenda de perto o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse é o nosso desafio, enquanto sociedade, diante deste conturbado mundo pós-moderno e globalizado.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de; SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. As situações jurídicas de proteção social, a judicialização da sua efetivação e o ativismo judicial. *In: Revista Universitas JUS*, Brasília, v. 26, n. 1, jan-jun 2015,

p. 51-62.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **IPI – Comentários sobre as regras de interpretação da tabela NBM/SH – TIPI/TAB**. RDDT, n. 12, p. 45.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito do trabalho líquido**: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade líquida. São Paulo: LTr Editora, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

FARIA, Gentil de. **Estudos de literatura comparada**. Curitiba: Appris, 2019.

FORD, Martin. **Os robôs e o futuro do emprego**. Tradução de Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: [s.n.], 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. Interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**. Uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

_____. **Sapiens** – uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio, 19. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017.

_____. **21 lições para o século 21**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Taxa de desocupação no trimestre. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=taxa+de+desemprego>. Acesso em: 13 jan. 2020.

LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. Tradução, apresentação e notas de Alain François. São Paulo: Edipro, 2016.

LIMA, Alana *et al.* O desalento das pessoas que desistiram de procurar trabalho. **Agência IBGE Notícias**, Revista retratos, 1 de junho de 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21318-o-desalento-das-pessoas-que-desistiram-de-procurar-trabalho>. Acesso em: 13 jan. 2020.

MACHADO, Leandro. **Só nos vemos na garagem**: as famílias que dividem o carro para trabalhar 24 h por dia em apps de transporte. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/bbc/2019/11/25/so-nos-vemos-na-garagem-as-familias-que-dividem-o-carro-para-trabalhar-24h-por-dia-em-apps-de-transporte.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

MASI, Domenico de. **O ócio criativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. **A quarta revolução**. A corrida global para reinventar o Estado. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguim, 2015.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 229.

PORTAL G1. Mundo declara guerra ao canudo de plástico, um dos principais vilões do meio ambiente. **Bem Estar**, BBC News, 8 de junho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/mundo-declara-guerra-ao-canudo-de-plastico-um-dos-principais-viloes-do-meio-ambiente.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2019.

REESE, Jürgen *et al.* **El impacto social de las modernas tecnologías de informacion**. Madri: Fundesco/Tecnos, 1982.

REIS, Rodolfo Alexandre. **Nova primeira ministra finlandesa defendeu semana de trabalho mais curta, mas medida não vai avançar**. Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/trabalhar-quatro-dias-por-semana-seis-horas-diarias-nova-ministra-finlandesa-quer-avancar-com-medida-532086>. Acesso em: 14 jan. 2020.

RUSSO, Renato. *Que país é esse (1978)*. In: LEGIÃO URBANA. *Álbum Que País é Esse*. Brasília: EMI-Odeon Brasil, 1987. Disponível em: <http://renatorusso.com.br/album/que-pais-e-este/>. Acesso em: jan. 2020

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza as nações. São Paulo: Madras, 2018.

SOPRANA, Paula; VARGAS, Ivan Martínez-Vargas. Pesquisas buscam levar o controle da indústria 4.0 para celular e tablet. **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno Mercado, página A16, 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/12/pesquisas-buscam-levar-o-controle-da-industria-40-para-celular-e-tablet.shtml>. Acesso em: dez 2019.

STANDING, Guy. **O precariado**. A nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

SUPIOT, Alain. **O espírito da Filadélfia**. A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tshiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TOFFLER, Alvin F. **O choque do futuro**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1970.

TRIGO, Luciano. **A arte existe porque a vida não basta**. Disponível em: <http://g1.globo.com/pop-arte/flip/noticia/2010/08/arte-existe-porque-vida-nao-bastadiz-ferreira-gullar.html>. Acesso em: 18 jan. 2020.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O problema atual da seguridade social no Brasil. *In*: MORAIS, Océlio de Jesús C. (Coord.). **Sistemas de seguridade no mundo**. A dignidade humana está em primeiro lugar? São Paulo: LTr, 2019.

WIKIPEDIA. *Ladyhawke* (O feitiço de Àquila). Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ladyhawke>. Acesso em: 18 jan. 2020.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Seguem abaixo as normas para publicação na Themis Revista Jurídica:

Inédito: É necessário que o artigo seja inédito

Autores/titulação: Serão aceitos artigos produzidos por autores com titulação acadêmica stricto sensu (mestre ou doutores). Caso o interessado não possua tal titulação, poderá produzir o artigo em coautoria com algum destes.

Remessa do artigo para: paulobaria@fadac.com.br

Dúvidas: entre em contato conosco – Paulo Baria: (17) 3216.3472 ou WhatsApp: (17) 9.9739.4019

Regras para elaboração e formatação do artigo:

1. Título e subtítulo (se houver, devem ser separados por dois pontos): em português e inglês
2. Área e subárea do Direito
3. Autor e coautor
4. Qualificação do autor (e coautor) deve conter: nome, titulação acadêmica e profissional e e-mail que será divulgado.
5. Resumo em português e inglês (com 100 a 200 palavras cada), contendo o campo de estudo, o objetivo, o método, os resultados e a conclusão
6. Palavras-chave em português e inglês (5 para cada idioma)
7. Sumário (antes de iniciar o texto)
8. Texto com mínimo de 10 e máximo de 20 páginas
9. Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entrelinhas 1,5
10. Margens esquerda e superior em 3 cm, direita e inferior em 2 cm
11. Sistema de referências ao final do artigo, seguindo o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.
12. Eventuais figuras e tabelas devem ser inseridas no corpo do texto e não ao final
13. Notas devem ser inseridas no rodapé da página onde foi citada, em tamanho 10 e fonte Times New Roman
14. Pequena conclusão (no máximo 300 palavras)
15. Referências bibliográficas utilizadas no artigo
16. Serão aceitos artigos redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão.

17. As regras para publicação estão disponíveis no site da instituição:
www.revistathemis.com.br.

A elaboração do artigo pelo convidado pressupõe exclusiva autoria (ou coautoria) e, com esta remessa, fica já autorizada a publicação do artigo, cujos direitos autorais serão cedidos, neste ato, à Themis Revista Jurídica, de forma não onerosa.

A publicação do artigo fica ainda condicionada à aprovação irreversível do Conselho Editorial da Revista, que decidirá sobre eventuais questões omissas nas regras de publicação, observando-se o art. 23 do Regulamento da Revista.

Paulo Cesar Baria de Castilho
Editor Chefe

Nesta edição:

André Gardesani

Flávia Squinca

Ivânia Cristina Camim Chagas Modesto

João Victor Olmos Aleixo Teixeira

Marcelo Signorini Prado de Almeida

Milton Vasques Thibau de Almeida

Paulo Cesar Baria de Castilho

Thereza Christina Nahas

