

REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7LAWREVIEW

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito
do Centro Universitário 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XVIII	n. 3	set./dez.	2021	163 p.
-----------	----------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacquelline Campelo Jucá CRB 3/677

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.18, n.3 (set./dez. 2021) — Fortaleza: UNI7, 2021 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta

Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro

periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/ | revistajuridica@uni7.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editora-Chefe

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Editor-Adjunto

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Equipe Editorial

Gustavo de Sousa Lopes
Jeremias Reis Comaru
Debora de Oliveira Coutinho
João Vitor Albuquerque Cavalcante de Carvalho
Luciana de Carvalho Tajra

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján
Universidad Autónoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero
Universidad da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.^a Dr.^a Eliane Moreira
UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Luchetti
Universidad de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco
USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.^a Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal
UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.^a Dr.^a Laura Souza Lima e Brito
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.^a Dr.^a Liziane Paixão Silva Oliveira
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.^a Dr.^a María José Bravo Bosch
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.^a Dr.^a Rosângela Lunardelli Cavallazzi
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.^a Dr.^a Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Centro Universitário 7 de Setembro

Campus Água Fria

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

Campus Imperador

Av. do Imperador, 1330 - Centro

Fortaleza - CE – Brasil

Reitor

Ednilton Gomes de Soárez

Vice-Reitor

Ednilo Gomes de Soárez

Pró-Reitor Acadêmico

Prof. Dr. Adelmir de Menezes Jucá

Secretária Geral

Fani Weinschenker de Soárez

Coordenadora do Curso de Direito

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

Posiciona-se atualmente no estrato B1, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2017), e mantém permuta com as principais bibliotecas nacionais e estrangeiras.

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este número é o décimo sexto em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior

Editora-Chefe

Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: revistajuridica@uni7.edu.br.

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.

Sumário

Revista Jurídica da FA7

FA7 Law Review

v. XVIII, n. 3, set./dez. 2021

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

TERCEIRIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ANÁLISE DOS VOTOS DO STF NA ADPF Nº 324 E RE Nº 958.252 EM PROL DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO COMO LIMITES À LIVRE INICIATIVA

Júlian Marcelino Araújo

Rodrigo Goldschmidt 13

Outsourcing of labor relations: Analysis of the votes of the STF in ADPF No. 324 and RE No. 958.252 in favor of the social values of work as limits to free initiative

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A CONDIÇÃO FEMININA: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.675.874 – MS

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Gabriela Wollertt Tesseroli 25

Domestic violence and female condition: an analysis of the judgment of special appeal no. 1,675,874 – MS

O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Talden Farias

Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura 45

Environment as a fundamental right

ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE/COMPANHEIRO CASADO/CONVIVENTE PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS* NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Helena Orselli

Kheila Cristine Rampelotti Silva Evaristo 57

Analysis of legal decisions from the Supreme Justice Court regarding the succession rights of the married/joined partner through the partial communion marital property regimen in succession dispute with the descendants of the deceased in legitimate succession

O DIREITO FRATERNO E A EDUCAÇÃO JURÍDICA: CONTRIBUIÇÕES PARA A RECONTEXTUALIZAÇÃO DE UMA ESTRUTURA CURRICULAR MAIS HUMANIZANTE

Camila Stangherlin

Fabiana Marion Spengler75

Fraternal law and legal education: contributions to the recontextualization of a more humanizing curricular structure

A TECNOLOGIA APLICADA AO SETOR BANCÁRIO COMO INSTRUMENTO DE DIMINUIÇÃO DA VERTICALIZAÇÃO: A DEFESA DA CONCORRÊNCIA ENTRE AS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO

Bruno Bastos de Oliveira

Allan Thiago Barbosa Arakaki87

Technology applied to the banking sector as an instrument to reduce verticalization: the defense of competition between credit card operators

EMPRESA CONTEMPORÂNEA E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: O DEVER DE TUTELA PARA ALÉM DA QUESTÃO NACIONAL E MONETARIZANTE

João Luis Nogueira Matias

Aline Lorena Mourão Moreira107

Empresa contemporânea e meio ambiente do trabalho: o dever de tutela para além da questão nacional e monetarizante

O IMPACTO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO: OS NOVOS VETORES COMO INSTRUMENTOS CATALISADORES DA CONCORRÊNCIA

Sanzio Teixeira de Paula

Álison José Maia Melo123

The impact of technological innovation on the Brazilian payment system: the new vectors as a catalyst instruments for competition

DIFERENTES TENTATIVAS EN LA REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD LGTBIAQ+ EN ESPAÑA

Antonio Villanueva Martínez141

Different attempts in the regulation of the LGTBIAQ+ community in Spain

Diferentes tentativas de regulação da comunidade LGTBIAQ+ na Espanha

ENTRE EL PASADO Y EL PRESENTE: UNA LECTURA HISTÓRICA JURÍDICA FEMINISTA DEL DERECHO PRIVADO

Pamela Alejandra Cacciavillani153

Between the past and the present: a feminist legal historical reading of private law

Entre o passado e o presente: uma leitura histórica jurídica feminista do direito privado

TERCEIRIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ANÁLISE DOS VOTOS DO STF NA ADPF Nº 324 E RE Nº 958.252 EM PROL DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO COMO LIMITES À LIVRE INICIATIVA

Júlian Marcelino Araújo

Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.

advogadajulianaraujo@gmail.com

Rodrigo Goldschmidt

Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Santa Catarina.

rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br

RESUMO: O objeto deste estudo é a análise do julgamento do STF sobre as ações ADPF nº 324 e RE nº 58.25 nas quais se discutiram a constitucionalidade da terceirização das relações de trabalho. O objetivo geral deste estudo é analisar qual foi a linha de pensamento utilizada pelo STF no julgamento em questão. Os objetivos específicos são o levantamento do contexto histórico jurídico do mundo do trabalho, analisar os votos dos Ministros nos julgamentos da RE nº 958.252 e a ADPF nº 324 e, por fim, estabelecer uma análise crítica sobre o entendimento que preponderou no julgamento das relações de trabalho terceirizadas. O problema de pesquisa é: Qual foi o entendimento preponderante dos Ministros do STF ao julgarem inconstitucional a ilicitude da terceirização na atividade fim? A presente pesquisa concluiu que o resultado do julgamento em tela seguiu uma linha neoliberal, entendendo-se que tal decisão, ao menos na sua linha argumentativa, pretensamente terá impacto na economia, com o intuito de combater o desemprego, de acordo com o novo mundo tecnológico, bem como fomentar a competitividade, todavia podendo receber sérias críticas, já que a Constituição Federal preceitua a valorização do trabalho humano. Em um primeiro momento, o artigo faz uma breve recapitulação histórica, legal e sociológica da terceirização de serviços. Posteriormente o estudo procura descrever os atos que ocorreram nas sessões do STF. Por fim, analisa-se sucintamente a jurisprudência gerada com um olhar para os direitos fundamentais do trabalhador, contrapondo-se discursos e votos em sentido contrário. O presente estudo adotou o método dedutivo, subministrado pela técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Direito do Trabalho. STF. Poder Judiciário.

Outsourcing of labor relations: Analysis of the votes of the STF in ADPF No. 324 and RE No. 958.252 in favor of the social values of work as limits to free initiative

ABSTRACT: The object of this study is the analysis of the judgment of the STF on the actions ADPF nº 324 and RE nº 58.25 in which the constitutionality of the outsourcing of labor relations was discussed. The general objective of this study is to analyze the line of thought used by the STF in the judgment in question. The specific objectives are to survey the legal historical context of the world of work, to analyze the votes of the Ministers in the judgments of RE No. 958.252 and ADPF No. 324 and, finally, to establish a critical analysis of the understanding that prevailed in the judgment of the outsourced work relationships. The research problem is: What was the prevailing understanding of the STF Ministers when they judged the illegality of outsourcing in

the core activity to be unconstitutional? The present research concluded that the result of the trial on screen followed a neoliberal line, understanding that such a decision, at least in its argumentative line, allegedly will have an impact on the economy, in order to combat unemployment, according to the new world. technological development, as well as fostering competitiveness, although it may receive serious criticism, since the Federal Constitution prescribes the valorization of human work. At first, the article makes a brief historical, legal and sociological recapitulation of the outsourcing of services. Subsequently, the study seeks to describe the acts that occurred in the STF sessions. Finally, the jurisprudence generated with a look at the fundamental rights of the worker is briefly analyzed, opposing speeches and votes in the opposite direction. The present study adopted the deductive method, provided by the technique of bibliographic and documental research.

KEYWORDS: Outsourcing. Labor Law. STF Judicial power.

INTRODUÇÃO

Nos dias 16, 22, 23, 29 e 30 de agosto de 2018 o Supremo Tribunal Federal pautou o RE nº 958.252 e a ADPF nº 324 que tratavam da discussão da inconstitucionalidade na proibição de contrato de terceirizados em atividade-fim da empresa tomadora baseado em um primeiro momento na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Tal julgamento, de cunho histórico, apresentou-se relevante para o mundo do trabalho, devido aos seus judiciosos fundamentos e por representar o registro da percepção da Justiça Brasileira sobre o tema, constituindo conteúdo relevante a ser tratado em sede de um artigo científico.

Adianta-se que venceu por maioria de sete (7) votos a quatro (4) o entendimento de que: “[...] **é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante**”.

Para esse desiderato, ocorreu um debate com vários argumentos relevantes sobre o trabalho terceirizado, tanto dos que militam no sentido da proibição quanto os que desejam sua ampla liberação. Esses vários enfoques, trazidos ao Plenário do STF, valem a pena registrar e ponderar criticamente nesta pesquisa.

Nada obstante o aporte descritivo dos vários debates e posicionamentos oriundos do processo decisório do STF, o presente estudo segue a linha do entendimento vencido, o qual reflete que a terceirização das relações de trabalho, ao menos no tocante à atividade-fim da empresa tomadora de serviços, deve ser proibida pela via legal, evitando-se essas relações na prática, visando preservar e promover os valores sociais que permeiam o trabalho humano, tais como definidos na constituição brasileira.

O problema de pesquisa é: Qual foi o entendimento preponderante dos Ministros do STF ao julgarem inconstitucional a ilicitude da terceirização na atividade-fim?

O objetivo geral deste estudo é compreender os fundamentos utilizados pelo STF no julgamento sobre a terceirização das relações de trabalho.

Os objetivos específicos são o levantamento do contexto histórico jurídico do mundo do trabalho, analisar os votos dos Ministros nos julgamentos da RE nº 958.252 e a ADPF nº 324 e, por fim, estabelecer uma análise crítica sobre o entendimento que preponderou no julgamento das relações de trabalho terceirizadas.

O presente estudo emprega o método dedutivo, trazendo o contexto histórico e jurídico da relação jurídica de terceirização de serviços, bem como se deu a Súmula 331 TST para, posteriormente, verificar a linha de pensamentos dos Ministros do STF que participaram do julgamento ora em estudo, analisando-se os respectivos fundamentos cotejados com a Súmula 331 do TST até então em vigência. Com isso pronto, segue-se para o tópico final desta pesquisa onde se apresenta um estudo crítico sobre a decisão exarada pelo E. STF.

Sobre a técnica da pesquisa, a mesma classifica-se como bibliográfica e documental, já que se utiliza de trabalhos acadêmicos sobre o tema, o próprio julgado via gravações da pauta disponibilizadas pelo STF e jurisprudência utilizada para análise dos votos e falas dos participantes do julgamento, obtendo-se acesso ao inteiro teor das ações RE nº 958.252 e a ADPF nº 324 para base dessa pesquisa.

1. CONTEXTO HISTÓRICO (SÓCIO-JURÍDICO) DA TERCEIRIZAÇÃO

As duas ações em pauta se originaram antes de 2017 e nelas a questão da inconstitucionalidade recai, em um primeiro momento, sobre a Súmula 331 do TST, que considera ilícita a terceirização, ressaltando pontuadas hipóteses, a saber: do trabalho temporário (inciso I), do serviço de vigilância (inciso III), de conservação e limpeza (inciso III), de atividade-meio do tomador (inciso III). (TST, 2002).

Em um contexto histórico da Súmula em questão, observa-se que a mesma surgiu pela lacuna normativa sobre a terceirização. De fato, o Tribunal Superior do Trabalho teve de analisar inúmeras demandas acerca desse fenômeno econômico. Os julgados gerados consolidaram a Súmula 256 de 1993, posteriormente atualizada, em maio de 2011, para a Súmula 331.

Nota-se que com a omissão legislativa sobre um fenômeno trabalhista abrangente e utilizado em larga escala pelas empresas, o TST foi instado pelas inúmeras demandas judiciais emergentes a fixar um controle civilizatório a terceirização dos serviços, proibindo-o no que tange à atividade-fim e permitindo em algumas hipóteses ligadas a serviços de apoio ou especializados, ligados à atividade-meio das empresas tomadoras.

A Súmula 331 do TST, apesar de ter aberto a possibilidade jurídica da terceirização de serviços, de certa forma também regulamentou essa modalidade, limitando-a apenas aos serviços que não se vinculam diretamente à atividade-fim da empresa tomadora. Por isso, apesar das críticas da decisão judicial objeto deste estudo, pode ser vista como uma solução para manter os princípios do direito do trabalho brasileiro.

O assunto não é novo. Na década de 70 do século passado, implantou-se no Brasil uma nova ideologia de viés liberal, corroborada por um novo sistema de produção nominada pelo sociólogo Ricardo Antunes (2008, p. 32) de “*acumulação flexível*”.

Na mesma linha, Gabriela Neves Delgado (2006, p. 185) leciona:

Conforme visto, o implemento da terceirização trabalhista é resultado do processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista de organização e gestão do trabalho, que se estendeu nos países de economia central, sobretudo a partir da década de 70. De fato, a terceirização pode ser considerada elemento nuclear do modelo toyotista, seja por sua significativa abrangência no mercado de trabalho, seja pelos impactos provados na clássica estrutura trabalhista.

O fato é que a sociedade passou e passa por modificações no processo de produção de bens e serviços. As formas de produção fordista e toyotista estão moldadas pela tecnologia, fazendo com que o ordenamento jurídico tenha que acompanhar as transformações sociais, criando formas contratuais novas e diversificando as leis contemporâneas.

O projeto neoliberal, como aplicação de política de Estado, vem desde da década de 1980 assombrando o Brasil, todavia sendo suavizada com a palavra “modernização da CLT”, cujas reformas legais ocorridas em 2017 - Lei nº 13.429/17 seguida da Lei nº 13.467/17 - a fim de cortar direitos sociais - são “novidades antigas”, afinal, antes da reforma trabalhista de 2017, a legislação trabalhista passou por mudanças no que se refere a garantia de emprego, salários-mínimos e previdência social, e ainda, o grande enfraquecimento do sindicato, que demonstrou ser a causa e a consequência de mais flexibilização de direitos trabalhistas,

Segundo Rodrigo Goldschmidt (2009, p. 145):

[...] entende-se por “flexibilização” o movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual como o seu empregador, com vistas a “batarear” a mão-de-obra e o “custo” da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado globalizado.

Nessa conjuntura social-econômica, que incentiva a flexibilização do processo produtivo, percebe-se a crescente utilização do contrato de terceirização da mão-de-obra nas empresas.

A Lei 13.429/17 deu um novo olhar para o contrato de prestação de serviço terceirizado, normatizando-o em dispositivos legais, pois alterou a então Lei Ordinária de nº 6.019/74 que tratava apenas do trabalho temporário, passando a regular também o trabalho terceirizado.

Assentadas as considerações supra, no julgamento objeto da presente pesquisa, os recorrentes sabiam que havia passado quase um ano após a vigência da reforma trabalhista, ou seja, que a terceirização já estava legitimada de forma ampla na nova lei. Mesmo assim optaram por continuar o julgamento para também obter uma manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o teor da Súmula de nº 331 do TST, a qual, segundo os seus opositores, ameaça o princípio da livre iniciativa.

2. O JULGAMENTO DA ADPF Nº 324 E DO RE Nº 958.252

A primeira sessão foi no dia 16 de agosto de 2018 com a presidência da Ministra Cármen Lúcia, e presentes os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal na época, Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, bem como a procuradora da república Raquel Elias Ferreira Dodge.

A abertura da pauta ocorreu no primeiro momento com o relatório da ADPF nº 324 pelo relator Ministro Roberto Barroso. Ao depois, passou-se para o relatório do RE nº 958.252 pelo relator Ministro Luiz Fux, com a finalidade do julgamento em conjunto, devido ser o mesmo mérito em ambas as demandas.

O Ministro Roberto Barroso relatou a ADPF nº 324, na qual a pleiteante DA AÇÃO tendo como objeto o de discutir a aplicação da Súmula nº 331 do TST no conjunto de decisões da Justiça do Trabalho acerca da terceirização de serviço. No pedido inicial afirmou-se que tal entendimento inviabiliza a terceirização sem a devida previsão legal, constituindo em uma violação aos preceitos constitucionais fundamentais garantidores da legalidade.

Em suma, essa ação nasceu em 2014. Seu principal argumento é o de que o alcance da súmula formulada pelo TST impede a terceirização, comprometendo a contratação de empregos formais; logo, a competição de produtos brasileiros (tanto no mercado interno e externo), e ainda, o tratamento isonômico com concorrentes no mercado. Em contraponto a essa ação, veio a defesa pelo TST, manifestando-se que justamente por não ter previsão legal é que a súmula deve ser utilizada. Eis o teor do relatório:

No mérito, o TST esclarece que, em virtude da inexistência de lei regulamentadora da prática de terceirização, o tribunal houve por bem editar o referido verbete, no intuito de proteger os trabalhadores terceirizados e de assegurar a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados. E observa que a previsão, constante da Súmula 331, que reconhece a legalidade da terceirização em caso de trabalho temporário e nos casos de serviços de vigilância, conservação e limpeza, baseia-se no teor da Lei 6.019/1974 e da Lei 7.102/1983, cuja *ratio* autorizaria a contratação de serviços temporários ou ligados à atividade-meio da empresa. Por fim, a vedação à terceirização de serviços ligados à atividade-fim ou à atividade essencial, prevista no verbete, decorreria da inexistência de previsão legal que expressamente a autorize, diferentemente dos demais casos. Por essas razões, entende o TST que a Súmula 331 do TST não configura exercício ilegítimo de atividade legislativa pelo Judiciário (STF, 2018, p. 5)

No decorrer da demanda, como acima assinalado, entrou em vigência a Lei 13.429/17, e em seguida a Lei 13.467/17 - conhecida como Reforma Trabalhista -, as quais autorizaram a terceirização de forma ampla, com normas positivas que devem reger essas relações de trabalho. O Ministro relata que ao intimar os autores sobre ditas mudanças normativas, esses insistiram com a apreciação da demanda, argumentando a necessidade para que não seja gerada uma insegurança jurídica, reconhecendo-se definitivamente a inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho no que se refere a prestação de serviços por terceiros.

O Ministro Roberto Barroso inicia o seu voto trazendo a revolução digital e tecnológica que a sociedade vem passando de algumas décadas para cá, considerada a quarta revolução econômica - depois do vapor, da eletricidade e do motor/mecânica. Segundo ele, todos os setores da economia foram afetados pelo uso da tecnologia eletrônica e digital, e assim, neste “novo tempo”, a grande riqueza é a propriedade intelectual, o conhecimento e a informação. (BARROSO, 2018, p. 10).

A terceirização, segundo o Ministro Barroso, permite uma maior competitividade já que com ela captam-se empresas com maior especialidade, bem como está de acordo com a livre iniciativa, desde que respeitados os mínimos parâmetros legais instituídos. Logo, não está em desconformidade com a Constituição.

Esse modelo de produção flexível, de acordo com o Ministro, é hoje uma realidade em todo mundo e, em virtude da globalização de mercados, constitui um elemento essencial para a preservação da competitividade de todas as empresas. Tanto é assim que a terceirização foi adotada por um conjunto extenso de países. É amplamente praticada nos Estados Unidos, na Alemanha, na Áustria, nos países escandinavos, na Espanha e no Uruguai. É praticada com limitações semelhantes às que devem vigorar no Brasil: na França, no Reino Unido, na Itália, no Chile, na Argentina, no México, na Colômbia, no Peru e em diversos outros países da América Latina (BARROSO, 2018, p. 15)

No tocante ao tipo de atividades que pode ser terceirizada, se atividade-meio ou atividade-fim, bem como se é bom para a lógica da empresa que determinadas atividades sejam prestadas por terceiros, tais questões, segundo o Ministro, não são de direito, mas sim de economia. Entre os limites que o legislador poderia condicionar é, por exemplo, exigir a idoneidade da contratada. A sua conclusão foi nesse sentido:

Diante do exposto, tendo em conta, de um lado, os princípios da livre iniciativa (art. 170) e da livre concorrência (art. 170, IV), que autorizam a terceirização, e, do outro lado, a dignidade humana do trabalhador (art. 1º), os direitos trabalhistas assegurados pela Constituição (i.e. art. 7º), o direito de acesso do trabalhador à previdência social, à proteção à saúde e à segurança no trabalho, firmo o entendimento de que: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à tomadora do serviço: i) zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado; bem como ii) assumir a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1993”. (BARROSO, 2018, p. 18).

Na sequência, foi a vez do Ministro Luiz Fux, que sucintamente citou o inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal, aduzindo que a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, que estão lado a lado no inciso em tela, mesmo que tomem uma posição antagônica, seguem no mesmo sentido, e mostra principalmente a liberdade jurídica que o contratante tem em estabelecer seu contrato.

O Ministro Alexandre de Moraes entendeu que não se trata de rebaixamento de direitos para o trabalhador. Independentemente de ideologias, deve-se analisar a questão apenas pelo ponto de vista da Constituição Federal de 1988, e essa não proíbe a terceirização, muito pelo contrário, o Estado não impõe um único sistema de produção econômica, deve-se sempre ter mais escolhas para a empresa, conforme destacam Rodrigues e Rodrigues (2019, p. 112), apon-tou em seu voto “[...] **no sentido de diferenciar a terceirização da intermediação ilícita de mão de obra, figuras que não devem ser confundidas**”.

O Ministro Edson Fachin sustentou que ao editar-se uma nova CLT com a Reforma Trabalhista, o legislador teve a intenção de trazer inovações voltadas ao empresariado, pensando em normas trabalhistas, deve-se respeitar o que a lei do trabalho traz, pois ela é a interpretação na Constituição Federal, sendo que antes da reforma trabalhista a mesma proibia a terceirização conforme interpretação da Súmula 331 do TST, por isso, não houve qualquer violação aos princípios da legalidade e da livre iniciativa (RODRIGUES e RODRIGUES, 2018, p. 11).

A Ministra Rosa Weber, por seu turno, proferiu seu voto em sentido contrário a linha dos que haviam votado até então, entende que a prestação de serviço por contrato com uma empresa interposta fere os dizeres dos direitos sociais e mesmo que já tenha sido positivada lei que autoriza essa situação, deve-se limitá-la em conformidade com os direitos fundamentais do trabalhador postos pela Constituição Federal.

A Ministra entende, de outra sorte, que a autonomia de vontade não prevalece sobre os direitos sociais. Além disso, observam-se dados que evidenciam a precarização do trabalho, além de maiores acidentes laborais quando se está no âmbito do trabalho terceirizado:

Já a Ministra Rosa Weber, também seguindo a divergência, traçou um histórico acerca da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, destacando que o verbete sumular teria nascido como um produto de longa consolidação jurisprudencial a partir das normas de proteção ao trabalho e da atividade de intermediação de mão de obra por empresa interposta, trazendo à colação o Enunciado 256, o qual, posteriormente, foi convertido na Súmula 331, do TST, para, ao fim, ressaltar a importância do artigo 9º da CLT (RODRIGUES; COMAR, 2019, p. 112)

Por seu turno, o Ministro Dias Toffoli inicia o seu voto expondo um mundo globalizado em face do qual, para que não se tenha desvantagem no mercado internacional, deve-se permitir o processo de terceirização. No mais, a realidade atual já tem presente a terceirização de serviços. Assim, caminha-se para a evolução, concordando com os relatores.

De outra parte, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski é no sentido da improcedência das ações, na mesma linha dos votos defendidos pelos Ministros Edson Fachin e da Ministra Rosa Weber, colegas que já colocaram no plenário os mesmos argumentos que iria declinar.

De outra banda, o Ministro Marco Aurélio de Mello sustentou que há 32 anos essa Súmula que interpreta a legislação trabalhista está vigente em nosso ordenamento, isso porque em 1988 o Estado fez uma opção de garantir direitos sociais, por isso deve haver um limite a terceirização:

Cabe destacar que o Ministro Marco Aurélio de Mello, de forma divergente, entendeu pela constitucionalidade da Súmula 331 do TST, pois, pela ótica de seu voto, considerou o tema em consonância com Constituição Federal sob o prisma dos direitos sociais, deixando consignado que tais direitos não estariam consagrados com a Constituição Federal sob o prisma dos direitos sociais, deixando consignado que tais direitos não estariam consagrados somente no artigo 7º da CRFB/1988, mas também foram elevados à condição de fundamento da República e da ordem econômica e social, conforme se verifica da leitura dos artigos 1º, inciso IV, 170, caput e 193 da Norma Fundamental.

Não é demais destacar que o entendimento da Corte Superior Trabalhista prevaleceu no ordenamento jurídico por, aproximadamente, 32 anos e foi fruto de construção jurisprudencial. (RODRIGUES e COMAR, 2019, p. 111)

Então, de acordo com o Ministro, uma legislação trabalhista conquistada por lutas não deve ser fulminada por um breve julgamento sobre os efeitos do conceito. Pela história, antes da CLT, a prestação do trabalho humano era objeto de contratos civis, não se devendo retroceder a tal ponto. Em respeito ao princípio da igualdade e da isonomia, também ao princípio da liberdade sindical, para que ocorra uma efetiva conquista, o contrato terceirizado deve ser proibido.

A última etapa do julgamento ocorreu no dia 30 de agosto de 2019, tratando-se da quarta sessão de julgamento, faltando, na altura, apenas dois votos: do Ministro Celso de Mello e da Ministra Cármen Lúcia, ambos com a mesma linha de decisão nos seus votos, reconhecendo a história de lutas da classe trabalhadora, sendo a CLT resultado de direitos sólidos dos trabalhadores, e a terceirização como um retrocesso no sentido de direitos sociais. Todavia, segundo eles, como se está no meio de uma crise de desemprego, a terceirização, que seria um retrocesso, passa a ser a solução. Por isso não se pode proibi-la.

Por isso, neste julgamento ocorreu “perfilhação a uma linha hegemônica de pensamento, radicada em dogmas social e politicamente definidos” como aponta Tiago Muniz Cavalcanti, o qual analisa que a decisão produzida no julgamento da RE nº 958.252 e ADPF nº 324 pelo STF admite uma concepção totalmente política de sentido neoliberal (CAVALCANTI, 2019, p. 104-106).

Diante da linha liberal que motivou a decisão em favor de uma terceirização sem limites pelo STF, cabe-se recapitular o porquê e para que o direito do trabalho encontra o seu lugar no ordenamento jurídico brasileiro, para assim contrastar com as motivações do julgado.

Com efeito, o direito do trabalho brasileiro vem de uma Constituição Federal que optou por colocar os valores do trabalho e da livre iniciativa no mesmo patamar, ambos antecedidos e iluminados pelo respeito e promoção da dignidade humana.

Dessa forma, o neoliberalismo não pode suplantiar esse substrato sobre o qual se assenta o Estado brasileiro, dando prevalência ao desenvolvimento econômico em detrimento do desenvolvimento social.

Encerrou-se o julgamento da RE nº 958.252 e ADPF nº 324 com a seguinte decisão: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Desta decisão surgem efeitos ao mundo jurídico e fático das relações de trabalho, pois são contrastados dois fundamentos constitucionais: dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

3. ANÁLISE DO JULGAMENTO: EM PROL DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO COMO LIMITES À LIVRE INICIATIVA

Os votos dos Ministros pela procedência das ações considerando a atividade terceirizada lícita tiveram, em sua maioria, como embasamento predominante, a crise do desemprego. Ficou muito claro nos votos do Ministro Celso de Mello e da Ministra Carmen Lúcia que ambos até reconhecem que haverá uma precarização pela terceirização nas relações trabalhistas, todavia, para eles, a precarização seria um mal menor do que a terceirização em si.

Os mesmos assinalam ainda que o artigo 7º da Constituição Federal de 1988 prioriza a melhoria das condições sociais para que, neste sentido, sempre se agregue mais direitos trabalhistas para os trabalhadores. Desse dispositivo constitucional extrai-se o princípio da vedação ao retrocesso social de direitos já assegurados. Vários votos foram proferidos sob o fundamento de que a terceirização deve ser permitida por causa de uma crise de desemprego instaurada no país. Todavia não há prova concreta de que, com a terceirização, o pleno emprego ocorrerá no Brasil.

Note-se que o artigo 1º, IV, da CF dispõe que o Estado Democrático de Direito constitui-se no fundamento da “livre iniciativa”, entretanto, no mesmo inciso, e antes da expressão “livre iniciativa”, há “os valores sociais do trabalho”, mostrando que a livre iniciativa é balizada pela proteção e promoção do trabalho.

Os “valores sociais do trabalho” acabaram em um segundo plano nos votos de alguns Ministros, os quais deram prevalência à “livre iniciativa”. Ocorreu a mesma situação no art. 170 da Constituição Federal, dando-se mais peso à “livre iniciativa” do que à “valorização do trabalho humano”.

Goldschmidt (2009, p. 141), contrastando o vínculo direto de emprego com a relação de trabalho terceirizado, pondera:

Se na relação de emprego padrão há uma relação bilateral, estabelecida entre empregado e empregador, na que se estabelece por ocasião da terceirização há um relacionamento angular que envolve empregado, empresa prestadora e tomador de serviço.

Em síntese, é correto dizer que o intuito maior da terceirização é ter quem trabalhe, a baixo custo, sem que haja vínculo de emprego direto com o tomador de serviço.

De forma mais didática, Gabriela Neves Delgado (2006, p. 187-188) leciona:

A evolução, acentuadamente negativa da terceirização, produz efeitos e pode ser aferida sob vários aspectos, entre os quais destacam-se o econômico, o empresarial e o sindical. No plano econômico, a terceirização ocasiona o decréscimo no número de empregos formais firmados com as empresas tomadoras fomentando, em contrapartida, o surgimento de pequenas e médias empresas em todos os setores da economia que, de maneira geral, utilizam a subcontratação de serviço. Não bastasse isso, a terceirização tende a ampliar o desemprego: a maioria dos empregados, que tem os seus

contratos de trabalho extintos com as empresas tomadoras, não conseguem se inserir-se novamente no mercado de trabalho formal. [...]

Não bastasse, o mecanismo terceirizante estimula processos de alta rotatividade da mão-de-obra, sobretudo no que concerne às empresas tomadoras de serviços, causando insegurança no emprego e insuflando sentimentos de individualização nas relações de trabalho. [...]

Na seara sindical os impactos da terceirização também são perversos. Segundo constata Robortella, tal processo contribui para a desintegração da identidade coletiva ou de classe dos trabalhadores, estimulando o enfraquecimento das entidades sindicais e a ampliação da competitividade entre os próprios empregados.

Biavaschi (2019, p. 81) faz fortes críticas ao entendimento majoritário do STF nesta decisão, deslegitimando a justiça especializada em relações de trabalho, que é a Justiça do Trabalho, em seu órgão hierarquicamente superior – TST, quando sumulou um entendimento fruto de estudos e pesquisas ao bem do trabalhador perante nosso Estado Democrático Social de Direito.

As críticas que visam a proteção do trabalho digno e humano rodearam o plenário neste julgamento, por que quando se profere uma decisão que gera grandes impactos ao mundo do trabalho, deve-se pautar com redobrada atenção ao contexto social. Ao alegar um novo mundo de trabalho contemporâneo, deve-se analisar muito bem todas as consequências de permitir a terceirização ampla e irrestrita. Dito de outra maneira, ao lançar uma nova hermenêutica por sobre as leis que protegem o trabalhador, com fundamento nos novos rearranjos do mundo do trabalho, tal tarefa deve ser feita de tal maneira a preservar o núcleo essencial da Constituição, que preconiza a valorização do trabalho, a promoção da justiça social e a dignidade da pessoa humana frente a livre iniciativa, sob pena de só haver uma precarização do trabalho e o aumento da desigualdade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, analisou-se o julgamento do STF das ações (ADPF nº 324 e RE nº 958.252) mediante discussões jurídicas a respeito da constitucionalidade da terceirização.

Partindo-se de um contexto social e jurídico, a terceirização chega ao Brasil na década de 70 do século passado, escorada em uma ideologia liberal potencializada por novas formas de produção e novas tecnologias. De lá para cá, o ordenamento jurídico-trabalhista vem sendo flexibilizado, assumindo protagonismo, nesse processo, justamente, a terceirização de serviços.

Em um primeiro momento, o direito brasileiro acompanha essa tendência e incorpora no seu sistema a terceirização através da Súmula 256 do TST, sendo essa posteriormente substituída pela Súmula nº 331 TST, na intenção de limitar a terceirização que estava ocorrendo na vida prática dos trabalhadores.

Mais recentemente houve a modificação da legislação complementar com intuito de contrariar essa limitação que antes havia feito o TST para, agora - com a Lei nº 13.429/17, seguida da Lei nº 13.467/17 - dar amplo espectro para a contratação de serviços terceirizados.

Na conjuntura de fortes críticas sociais sobre a possibilidade de ampla contratação de serviços terceirizados, o STF abriu o julgamento de ações (ADPF nº 324 e RE nº 958.252) que questionavam a constitucionalidade e os limites da terceirização. No âmbito de tais ações, os Ministros do STF, por intermédio de seus respectivos votos, apresentaram vários argumentos, pró e contra a licitude da terceirização. Por fim, o STF por maioria de sete (7) a quatro (4) votos alinhou-se a um pensamento de cunho neoliberal, embasando o julgamento em fatores como o

Terceirização das relações de trabalho: análise dos votos do STF na ADPF nº 324 e RE nº 958.252 em prol dos valores sociais do trabalho como limites à livre iniciativa

desemprego, o novo mundo tecnológico, a competitividade externa e a prevalência da livre iniciativa.

Em uma análise deste julgamento, entende-se que a decisão proferida pelo STF contrariou princípios e fundamentos da Constituição Federal brasileira de 1988, que enaltece os valores da justiça social e da dignidade do ser humano como verdadeiros limites à livre iniciativa. Nessa linha, o processo terceirizante, sem limites, parece contrariar o plano da Constituição, uma vez que privilegia a livre iniciativa e dá azo a precarização das relações de trabalho, em desacordo com o artigo 7º da CF, que pugna pela melhoria da condição social do trabalhador, vedando, por conseguinte, o retrocesso.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2003

BARROSO, Luís Roberto. Anotação para voto oral na ADPF 324 e RE 958.252. Supremo Tribunal Federal, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-sinaliza-possibilidade.docs>.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaoocomplicado.htm. Acesso em: 31 ago 2019

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=38842>. Acesso em: 31 ago 2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST**. Contrato de prestação de serviços. legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 301 350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20301%20350.html). Acesso em: 30 jul. 2019.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. Judiciário classista: as mentiras organizadas por trás da terceirização. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Resistencia III**: O direito do trabalho diz não á Terceirização. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: Ltr, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2006.

RODRIGUES, Luciano Ehlke e COMAR Rodrigo Thomazinho. A terceirização e a visão do Supremo Tribunal Federal: os efeitos da decisão sob o viés do princípio da vedação ao retrocesso. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 65, n. 99, 2019

ROTHERMBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

REIS, Daniela Muradas. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; BENEVIDES, Sara Costa. (Org.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, v. 1, p. 25-42.

STF. **ADPF 324**. Rel. Roberto Barroso, 30 ago. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 15 jul. 2019.

STF. **Informativo Nº 913** do STF. Brasília: [s. n.], 31 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo913.htm>. Acesso em: 1 set. 2019.

STF. **RE 958252**. Rel. Min. Luiz Fux, 30 ago. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 15 jul. 2019.

STF. Pleno. **Iniciado julgamento sobre terceirização de atividade-fim (1/2)**. [S. l.]: STF, 2018. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=mAu9RL42_0M&t=4325s. Acesso em: 5 ago. 2019.

STF. Pleno. **Julgamento de terceirização de atividade-fim prossegue**. [S. l.]: STF, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=S8U5net8suQ>. Acesso em: 5 ago. 2019.

STF. Pleno. **STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais**. [S. l.]: STF, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YsspbT5YsOw&t=5359s>. Acesso em: 5 ago. 2019.

Submetido em: 20 abr. 2020.

Aceito em: 15 mar. 2022.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A CONDIÇÃO FEMININA: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.675.874 – MS

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil),
Paraná.
rosallice@gmail.com

Gabriela Wollertt Tesserolli

Universidade Federal do Paraná (UFPR), Paraná.
gabrielatesserolli@outlook.com

RESUMO: O presente tem por objetivo comentar o acórdão do Recurso Especial nº 1.675.874 – MS, do Superior Tribunal de Justiça, que caracterizou o dano moral *in re ipsa*, com fundamento na condição feminina. Esta decisão mostra-se paradigmática, pois ao aproximar as esferas civil e penal, presume o dano moral em casos de violência doméstica contra a mulher. Na tentativa de combater ao patriarcalismo enraizado na sociedade brasileira, o julgado apresenta a possibilidade de que o Judiciário entenda a violência doméstica como forma de manutenção das desigualdades de gênero e, portanto, uma situação indenizável por perpetuar a condição da mulher brasileira. Ao se examinar o *quantum* mínimo indenizatório fixado no acórdão e a influência do “ser mulher” na sua aferição, conclui-se que os danos não foram suficientemente valorados para romper o ciclo da violência doméstica, o que sugere certa permanência da desigualdade de gêneros.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica. Condição Feminina. Dano moral *in re ipsa*.

*Domestic violence and female condition:
an analysis of the judgment of special appeal no. 1,675,874 – MS*

ABSTRACT: This article is intended to comment on the judgment of Special Appeal No. 1,675,874 – MS, of the Superior Court of Justice, which characterized the moral damage in *re ipsa*, based on the condition of women. This decision proves to be paradigmatic, because when it brings together the civil and the criminal spheres, it presumes moral damage in cases of domestic violence against women. In an attempt to combat patriarchy rooted in the Brazilian society, the court presents the possibility that the Judiciary understands domestic violence as a way of maintaining gender inequalities and, therefore, an indemnifiable situation for perpetuating the condition of Brazilian women. When examining the minimum quantum of damages fixed in the judgment and the influence of “being a woman” in its measurement, it is possible to conclude that the damages were not sufficiently valued to break the cycle of domestic violence, which suggests a certain permanence of gender inequality.

KEYWORDS: Domestic violence. Feminine Condition. Moral damage *in re ipsa*.

INTRODUÇÃO

No ano de 2017, mais de 221.000 mulheres acionaram a polícia para solução de casos de violência doméstica (BRASIL, 2019). Em especial, as mulheres são vítimas em sua maioria de agressões físicas, seguidas por violência psicológica e moral e, ainda, sexual (BRASIL, 2017). Das agressões sofridas por mulheres, 60% foram perpetradas por pessoas do sexo masculino e,

destes, 35% possuíam relação de conjugalidade/afetividade com a vítima e 11,7% relação de amizade. A desigualdade de gênero é a força motriz desses números. Assim, entende-se que cabe ao Estado promover políticas públicas para o combate à violência doméstica, enquanto, no âmbito do Judiciário e do Legislativo, a tutela de mulheres vítimas deste tipo de violência deve ser ampliada.

Valendo-se desta atitude combativa, o Superior Tribunal de Justiça promoveu a afetação do Recurso Especial nº 1.675.874 – MS, em sede de recurso repetitivo, no qual se julgou caso de violência doméstica perpetrada contra mulher pelo seu ex-cônjuge. Em tal caso, a consideração dos danos morais *in re ipsa* foi o ponto de destaque da tese construída, por envolver a condição feminina, conferindo-lhe um caráter paradigmático.

Na perspectiva metodológica, a análise, ora pretendida, aproxima-se do “*Le commentaire d’arrêt*” (BONNARD, 2011, p. 118). Trata-se de uma análise indutiva, que parte do caso concreto, mas que tem por objetivo delinear uma “apreciação crítica de seu valor e escopo”¹ (BONNARD, 2011, p. 118). Pretende-se retirar do acórdão mencionado não apenas uma lição de aplicação do Direito, isto é, caracterizar uma nova modalidade de dano, presente na violação da condição feminina, mas, ainda, colocar em discussão aspectos não enfrentados pelo Superior Tribunal de Justiça e que estão implícitos na decisão judicial, como a que se refere à quantificação do *quantum* indenizatório.

Para tanto, o presente comentário de acórdão desdobra-se na (i) análise dos fatos que levaram à tese fixada no Recurso Especial nº 1.675.874 – MS; (ii) mitigação da separação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, no caso apresentado; (iii) discussão da tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça em contraposição à condição das mulheres brasileiras, idealizada pela seguinte reflexão: qual o papel do feminino na tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça?² Nesta parte, procede-se ainda aos seguintes questionamentos: a condição feminina foi determinante caracterização do dano moral como *in re ipsa*? A condição feminina foi decisiva para arbitrar o valor de indenização mínima em primeiro grau? (iv) uma reflexão sobre se o valor fixado a título de indenização mínima é potencialmente eficaz para afastar a violência doméstica, ou, antes, sinaliza uma perpetuação do dano moral, por não ter sido suficientemente reparado.

1. A TESE FIXADA PELO RECURSO ESPECIAL Nº 1.675.874 – MS: O DANO MORAL *IN RE IPSA* NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A demanda, que chegou às instâncias do Superior Tribunal de Justiça, teve origem na data de 22 de março de 2015, quando a apelante foi vítima de injúria e agressões físicas por parte de seu ex-cônjuge, que, após agredi-la com um tapa que a derrubou no chão, atropelou-a com seu automóvel, causando-lhe diversos ferimentos corporais.

Em sede de denúncia, o Ministério Público requereu o prosseguimento da ação penal “até final decisão e condenação, inclusive, sendo o caso, fixando-se valor mínimo para a reparação de danos, moral e material, conforme previsão estabelecida pelo artigo 387, IV, do CPP, também

¹ Tradução livre de “...*appréciation critique de sa valeur et de sa portée*.”

² Embora não se desconheça que a violência doméstica não é apenas praticada por homens – podendo ser praticada por mulheres contra outras mulheres – e embora se reconheça que os homens também são vítimas de violência, o presente artigo tem enfoque na violência doméstica praticada contra mulheres, em especial por seus cônjuges ou ex-companheiros, como se apresentou no caso examinado pelo Recurso Especial nº 1.675.874 – MS, o qual da base para o estudo proposto.

com redação da Lei nº 11.791/2008.” (BRASIL, 2018, p. 10). Citado, o ofensor apresentou defesa requerendo a absolvição sumária em vista do princípio da insignificância. Sentenciando o caso a si apresentado, o magistrado de primeira instância condenou o agressor a quatro meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de indenização mínima à vítima, no valor de R\$ 3.000,00, a título de danos morais. Eis que a prática de violência doméstica atenta contra a vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, honra e imagem da ofendida, por si só configurando dano à mulher vítima da ação, prescindindo de qualquer dilação probatória.

Em grau de recurso interposto pelo ofensor, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul manteve, na íntegra, a sentença prolatada. Todavia, tal entendimento foi modificado em sede de Embargos Infringentes opostos pelo apelante, no qual foi afastada a indenização mínima por danos morais, fixada pelo Juízo de primeira instância. Diante desta decisão, a vítima interpôs Recurso Especial na tentativa de restabelecer a indenização mínima que lhe foi fixada. Ao ser recebida pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, foram fixados os pontos a serem decididos:

(a) da necessidade ou não de indicação de um montante mínimo [de indenização] indicada pelo postulante e (b) da necessidade ou não da produção de prova, durante a instrução criminal, para a fixação, em sentença condenatória, da indenização por danos morais sofridos pela vítima de violência doméstica. (BRASIL, 2018, p. 11)

Neste ensejo, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, em análise atenta e combativa do caso fático, proferiu voto julgador, que foi confirmado integralmente confirmado pelos demais Ministros. Sua análise centrou-se na vulnerabilidade da mulher nas relações domésticas, consequência do caráter ainda patriarcal da sociedade brasileira. Admitiu o Ministro, de forma assertiva, que a inserção da mulher em uma situação de violência doméstica decorre, de maneira inexorável, de sua condição de “ser mulher”, sendo necessário valorizar e fortalecer a vítima, em especial a mulher, no processo criminal. Para tanto, defendeu a otimização de instrumentos normativos voltados à ampliação do raio da proteção jurídica da mulher, notadamente quanto à aplicabilidade prática do art. 387, IV do Código de Processo Penal, com o objetivo de compensar ou minimizar a consequência da violência perpetrada. Asseverou ainda a impossibilidade de que o Brasil, em todos os seus poderes, se esquive dos seus deveres, assumidos por ocasião da assinatura das Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (BRASIL, 2018, p. 11-13).

O Ministro Schietti Cruz finalizou seu voto deduzindo (i) a necessidade de que seja formulado pedido específico, pela acusação, de arbitramento de indenização mínima com fins de reparação civil à vítima; (ii) a dispensabilidade de que seja indicado, pela acusação, valor para referida reparação, a qual deverá ser arbitrada de forma prudente pelo Juízo Penal; e, por fim, (iii) a desnecessidade de exigência de provas quanto ao “dano psíquico, grau de humilhação, da diminuição da auto estima, etc.” (BRASIL, 2018, p. 22), sofrido pela mulher violentada, uma vez que “a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo ao valor da mulher como pessoa, à sua própria dignidade” (BRASIL, 2018, p. 22), sendo o dano *in re ipsa*. Como consequência de seu raciocínio resultou a tese segundo a qual:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória (BRASIL, 2018, p. 25).

Referidos aspectos, estampados pelos Ministros julgadores, serão a seguir analisados, sob o recorte da ampliação da tutela da condição feminina em casos de violência doméstica ao se aproximar a responsabilidade civil e a responsabilidade penal e ao se caracterizar o dano moral

in re ipsa. Paradoxalmente, questiona-se um aspecto não cogitado pelo Recurso Especial em comento: uma possível perpetuação do dano moral em caso de violência doméstica, dedutível do baixo *quantum* indenizatório atribuído à vítima.

2. DA SEPARAÇÃO À APROXIMAÇÃO ENTRE AS ESFERAS DE RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL NO RECURSO NO ESPECIAL Nº 1.675.874 – MS

No Recurso Especial nº 1.675.874 – MS é inegável a aproximação entre esferas civil e penal, ao se possibilitar a presunção do dano moral sofrido pela vítima em casos de condenação penal por violência doméstica anterior, como ao definir a possibilidade que o Juízo Penal aferisse valor mínimo por danos na sentença penal condenatória quando houvesse pedido formulado pela acusação. Permite-se, assim, que o mesmo fato jurídico – no caso, a violência doméstica contra a mulher – possua consequências simétricas em ambas as esferas, deslocando-se as fronteiras entre a responsabilidade civil e penal.

De acordo com Fernando Noronha, foi apenas a partir da edificação do Estado Moderno que a divisão entre Direito Penal e Direito Civil, consubstanciada nas suas formas de responsabilidade, foi estabelecida (NORONHA, 2013, p. 508). Enquanto a responsabilidade penal ocorria em face do Estado, que administrava penas individuais a ilícitos graves com a finalidade pura de repressão, a responsabilidade civil tratava de reparar danos que não possuíam a mesma gravidade dos crimes reprimidos pela atividade estatal (AMARAL, 2002, p. 67). Referida divisão, não de forma integral, foi assegurada pelas demais codificações editadas, aparecendo inclusive como pressuposto dos estudos das dogmáticas civil e penal – que muito raramente é questionada.

Contudo, nos termos já relatados, mesmo em vista da ambicionada separação total entre as esferas, existem pontos no ordenamento brasileiro atual em que os âmbitos penal e civil se tocam (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 28). Exemplo desta aproximação é o acórdão ora comentado, no qual a condenação penal teve significativa influência na responsabilidade civil³. Cabe destacar a disposição constante no artigo 935 do Código Civil, a qual prevê que, embora a responsabilidade civil seja independente da criminal, materialidade e autoria não mais poderiam ser questionadas quando já decididas no âmbito penal.

Demais efeitos produzidos pela sentença penal condenatória no Juízo Civil encontram previsão tanto no artigo 91, I do Código Penal, quanto no artigo 387, IV do Código de Processo Penal: porquanto o Código Penal estabelece que a sentença penal condenatória transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar o dano causado, o Código de Processo Penal, posteriormente à reforma ocorrida em 2008, passou a prever que o Juízo Penal “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Assim, a sentença penal condenatória caracteriza-se para os fins cíveis como título executivo judicial (consoante expressa previsão do artigo 515, VI do Código de Processo Civil), sendo certo que o réu da ação penal (autor da ofensa) não mais poderá rediscutir os aspectos do crime previstos no artigo 935 do Código Civil (DELMANTO, 2002, p. 171). Eis que conferir executividade à sentença penal condenatória possibilita maior celeridade na tutela de todos os interesses da vítima, na medida em que não há necessidade de instauração de novo processo de

³ Outros exemplos de aproximação entre as esferas penal e civil podem ser encontradas no ordenamento jurídico, nas previsões dos artigos 608, 939 e 940 do Código Civil, os quais impõe penas civis ao sujeito no caso de prática de atos defesos em lei.

conhecimento, havendo a faculdade de, desde logo, propor-se a liquidação ou execução do título obtido.

Não obstante, a qualidade de título executivo judicial apenas se aperfeiçoa com o trânsito em julgado (DIDIER JR., 2018, p. 281) da sentença condenatória, podendo a vítima, em seguida, propor Ação de Execução de Título Judicial, alternativa que encontra respaldo também nos artigos 63 e subsequentes do Código de Processo Penal, para executar, desde logo, o mínimo indenizatório fixado. De outra forma, pode ser proposta ação de liquidação da sentença penal, a fim de (i) liquidar a indenização por danos não aferidos pelo Juízo Penal, ou então majorar a indenização já fixada por este Juízo; ou, em caso de impossibilidade de fixação da indenização mínima (ii) liquidar, de forma integral, a sentença, aferindo-se todos os danos advindos do crime praticado. Note-se, assim, que em que pese a fixação de indenização mínima na sentença penal condenatória seja poder-dever do Magistrado, depende tanto de pedido expresso da acusação (consoante tese fixada pelo STJ no REsp nº 1.675.874 – MS), quanto da existência de provas nos autos penais que possibilitem ao Magistrado a análise do *quantum* devido (CABRAL, 2010, p. 86).

Na ausência de quaisquer desses pressupostos, o Juízo Penal não deve fixar valor mínimo de indenização, sob pena de afrontar os direitos básicos do Réu no processo penal e civil brasileiros: ampla defesa, contraditório e direito ao devido processo legal. Nestes casos, a aferição dos danos sofridos pela vítima em virtude do crime cometido será realizada de forma integral no Juízo Civil, momento em que se fixará, quando devida, a indenização a título de danos morais, extrapatrimoniais e materiais. Uma vez preenchidos os pressupostos, todas as garantias do réu terão sido respeitadas, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal.

Enquanto o mínimo indenizatório será fixado no Juízo Penal, caberá ao Juízo Civil realizar a liquidação da plena indenização devida, considerando danos que, por vezes, podem não ter sido analisados na sentença penal condenatória. Referida liquidação não sofrerá quaisquer restrições de provas, devendo ser realizada pelo procedimento comum – momento em que poderá ser realizada a produção de prova acerca de fatos novos (entendido como aquele que não foi objeto de cognição durante a formação do título judicial) (DIDIER JR., 2018, p. 245), a fim de se aferir a extensão do dano e prejuízo da vítima.

Atentando-se ao caso analisado no Recurso Especial nº 1.675.874 – MS, no qual houve a fixação de mínimo indenizatório pelo Juízo Penal, a vítima poderia liquidar de forma integral os danos por ela sofridos em decorrência da violência doméstica (possibilitando a majoração da indenização fixada pelo Juízo Penal) e a correspondente indenização. Para tanto, bastaria ser proposto processo de liquidação autônomo, ocasião em que o réu será citado para integrar a lide civil e contestar a liquidação proposta com base no título judicial. Nesta nova ação, a prestação jurisdicional seria entregue as partes por meio de sentença, que não poderia decidir pela inexistência do dever de indenizar, limitando-se a aferir o valor da indenização com vistas à compensação dos danos sofridos pela vítima.

Diante dos entendimentos expostos e do caso analisado, é possível visualizar que existem dois momentos principais de aproximação entre as esferas penal e civil. O primeiro, quando o ordenamento determina que a cognição ocorrida durante o processo criminal quanto à materialidade e autoria do crime forme coisa julgada também no Juízo Civil. O segundo, no que se refere à transformação da sentença penal condenatória em título executivo judicial. Atinge-se, desta maneira, a harmonização das decisões proferidas no âmbito penal e cível, determinando que aspectos da coisa julgada penal tenham consequências no Juízo Civil, quando um mesmo fato se subsumir a ambas as tutelas a partir de uma única cognição, que atenderá ambas as esferas.

Note-se, assim, que a facilitação da tutela civil da vítima (que se dá por meio da responsabilidade civil) por intermédio dos efeitos advindos da condenação penal denota a, já percebida por Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 182), unidade do ordenamento jurídico, fundamentada na defesa da dignidade da pessoa humana em sua totalidade. Igualmente acolhe uma valorização das reações ao dano injusto, refletindo “as escolhas ético-políticas que estão a se estruturar na sociedade em que incide” (MORAES, 2006, p. 176). Na medida em que se reconhece a responsabilidade civil do agressor, passa-se a reconhecer, conseqüentemente, a violência doméstica como verdadeiro ilícito e a mulher vitimada como merecedora de tutela especial, embora a amplitude deste reconhecimento pelo Judiciário possa ser adiante questionada.

Por fim, a aproximação entre as esferas penal e civil evidenciada pelo Recurso Especial nº 1.675.874 – MS conduz à tutela integral da vítima, que se vê protegida, de forma eficiente, por todas as esferas jurídicas competentes e em todos os aspectos de sua dignidade.

3. A CONDIÇÃO FEMININA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: O DANO MORAL *IN RE IPSA*

A questão central do Recurso Especial nº 1.675.874 – MS versa sobre a caracterização, ou não, do dano decorrente da violência doméstica contra a mulher como *in re ipsa*. A tese apresentada observa o raciocínio de parte da doutrina brasileira quanto ao tema, no sentido de que a prática de condutas graves, violadoras de dever jurídico e que provocam lesão a quaisquer dos princípios que conformam a dignidade humana por si só seria conduta geradora de dano moral, sendo justificativa bastante para se entender pela necessidade de satisfação do dano sofrido⁴.

Tal tese encontrou desenvolvimento em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que datam da década de noventa (CARRÁ; CARRÁ, 2019, p. 122), sendo possível identificá-la quando: (i) o plano de saúde recusa-se a prover tratamento necessário para a saúde do segurado (BRASIL, STJ, AgInt no AREsp 1420342, 2019, p. 1); (ii) a concessionária de serviço público interrompe o abastecimento de água para impelir o consumidor ao pagamento (BRASIL, STJ, AgRg no AREsp 239.749, 2014, p. 2); (iii) é realizado o protesto indevido de um título de crédito (BRASIL, STJ, AgInt no AREsp 1281519, 2018, p. 4) dentre outras situações. Em tais casos, entende-se que o dano é decorrente diretamente do fato ofensivo, de maneira que, provado o fato, presume-se a ocorrência de dano à vítima⁵. Tal presunção deve ser analisada sob o escopo da experiência e do senso comum (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 125), pois pelo qual se sabe, ou ao menos se imagina, a prática de determinado ato, em vista da sua gravidade, geraria danos ao sujeito atingido.

Em contraponto, pondera-se que o dano *in re ipsa* não seria realmente presumível ou identificado à conduta ilícita (CARRÁ; CARRÁ, 2019, p. 123). Representativa desse entendimento, a Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. Em tal hipótese, cogita-se da impropriedade da figura, uma vez que seria possível aplicá-la, ainda que inexistente o dano. Bruno Leonardo Câmara Carrá e Denise Sá Vieira Carrá (2019, p. 123) alinham-se a este pensamento, afirmando que o dano presumido não passa de uma lesão a interesse juridicamente protegido, restando a

⁴ Neste sentido encontram-se Moraes (2017, p. 132) e Cavalieri Filho (2019, p. 125).

⁵ Ficou expressamente disposto na ementa do REsp nº 1.675.874 – MS, que a prova da prática do crime é imprescindível.

expressão *in re ipsa* tão somente como um recurso linguístico para permitir a fuga desse quase que irracional temor de declarar que os danos morais são apenas lesões a interesses jurídicos qualificados (e não os abalos e dores psicológicos como ainda é dito aqui ou ali). Em que pese sua fragilidade teórica, contudo, ela termina por fazê-lo de modo pragmático ao tornar desnecessárias sondagens de viés subjetivo pelo Poder Judiciário para a constatação de tais danos.

Recolhendo dessa afirmação o viés pragmático sob o qual se ergue a referida figura, questiona-se: se a força dos próprios fatos é suficiente para caracterizar o dano moral, a violência doméstica caracteriza-se como dano *in re ipsa*?

Em que pese os julgadores tenham se utilizado dos sentimentos da mulher vítima como fundamento para justificar a tese fixada, pode-se afirmar que a presunção dos danos morais em situações de violência doméstica pelo tribunal foi assertiva e necessária, uma vez que se mostra combativa em relação à perpetuação deste tipo de violência contra a mulher na sociedade brasileira.

Em outras épocas, a experiência comum diria que a prática de violência doméstica contra a mulher não produziria danos injustos, tampouco seria uma violação a um dever jurídico de respeito da humanidade da mulher. Antes, tal violência decorreria de direito subjetivo do homem que, devido ao patriarcalismo e sua consequente posição de superioridade em relação aos demais, poderia subjugar sua mulher e puni-la por não representar, de maneira como se esperava até então, o papel de “ser mulher”, ou por qualquer razão que entendesse desviante.

No entanto, a violência doméstica é produto direto da desigualdade de gênero, que, por sua vez, é reproduzida e fomentada pela ideia patriarcal de sociedade. O patriarcalismo denota a existência de um sistema político e social que impõe ao homem o domínio sobre o social: o masculino detém o poder sobre o feminino. Este sistema “impregna e comanda o conjunto das atividades humanas, coletivas e individuais” (HIRATA, 2009, p. 173). Na prática, funciona (SOLNIT, 2017, p. 27) como um mecanismo que, ao subjugar e, com isso, reduzir o espaço ocupado por mulheres, lhes nega direitos, trabalho, independência, desenvolvimento, cultura, política e liberdade.

Não é de se surpreender que a violência doméstica seja fruto desse sistema, uma vez que a situação evidencia o sentimento do masculino de possuir direito subjetivo em explorar e subjugar a existência feminina – há o verdadeiro sentimento de pertença, de posse: o que seria da mulher que não uma mera figura subalterna? Este tipo de pensamento é germinado não nas diferenças biológicas entre os gêneros, mas em construções sociais (HIRATA, 2009, p. 67) que são repassadas, reproduzidas e ensinadas (LOPES, 2013, p. 133), por vezes, pelas próprias mulheres, na medida em que (não raras vezes) não se dispõem de instrumentos (BOURDIEU, 2002, p. 51) que possam reconhecer, modificar e, enfim, cessar a perpetuação da dominação do masculino sobre o feminino. Tais construções sociais podem ser facilmente exemplificadas na divisão do trabalho (HIRATA, 2009, p. 67): enquanto aos homens é destinado o trabalho produtivo, às mulheres o trabalho doméstico e reprodutivo; novamente, delimita-se como espaço circunscrito ao feminino a casa, a família, os filhos e o espaço privado.

Dados do IBGE (atualizados até o mês de junho de 2018) indicam que, enquanto os homens tendem a possuir trabalhos formais de 44h semanais, as jornadas de 30h semanais são ocupadas majoritariamente por mulheres. As hipóteses levantadas pelo Instituto sugerem que tal fato se deve à jornada invisível da mulher, materializada nos cuidados com pessoas e afazeres domésticos: as mulheres dedicam 73% mais horas a tais tarefas do que os homens (ESTATÍSTICA, 2018, p. 3). Igualmente demonstra-se que as mulheres, independente de raça, representam

a maior parte da população que atende ao ensino médio⁶ e que, aos 25 anos, possui ensino superior completo⁷.

Todavia, mesmo diante destes dados, os salários mensais dos homens são substancialmente superiores do que os destinados às mulheres: porquanto o rendimento mensal habitual dos homens encontra-se na casa dos R\$ 2.300,00, o das mulheres em R\$ 1.700,00 mensais. A necessidade de destinar grande parte de seu tempo aos afazeres domésticos, imposta pela percepção do papel social desempenhado por cada gênero, influi em muito na sua perspectiva de salário mensal, muito embora as mulheres possuam maior nível educacional do que homens. É patente a conclusão a que se chega: a hierarquização entre homens e mulheres influi na valoração do trabalho. O trabalho exercido por homens, mesmo que menos instruídos, é remunerado de forma muito superior ao das mulheres, havendo clara e indubitável discriminação salarial entre os gêneros, ocasionada pela menor importância dada ao trabalho feminino. Neste sentido:

Compreendemos que esses dados são indicativos de uma sociedade que trata homens e mulheres a partir de uma lógica na qual a diferença se converte em desigualdade. Essa desigualdade, que é econômica e de capacidade de tomada de decisões, mostra a diferença de posições de poder que homens e mulheres ocupam, a despeito do preparo para assumir um cargo e receber o mesmo salário por ele. (THINK OLGA, 2014)

A condição feminina é pautada na construção social que tem raiz na concepção da família e possui clara relação com a divisão sexual do trabalho: enquanto o homem é provedor, a mulher possui a obrigação automática e natural de cuidar e administrar a casa, além de criar e educar os filhos, negando sua participação econômica no âmbito doméstico (seja tanto por meio do trabalho externo, quanto pela substancial execução do trabalho doméstico). Tais posições atribuídas aos gêneros pela vivência social, confirmadas inclusive pelo sistema jurídico (LOPES, 2013, p. 135), e que se perpetuam à medida que não são combatidas, entregam ao homem não somente o papel de provedor do lar, mas, conseqüentemente, de responsável pelas decisões e detentor da autoridade dentro do ambiente doméstico. Há patente assimetria entre as relações de poder (BANDEIRA, 2009, p. 404) entre homens e mulheres, em especial na relação familiar e no lar.

Quando esses paradigmas são rompidos e as mulheres não mais correspondem aos padrões de comportamento, vivência, aparência a elas impostos, a opressão masculina se torna mais forte e poderosa, na intenção de não permitir a quebra da conduta até então esperada. A violência doméstica, portanto, tem como causa fundamental a quebra de expectativa destes papéis de gênero perpetuados (THINK OLGA, 2014). Em vista da naturalização da dominação masculina sobre as mulheres, como também das manobras para manutenção desta situação, a violência doméstica demorou a ser reconhecida como um problema que foge ao âmbito privado: somente em 2006 foi criada uma lei de tutela específica de mulheres vítimas de violência doméstica (Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha).

A prática da violência doméstica não somente nega à mulher a sua integridade psicofísica, uma vez que atinge tanto o corpo físico da mulher, como também a sua *psiqué*, causando-lhe sintomas de depressão, ansiedade, baixa estima, como também sua liberdade, sua dignidade. Há uma clara negação de direitos. Nessa esteira, a assimetria de poder existente entre os sexos ocasiona a compreensão do feminino como propriedade do masculino, em especial quando se tratam de relações conjugais: “[as mulheres] deixam de ser tidas como autônomas cidadãs, perdem ainda a liberdade de escolha e muitas não têm o explícito direito de existir fora de sua pertença contratual, a um dono-marido-patrão-masculino” (BANDEIRA, 2009, p. 408).

⁶ 73,5% da população feminina, enquanto apenas 63,2% da população masculina frequentou o ensino médio.

⁷ 23,5% das mulheres brancas e 10,4% das mulheres pretas ou pardas possuem ensino superior completo. Por sua vez, apenas 20,7% dos homens brancos e 7,0% dos homens pretos e pardos estão na mesma situação.

Destarte, é evidente que a ofensa à mulher pela violência doméstica desempenha função de sustentáculo da posição desigual do feminino no social, uma vez que atinge a dignidade humana da vítima ao transformá-la em mero objeto passível de ser subjugado. Eis que todo o substrato material (MORAES, 2017, p. 85) da dignidade da mulher é atingido, deixando-lhe órfã de seus direitos mais básicos e que fundamentam a sua humanidade. São substancialmente lesionados os princípios que compõe, de forma básica, a dignidade da pessoa humana: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade.

A lesão à igualdade é evidente, uma vez que a violência doméstica é fruto de diferenças existentes, não entre os sexos, mas entre a construção social realizada sobre eles pautada na desigualdade e assimetria de poder. Assim sendo, é possível afirmar que a igualdade, no sentido de igualdade material, uma vez que a formal já foi garantida constitucionalmente, apenas será de veras atingida no momento em que a percepção social acerca do papel da mulher seja alterada, de forma que o feminino passe a ser visto como sujeito de direitos em sua totalidade.

O direito à liberdade, por sua vez, é impossibilitado à mulher de forma drástica, embora silenciosa: ela é obrigada a renunciar às suas opções e escolhas pessoais para se manter no papel social dela expectado, sob pena de ser violentada de diversas formas. Assim, diante da impossibilidade de exercer suas escolhas individuais dentro dos limites estabelecidos pela ordem constitucional e infraconstitucional, a mulher tem sua liberdade completamente lesionada. Mesmo nos casos em que a vítima consegue se desvencilhar da situação de violência doméstica, a mulher permanece sentindo os efeitos da limitação ao seu direito na medida em que passa a não mais se reconhecer como indivíduo que era, sofrendo as consequências psíquicas, quiçá físicas (como a própria Maria da Penha, que deu ensejo à edição da Lei nº 11.340/2006) da violência a qual foi submetida.

A ofensa ao princípio da solidariedade social decorre da inobservância da reciprocidade do grupo de cidadãos, no sentido de que a prática de um ato de violência, praticado em razão de gênero, implica o não reconhecimento do outro como seu igual, sujeito também de direitos. Eis que a prática da violência contra a mulher não afeta apenas a vítima de maneira individual, produzindo consequências que serão sentidas por toda coletividade.

Neste sentido, a ONU (BRASIL, 2017, on-line) divulgou que, ao ano, a violência doméstica contra a mulher custa ao mundo o valor aproximado de US\$ 1.500.000.000,00 relativo ao montante destinado ao atendimento das vítimas⁸, a aplicação de leis e as consequências das agressões na vida da ofendida. Ainda na perspectiva solidarista, as consequências da violência também podem ser observadas na produtividade da mulher e na manutenção do seu emprego. Pesquisa formulada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento no Canadá e Estados Unidos indicou que 30% das mulheres que foram vítimas da violência doméstica perderam seus empregos como resultado da agressão sofrida, sendo que 94% de todas as mulheres faltaram pelo menos um dia de trabalho por ano em razão da situação apresentada (FERRACINI NETO, 2018, p. 256).

Por fim, a lesão à integridade psicofísica da mulher é a mais acessível à compreensão, embora não menos profunda e significativa. Inicialmente, pois pode ter consequências visíveis, na forma de agressões físicas. Nestas ocasiões, o local onde a maior parte das agressões ocorrem

⁸ Em 17/09/2019 foi aprovada a Lei nº 13.871/2019, que altera a Lei Maria da Penha e insere três parágrafos ao art. 9º da Lei nº 11.340/2006, os quais tratam da necessidade de que o agressor (i) ressarça todos os danos causados a mulher; (ii) ressarça ao Sistema Único de Saúde (SUS) os custos para prestação dos serviços de saúde necessitados em razão da violência doméstica praticada à vítima e também; (iii) seja responsável pelos custos advindos dos dispositivos de segurança utilizados para o monitoramento das vítimas amparadas por medidas protetivas, resultando em diminuição de gastos ao Estado advindos da violência doméstica.

é no rosto/face, seguido pelos membros superiores e órgãos genitais, sendo exemplificadas como danos corporais (BRASIL, 2017, p. 50). Embora este tipo de violência seja mais palpável, esta não é a única lesão que pode ser provocada à integridade da mulher. Deve-se atentar ao fato de que a violência doméstica produz consequências devastadoras ao psicológico das mulheres vitimadas, na medida em que é causadora de doenças psicossomáticas, depressão, ansiedade, estresse pós-traumático, disfunção sexual, entre outras (GOMES, 2014, p. 139).

Ademais, os direitos da personalidade da mulher são atingidos na medida em que se fere a sua honra e imagem em razão da humilhação a qual é submetida, resultando na construção de crenças depreciativas que influem de maneira direta na autoestima da vítima, levando-a a se enxergar de forma desvalorizada (GUIMARÃES, 2017, p. 1992). É inegável, portanto, que o direito fundamental à dignidade da mulher é lesado quando da prática da violência doméstica contra esta última, derivando deste ato dano moral reparável.

A contrariedade aos substratos do princípio da dignidade da pessoa humana, acima delineados, compõe o fundamento do dano moral *in re ipsa* por violência doméstica, que podem ser deduzidos do Recurso Especial nº 1.675.874-MS do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, um questionamento subsiste: a violência doméstica contra a mulher pode ser considerada precursora de um novo tipo de dano, em razão da perpetuação da discriminação e subjulgamento feminino?⁹

Para responder a esta questão, deve-se considerar que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial, ora comentado, expôs as razões pelas quais a tutela da mulher nos casos de violência doméstica é devida: trata-se de observar os ditames constitucionais. Busca-se preservar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), a igualdade (art. 5º, I da CF) e otimizar o princípio da vedação de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI da CF), além de assegurar assistência a qualquer integrante que compõe a família (art. 226, §8º da CF). É um meio também de defesa da liberdade e do fortalecimento jurídico (realizado por meio da otimização e maximização da tutela jurídica e dos instrumentos normativos disponíveis para auxiliar no sofrimento e malefícios da violência), bem como uma forma de salvaguardar o valor da mulher como pessoa humana, observando seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, segurança, propriedade, honra e imagem. Com efeito, a lesão da dignidade e da personalidade da mulher por meio da violência doméstica é um interesse a ser tutelado, pois atinge o núcleo fundamental (AMARAL, 2002, p. 244), o marco jurídico inicial do ordenamento jurídico brasileiro: a pessoa humana, concretizada na sua dignidade.

Por outro lado, não há sequer um argumento justificador para concessão de tutela ao interesse lesivo: seja pelo sentimento de posse do homem, seja pela tentativa de manutenção do *status quo* masculino, seja pela não aceitação do fim de um relacionamento, a agressão praticada a outrem é ato ilícito proibido pelo ordenamento jurídico. Não se apresentam aqui quaisquer hipóteses que pudessem elidir a ilegalidade do ato praticado: “em situações como estas [proibidas pelo ordenamento], por prévia determinação legislativa, o interesse lesado prevalece incondicionalmente sobre a conduta lesiva proibida” (SCHREIBER, 2007, p. 157).

Todavia, não se acredita que apenas os danos indicados pelo Superior Tribunal de Justiça sejam os causados a uma mulher vítima de violência doméstica. Em realidade, conforme se demonstrou, a violência doméstica funciona como um ciclo de perpetuação da dominação masculina sobre o feminino, sustentando a desigualdade existente entre homens e mulheres e ensejando novos danos. Eis que os danos psicológicos causados em mulheres vítimas de violência domé-

⁹ Para que tal análise seja feita, utilizar-se-á a metodologia apresentada por Anderson Schreiber, exposta na obra “Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos” (SCHREIBER, 2007, p. 137-177).

tica são perenes, provocando, por consequência, lesão à estima da mulher, dificuldade na manutenção e na capacidade produtiva do trabalho, na conquista da independência financeira, de se posicionar como detentora de opinião em espaços privados e públicos e, inclusive, dificuldade em romper com o ciclo da violência.

Neste sentido, veja-se que 36,6% das mulheres que denunciam a agressão doméstica alegam não ter sido a primeira vez que foram agredidas, levando o Ministério da Saúde a concluir que o “elevado percentual de violência de repetição entre mulheres adultas demonstra o caráter crônico da violência, especialmente da violência doméstica contra as mulheres, e a dificuldade encontrada em romper o ciclo da violência” (BRASIL, 2017, p. 158).

Não há dúvida, portanto, que a violência doméstica funciona como sustentáculo da posição feminina concebida pela parcela machista e patriarcal da sociedade, que entende ser a mulher inferior ao homem em todos os âmbitos da vida pessoal e social: a violência doméstica oprime e impede, por muitas vezes, o desenvolvimento regular da mulher como ser social, mantendo-a em uma posição de subalternidade.

Percebe-se a perpetuação de um ciclo de violência infligido ao feminino, que não se restringe ao aspecto físico ou psicológico. Aprisiona-se a mulher a concepções retrógradas de comportamento no âmbito doméstico e público, restringindo sua forma de pensar, suas manifestações, sua forma de vestir e agir, os lugares frequentados e até mesmo as profissões que pode almejar. Não obstante, permanece-se a desigualdade salarial percebida em relação ao feminino, que possui o condão de fortificar o ciclo de violência apresentado. Os efeitos desta perpetuação são evidentes: mantem-se o abismo existente entre a concepção do “ser mulher” e do “ser homem”, fortalecendo a desigualdade de gênero que é causa e também consequência da violência doméstica.

Assim, parece óbvia e patente a necessidade de que o dano causado pela perpetuação da violência doméstica também seja tutelado pelo Judiciário, uma vez que o ordenamento jurídico, em especial a Constituição da República, apresenta a igualdade como interesse a ser defendido. A República brasileira tem como a promoção do bem de todos, sem discriminação de sexo, dispondo quanto a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade de todos os cidadãos, não admitindo tratamentos discriminatórios que atentem contra direitos fundamentais ou liberdade.

Neste sentido, é de se concluir que, em vista da inexistência de taxatividade (MORAES, 2017, p. 121) de situações que por violarem os direitos da personalidade possam ser tuteladas pelo direito, a perpetuação da desigualdade de gênero por meio da violência doméstica, tem como condão impedir o desenvolvimento pessoal e social da mulher. Considerando uma forma de violentá-la em diversos aspectos de sua existência, o dano decorrente da violação da condição feminina deve ser considerado um novo dano ressarcível e, nesta medida, combatível.

Da leitura dos argumentos expostos pelos julgadores, fica evidente que a tese fixada foi diretamente influenciada pela condição feminina anteriormente apresentada, funcionando como verdadeira forma de combate à naturalização da violência doméstica. À exemplo, recorrentemente em seu voto, o Relator do referido Recurso Especial trata da vulnerabilidade da mulher nas relações domésticas, pugnando por um verdadeiro processo de humanização das vítimas deste tipo de violência na medida em que se baseia em estatísticas que demonstram a realidade da violência doméstica:

...necessária a mais desinibida intervenção estatal (...) ante os alarmantes dados estatísticos, os quais indicam que, na maioria dos casos, a vítima acaba por não representar contra o agressor, ou por afastar a representação anteriormente formalizada, enquanto o agente, por sua vez, passa a reiterar seu comportamento ou a agir de forma

mais agressiva, aprofundando, assim, o problema e acirrando sua inviabilidade social (BRASIL, STJ, REsp 1675874, 2018, p. 16).

A racionalização por trás da tese fixada se baseia ainda na desnecessidade de revitimização da mulher, que já se encontra em posição de vulnerabilidade e fragilidade e seria obrigada a reviver e comprovar a extensão da afetação da violência em sua vida, muitas vezes de difícil constatação. Eis que como foi demonstrado são diversas as marcas deixadas na mulher vítima de violência doméstica, posto que em vários dos casos as consequências não são tão óbvias, tampouco aparentes. As pesquisas realizadas sobre a temática demonstram de maneira inequívoca que a prática de violência doméstica contra a mulher já seria, por si só, danosa e, consequentemente, merecedora de tutela jurisdicional:

[...] [não se mostra razoável] a exigência de instrução probatória acerca do dano psicológico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima, etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa (BRASIL, STJ, REsp 1675874, 2018, p. 2).

Neste contexto, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça denota notável e fundamental guinada contra o machismo estrutural, embasada tanto na normativa constitucional e infraconstitucional quanto no contexto social experimentado pelas mulheres brasileiras, buscando-se efetivar a tutela jurisdicional quando se trata da violência doméstica contra a mulher.

4. PROBLEMATIZANDO O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.675.874 – MS: O DANO MORAL PELA SUA PERPETUAÇÃO?

No caso ora analisado, em vista da inacessibilidade à sentença penal condenatória na qual foi fixado o valor mínimo de reparação por danos morais da vítima e como o Superior Tribunal de Justiça limitou-se a restabelecer o valor outrora fixado, não é possível analisar os fundamentos que motivaram o convencimento do magistrado pela indenização mínima de R\$ 3.000,00.

Todavia, enquanto defendia a possibilidade de que um valor mínimo fosse fixado em sentença penal condenatória para posterior execução no Cível, aduziu o STJ que referida indenização deveria ser aferida a partir dos seguintes critérios: (i) ponderação das situações concretas apresentadas; (ii) gravidade do ilícito; (iii) intensidade do sofrimento; (iv) condição socioeconômica da vítima e do ofensor; (v) grau de culpa.

Diante de tais parâmetros, cabe investigar a influência do “ser mulher” e da condição feminina no valor mínimo fixado de R\$ 3.000,00 a título de danos morais.

A possibilidade de reparação dos danos morais apenas foi positivada e, portanto, plenamente aceita no âmbito jurídico quando da promulgação da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, V e X assim estabelece:

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

V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Quando há dano material, busca-se restituir o lesado ao seu *status quo ante* a partir da ideia de equivalência, sub-rogando a coisa ou o valor no prejuízo. Na hipótese de danos morais, diante da impossibilidade de que o sujeito retorne ao seu *status* inicial e se veja livre do dano a si infligido, fala-se apenas na possibilidade de compensação por meio do pagamento de indenização. Em se tratando de danos morais, o livre arbitramento pelo juiz foi a maneira mais justa encontrada para quantificar o *quantum* indenizatório, uma vez que possibilita ao magistrado o conhecimento das peculiaridades do caso concreto e a sua efetiva ponderação, a fim de encontrar um montante razoável e adequado.

Neste sentido, as decisões proferidas devem ser sempre motivadas e explicitados os motivos do convencimento, sob pena de transformar o livre arbitramento em arbitrariedade.¹⁰ Deve, portanto, possibilitar que a racionalidade da decisão seja compreendida pelos jurisdicionados, a fim de que seja observado o direito destes a um processo justo e livre de discricionariedades (MORAES, 2017, p. 275).

Ainda que o livre arbítrio do magistrado seja a técnica defendida para a aferição do valor da indenização por danos morais, certos critérios se apresentam na jurisprudência como sendo os mais utilizados para este fim, como, por exemplo, o enriquecimento sem causa, a extensão do dano, a posição social da vítima, a simples violação do direito, a razoabilidade, dentre outros (PÜSCHEL, 2011, p. 25).

Inicialmente, compreende-se que referido valor, caso não seja levado à execução no Juízo Cível, sequer atende a quaisquer dos parâmetros brevemente mencionados pelo Superior Tribunal de Justiça: o caso apresentado no Recurso Especial nº 1.675.874 – MS trata de violação à norma penal, não havendo ponderação a ser realizada, à medida que o direito da mulher à sua vida, liberdade, integridade, honra e tantos outros foram sumariamente dela retirados.

A intensidade do sofrimento no momento de fixação de uma indenização mínima tampouco pode ser analisada, desta vez, por limitações jurídico-processuais. Porquanto se trata de dano moral *in re ipsa*, os danos concretos ocasionados não são debatidos, tampouco o é a intensidade do sofrimento imposto à vítima¹¹.

Por sua vez, a condição socioeconômica da vítima e o grau de culpa do ofensor tratam de parâmetros a serem utilizados e consubstanciados na análise do *quantum* indenizatório quando se impõe a aplicação dos *punitive damages* – fato que não se verifica no caso em comento, em especial pela possível caracterização de *bis in idem* decorrente da condenação já na esfera penal.

Quanto à gravidade do ilícito, a discussão a se travar novamente tem fundamento na condição da mulher na sociedade: qual o valor dado à mulher como ser humano, detentora de direitos? A violência contra a mulher é tão naturalizada que sequer permite que os julgadores percebam a gravidade do ilícito que se coloca à sua frente, de maneira que se admite esta situação como corriqueira, simples e facilmente resolvível.

Ainda que exista a possibilidade de que a sentença penal condenatória seja levada à execução no Juízo Civil, é de se imaginar que apenas a extensão dos danos seja analisada neste momento processual, porquanto o critério de gravidade do ilícito se denota da mera análise do caso concreto. Neste sentido, o valor mínimo fixado em R\$ 3.000,00 demonstra que, embora o

¹⁰ Veja-se, inclusive, que tal entendimento encontra respaldo também na legislação processual: artigo 489 do Código de Processo Civil.

¹¹ Este critério, no entanto, deverá ser aplicado em caso de liquidação da sentença penal no Juízo Cível, utilizando-se do instituto de liquidação.

Judiciário acerte em conceder maior proteção à mulher ao enunciar a presunção do dano sofrido, falha ao naturalizar a violência doméstica no momento em que a considera pouco, ou nada grave.

Com vistas a determinar o lugar do acórdão em comento na linha jurisprudencial traçada pelo Superior Tribunal de Justiça, procede-se a uma comparação com outros casos, nos quais aquela corte se manifestou em relação ao *quantum* indenizatório por danos morais. O primeiro caso versa sobre atropelamento culposo de pessoa do sexo masculino, que resultou em lesão ao fêmur da vítima: a indenização por dano moral, concedida em primeira e segunda instâncias, foi mantida no valor de R\$ 50.000,00. Eis que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que tal quantia não foi ínfima ou desproporcional (BRASIL, STJ, AgInt no AREsp 1435566, 2017, p. 4). Em outra oportunidade, uma consumidora caiu no chão de um supermercado, tendo sido vítima de lesões leves devido à queda. Entendendo pela responsabilidade objetiva do fornecedor, o Juízo de primeiro grau determinou a indenização da consumidora na quantia de R\$ 10.000,00 pelos danos morais sofridos. Tal montante foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, por não se tratar de quantia irrisória ou excessiva (BRASIL, STJ, AgRg no AREsp 768.585, 2015, p. 5).

Note-se que, em ambos os casos, foram fixadas indenizações muito superiores às do Recurso Especial nº 1.675.874-MS. Contudo, o que se pretende aqui pontuar não é a inexatidão do Superior Tribunal de Justiça ou das instâncias inferiores no exame do caso analisado, tampouco afirmar a irrelevância dos fatos apresentados nas demais decisões trazidas ao exame. Questiona-se, em realidade, a importância que o Judiciário confere à violência doméstica contra a mulher.

No caso que se analisa, rememore-se: a vítima foi agredida com forte tapa pelo seu ex-companheiro, tendo sido derrubada ao chão. Insatisfeito, seu algoz entrou no carro e a atropelou. Embora seja facilmente perceptível a gravidade desta situação, o tribunal de primeiro grau entendeu que bastava fixar como indenização mínima por danos morais o valor de R\$ 3.000,00, o qual corresponde a apenas 6% do valor de indenização por danos morais em um dos casos apresentados, que não apresenta relação com a violência doméstica¹².

Bem se sabe que a liquidação no Juízo Cível pode amenizar tal discrepância, mas novamente se questiona: a gravidade do ilícito não deveria, por si só, ser influente na majoração desta indenização? Os ideais, machista e patriarcal, enraizados na sociedade brasileira, foram ideologias determinantes nesta análise, que demonstrou certa irrelevância pela violência doméstica contra a mulher? A não compreensão da responsabilidade civil como forma de proteção aos direitos fundamentais lesionados influiu na aferição de indenização tão baixa quanto à aplicada no Recurso Especial comentado?

Compreende-se que sim. Não fosse a tendência ainda hoje existente de conceber a mulher como mero objeto, subjugado ao masculino, de forma que a violência doméstica se torna situação natural e esperada quando do rompimento dos papéis sociais de cada um, o Judiciário entenderia a profundidade do ilícito, determinando indenização mínima superior ao ora vislumbrado.

Ademais, note-se que talvez os maiores danos que possam ser percebidos na mulher vitimizada pela violência doméstica são aqueles que, de forma substancial, atingem a sua dignidade, em todo seu substrato: desde sua integridade psicofísica à sua liberdade, como também seu direito ao tratamento e pertencimento igualitário na sociedade (nas dimensões da solidariedade

¹² Necessário pontuar que, embora esteja-se ciente quanto às discussões doutrinárias existentes no que tange a indenização por dano moral em relações familiares, entende-se que a indenização por dano moral em virtude da prática de violência doméstica não deve ser questionada, uma vez que se trata de ato ilícito rechaçado pelo ordenamento brasileiro. Neste sentido: MORAES, 2006, p. 188.

social, inclusive), igualmente em razão do caráter perpétuo da violência doméstica quando em relação ao papel imposto muitas vezes à mulher.

Consigne-se, assim, que, em vista de tantos direitos que são sumariamente ceifados da mulher por meio de um episódio de violência, a indenização por danos morais a qual ela faz *jus* deveria ser substancialmente maior à que foi avalizada na situação do Recurso Especial nº 1.675.874-MS, do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, torna-se possível afirmar que o Judiciário também carrega sua parcela de culpa na diminuição da condição feminina: mesmo nos casos em que se admite a existência e a ocorrência da violência doméstica contra a mulher, a punição do agressor é leve, por vezes sendo aplicado apenas o mínimo de pena disponível. Ainda, a compensação pelo dano moral sofrido sequer atinge patamares aceitáveis. No caso do Recurso Especial nº 1.675.874-MS, apenas R\$ 3.000,00 de indenização por danos morais foram deferidos à mulher vitimada pelo seu companheiro, que além de agredi-la, atropelou-a com seu próprio carro. Some-se a este fato que na esfera penal o algoz foi condenado apenas a quatro meses de detenção em regime aberto, sendo que o Código Penal estabelece como pena mínima a detenção de três meses.

Muito embora a caracterização do dano moral à mulher vitimada pela violência doméstica como *in re ipsa* avance na tutela de mulheres em situação de violência doméstica, não se compreende que tal caracterização limite a análise das lesões a direitos e princípios provocadas pela violência perpetrada. Apesar de a presunção do dano ser empecilho para análise aprofundada das consequências fáticas ocasionadas à lesionada, a lesão à dignidade humana da mulher vitimada é evidente em qualquer situação de violência doméstica, embora sua gradação não possa ser efetuada nestes casos¹³.

Note-se que, novamente, se retorna ao ponto de início da discussão: não fosse a mentalidade patriarcal do Judiciário, que tende a naturalizar situações de violência contra a mulher, a prática de violência doméstica seria detentora de tamanha gravidade que, mesmo que impossibilitado de realizar a gradação do ilícito praticado, as indenizações por danos morais não seriam tão irrisórias quanto a vislumbrada no Recurso Especial comentado.

Nada obstante, acredita-se que a majoração no porte das indenizações concedidas como compensação por danos morais sofridos por mulheres vitimadas por seus cônjuges, companheiros, amigos é uma questão de justiça (MORAES, 2006, p. 176), pois se trata de conceder proteção aos direitos fundamentais de sujeitos de direito marginalizados pelo Direito em si. Para tanto, chama-se a atenção ao já proclamado por Stefano Rodotà: a responsabilidade civil não deve ser tratada apenas como uma resposta assertiva da civilística ao ato ilícito (o que de fato o é), mas também como uma forma de conceder proteção a direitos fundamentais lesados (*Apud* MORAES, 2006, p. 176). Veja-se, então, que a somatória destas duas concepções não teria outro resultado que não a majoração da indenização mínima mantida pelo Superior Tribunal de Justiça em caso tão grave quanto o ora comentado.

¹³ Em que pese saiba-se que a caracterização do dano moral como *in re ipsa* tenha como consequência a impossibilidade da análise dos danos sofridos de maneira mais aprofundada no Juízo Penal, entende-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à presunção do dano continua sendo mais benéfico à realidade fática vivida por mulheres vítimas da violência doméstica, uma vez que a comprovação do dano é penosa à vítima, seja pela dificuldade na produção probatória, seja pela probabilidade de revitimização da mulher caso tal prova fosse exigida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Intencionar a reflexão acerca das influências da condição feminina, tanto no que tange a ampliação de sua tutela, quanto à ampliação do abismo existente na sociedade patriarcal atual, não é tarefa fácil no âmbito jurídico. Porquanto o mundo jurídico é a expressão da realidade e ânsia social, também é o sustentáculo de uma sociedade, podendo atuar na manutenção de certos paradigmas ou na destruição e construção de novos.

Neste sentido, o anseio por aperfeiçoar a tutela da mulher se justifica pela tentativa de reduzir a desigualdade de gênero que tanto maltrata mulheres e homens, colocando-os em posições sociais que nem sempre correspondem à sua vontade e, talvez, façam com que estes personagens sequer saibam quais são suas vontades.

Com efeito, o presente comentário tem a pretensão de demonstrar que o combate a violência doméstica também se traduz no combate à desigualdade de gênero, a qual dá causa e ao mesmo tempo é perpetuada por essa forma de violência contra a mulher, especialmente por ser um momento em que tantos direitos fundamentais são ceifados das mulheres vitimadas. Ainda, que se impõe um combate expressivo contra esta realidade¹⁴ por todos os setores sociais, especialmente pelo Judiciário, garantidor de direitos e deveres de cada componente da sociedade.

Neste contexto, buscou-se explorar a tese fixada pelo Recurso Especial nº 1.675.874 – MS, que tratou de forma incisiva da condição hoje vivida pela mulher brasileira, ao mesmo tempo em que demonstrou a naturalização não apenas da violência doméstica, mas também de seus efeitos, especialmente quando se analisa o valor de indenização mínima fixado para o dano moral presumido pela alta corte do país.

Ao passo em que a decisão do Superior Tribunal de Justiça analisada por este comentário pode ser julgada promissora no que atine ao entendimento de que o dano moral sofrido por mulher vítimas de violência doméstica é *in re ipsa*, é imperativo que se reconheça a existência de um silenciamento do mesmo Tribunal quanto a gravidade do ilícito cometido por quem é algoz da violência doméstica.

Nesta medida, embora o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela presunção do dano moral quando comprovada a existência de violência doméstica possa auxiliar a romper paradigmas e humanizar a mulher vítima, a jornada pela conscientização do Judiciário ainda se mostra longa: não é de se admitir que a vida, sanidade e qualidade de vida de uma mulher seja tão pouco valorosa que se entenda por indenização tão irrisória quanto a proposta no Recurso Especial nº 1.675.874 – MS.

Por tal razão, o presente comentário ambicionou apontar a existência de possível novo dano moral, o qual possui seu fato gerador na perpetuação da desigualdade de gênero perpetuada pela prática da violência doméstica e que possui como consequência a manutenção do sistema patriarcal em que ainda se vive.

Nesta medida, ainda que se reconheça a necessidade de que o Judiciário possua papel ativo no rompimento do ciclo da violência contra a mulher, observado no âmbito doméstico, não se pode apenas espelhar tal função aos operadores da lei. Em realidade, todos os atores sociais devem estar comprometidos com uma evolução de paradigmas, para que mulheres e homens não mais sejam estigmatizados em papéis construídos.

¹⁴ De acordo com dados registrados pelo sistema Ligue 180, da Secretaria de Políticas para Mulher (SPM/R), em 2015 foram realizados 76.651 atendimentos relacionados a casos de violência doméstica contra mulheres (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2018, p. 11).

É apenas diante deste combate generalizado que as desigualdades de gênero poderão, enfim, ser superadas, tendo como consequência direta a substancial diminuição nos casos de violência doméstica praticada contra a mulher.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAKER, Milena. **A tutela penal da mulher no direito penal brasileiro**: a violência física contra o gênero feminino. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 358 p.
- BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 24, n. 2, p. 401-438, maio 2009. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=339930896012>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BONNARD, Jérôme. **Méthode de travail de l'étudiant en droit**. 5. ed. Paris: Hachette Supérieur, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Tradução de: Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (Org.). **Atlas da Violência 2019**. 2019. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia_2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.
- BRASIL. **Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.
- BRASIL, Nações Unidas. **Violência contra a mulher custa US\$ 1,5 trilhão ao mundo, alerta ONU no dia laranja**: Neste 25 de maio, Dia Laranja pelo Fim da Violência contra as Mulheres, as Nações Unidas reforçam seu apelo para que Estados-membros combatam violações dos direitos humanos de meninas e mulheres. Violência tem custo alto para países desenvolvidos e em desenvolvimento. A ONU Mulheres ressalta que investimentos em prevenção — como conscientização sobre desigualdade de gênero nas escolas — são menos custosos que as políticas atualmente necessárias para lidar com as consequências dos abusos. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/violencia- contra-a-mulher-custa-us-15-trilhao-ao-mundo-alerta-onu-no-dia-laranja/>. Acesso em: 18 jul. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial**: AgInt no AREsp 1420342 / RJ. Relator: Ministro Raul Araújo. DJ: 25/06/2019. Disponível em: <https://>

ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803420679&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 20 jul. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial:** AgRg no AREsp 239.749 / RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 21/08/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202130745&dt_publicacao=01/09/2014. Acesso em: 20 jul. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial:** AgInt no AREsp 1281519 / RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 25/09/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800914721&dt_publicacao=28/09/2018. Acesso em: 20 jul. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial:** AgInt no AREsp 1435566 / SC. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 02/02/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400361202&dt_publicacao=09/02/2017. Acesso em: 20 jul. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial:** AgRg no AREsp 768.585 / DF. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. DJ: 27/10/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502116727&dt_publicacao=09/11/2015. Acesso em: 20 jul. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso repetitivo em recurso especial:** REsp 1675874 / MS RS 2017/0140304-3. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 29/02/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=VIOLENCIA+DOM%20C9STICA+DANO+MORAL+IN+RE+IPSA&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASILIA. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos Não Transmissíveis e Promoção da Saúde. Ministério da Saúde (Org.). Viva: Vigilância de Violências e Acidentes: 2013 e 2014 [recurso eletrônico]. 2017. Disponível em: http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/viva_vigilancia_violencia_acidentes_2013_2014.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. **O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal:** notas sobre o novo art. 387, IV, do CPP. 2010. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20388%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como as coisas distintas podem coexistir sem se tocar. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1181>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de processo civil:** execução. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 1152 p.

ESTATÍSTICA, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 14 jul. 2019.

FERRACINI NETO, Ricardo. **A violência doméstica contra mulher e a transversalidade de gênero**. Salvador: Juspodivm, 2018.

GOMES, Iracema Costa Ribeiro et al. Enfrentamento de mulheres em situação de violência doméstica após agressão. **Revista Baiana de Enfermagem**, Salvador, v. 28, n. 2, p. 134-144, maio 2014.

HIRATA, Helena et al (Org.). **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Unesp, 2009.

LOPES, Ana Maria D`Ávila; MIRANDA, Sérgia Maria Mendonça. A discriminação de gênero no direito de família. In: MENEZES, Jocyane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **Direito das famílias: por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131-148.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. 358 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. SILVA PEREIRA, Tânia da; CUNHA PEREIRA, R. da (coords.). **A ética da convivência familiar. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PÛSCHEL, Flávia Portella (coord.). **Projeto Pensando o Direito**. A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência, nº 37/2011. São Paulo: Direito GV, 2011, 76 p.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SENADO FEDERAL, Observatório da Mulher contra a Violência. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais**. 2018. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-018.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2020.

SOLNIT, Rebecca. **Os homens explicam tudo para mim**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Cultrix, 2017.

THINK OLGA. **Meu corpo não é seu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

Submetido em: 11 maio 2020.

Aceito em: 15 mar. 2022.

O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Talden Farias

Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Paraíba.
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE),
Pernambuco.
taldenfarias@hotmail.com

Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), Paraíba.
giovannalyra@hotmail.com

RESUMO: A Carta Magna de 1988 elevou o meio ambiente à categoria de direito fundamental, ao dispor, expressamente, sobre a responsabilidade intergeracional por sua preservação em seu art. 225. É sabido que o reconhecimento de um direito como humano como tal importa na atribuição de um grau maior de relevância dentro da esfera de valores jurídicos, passando o mesmo a gozar de mais respaldo e instrumentalidade para se fazer valer. Em um mundo onde a cada dia os problemas ambientais são em maior número e em maior gravidade, é muito importante que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que decorre diretamente do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, seja considerado dessa forma, sob pena de que não se concretizem os ditames constitucionais sobre a proteção do meio ambiente. Neste sentido, o presente artigo tem o objetivo de analisar a importância da tutela jurídica do meio ambiente enquanto direito humano fundamental, bem como as consequências disto, tanto para o Estado, como para a população, através da análise de documentos nacionais e internacionais e da jurisprudência de tribunais superiores sobre o assunto, sendo, portanto, uma pesquisa bibliográfica e documental. Tratando-se de um direito cuja proteção é indispensável à manutenção da vida humana para as gerações atuais e futuras, a higidez do meio ambiente possui caráter inalienável e irrenunciável, e somente sua observância tem o condão de permitir a manutenção da vida humana digna em um planeta que, a cada dia, sofre mais com os efeitos nefastos da ação antropocêntrica e utilitarista frente à natureza.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Direitos fundamentais. Meio ambiente como direito fundamental.

Environment as a fundamental right

ABSTRACT: The 1988 Constitution raised the environment, a human right of third generation, to the category of fundamental right, when disposing of the intergenerational responsibility of its preservation in its article 225. It is well known that the recognition of a right as a human right implies the attribution of a greater degree of relevance within the sphere of juridical values, and that it enjoys greater support and instrumentality in order to assert itself. In a world where environmental problems are becoming more and more serious every day, it is very important that the right to the ecologically balanced environment, which derives directly from the overprinciple of the dignity of the human person, should be considered in this way, under pain of that the constitutional dictates on the preservation of the environment are not materialised. In this sense, this article aims to analyze the importance of legal protection of the environment as a fundamental human right, as well as the consequences for both the State and the population, through the anal-

ysis of national and international documents and the jurisprudence of higher courts on the subject. In the case of a right whose protection is indispensable to the maintenance of human life for present and future generations, the health of the environment is inalienable and inalienable, and only its observance has the power to maintain human dignity in a dignified manner in a planet that, every day, suffers most from the harmful effects of anthropocentric and utilitarian action against nature.

KEYWORDS: Environment. Fundamental rights. Environment as a fundamental right.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o mundo enfrenta, nos dias atuais, graves problemas decorrentes da ação negligente e irresponsável do homem no que tange à utilização irresponsável dos recursos ambientais para a consecução de seus ideais de desenvolvimento econômico. Destacam-se, entre estes, a escassez de água potável, as mudanças climáticas antropocêntricas, o processo de desertificação e de erosão do solo, a extinção de diversas formas de vida animal e vegetal, bem como o tratamento adequado de resíduos poluentes.

Por causa disso, surgiu, em escala mundial, uma preocupação com as ações humanas para com a natureza, levando em consideração a busca incessante pelo crescimento do mundo capitalista e globalizado, mas também considerando a necessidade de um manejo ambiental aplicado às mesmas, no sentido de diminuir os danos causados pela ação antropocêntrica e utilitarista do homem frente aos recursos naturais.

Nos últimos tempos, mormente a partir das três últimas décadas do Século XX, essa preocupação com os danos ambientais tem crescido em âmbito internacional, inclusive despertando a iniciativa da Organização das Nações Unidas (ONU) no que atine à preservação o planeta, para o bem desta e das futuras gerações – o que se convencionou chamar de responsabilidade intergeracional.

Esta mobilização internacional está devidamente refletida na legislação nacional, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que alçou o meio ambiente à categoria de direito humano fundamental, indispensável à manutenção de todas as formas de vida, em benefício das gerações atuais e daquelas do porvir.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo estudar o meio ambiente enquanto direito humano fundamental, através da análise pormenorizada dos conceitos de *direitos humanos*, *direitos fundamentais*, *direitos humanos fundamentais*, bem como da caracterização das consequências de se reconhecer um direito como tal. Com vistas a atingir o objetivo, o trabalho está estruturado em duas partes distintas: o primeiro se destina a teorizar acerca dos direitos humanos fundamentais, partindo, para tanto, de uma concepção eminentemente filosófica acerca da diferenciação entre três importantes categorias, quais sejam, **direitos humanos**, **direitos fundamentais** e **direitos humanos fundamentais**.

Dentro do primeiro item, abre-se passagem para a digressão sobre as gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais, situando-se o direito ao meio ambiente hígido situado na terceira delas, que compreende aqueles inerentes à própria condição humana e que não se destinam ao sujeito individualmente considerado, nem a uma coletividade destes, mas a todos os seres humanos e até mesmo não humanos, indistintamente, com vistas à preservação da vida no planeta. O segundo, por sua vez, busca situar o meio ambiente enquanto direito humano fundamental, através da análise de dispositivos da própria Constituição Federal, acompanhados da legislação internacional que trata sobre o assunto, a exemplo da Declaração do Milênio das Nações Unidas.

Ainda neste mesmo tópico, traz-se à baila recentes julgados de tribunais superiores brasileiros que corroboram com o entendimento aqui explicitado. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, que procurou fazer uma análise das normas, da jurisprudência e dos documentos internacionais relacionados ao assunto.

1. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

1.1. Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanos fundamentais

Existe um embate doutrinário envolvendo a terminologia direitos humanos fundamentais e as outras que são utilizadas indistintamente com o mesmo sentido, como direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.

De acordo com Paulo Bonavides¹, a expressão **direitos humanos e direitos do homem** é mais comum aos juristas anglo-americanos e latinos, enquanto que o uso de direitos fundamentais seria próprio dos autores germânicos. No entanto, Willys Santiago Guerra Filho² faz um corte epistemológico preciso ao definir os direitos humanos como uma pauta ética e política a ser seguida dentro de uma esfera supra-positiva, ao passo que os direitos fundamentais são manifestações positivas do Direito com capacidade para produzir efeitos em um determinado plano jurídico, de maneira que os direitos fundamentais são aqueles que o ordenamento jurídico vigente classifica como tais.

No mesmo sentido, Paulo de Bessa Antunes³ compreende que, em determinadas situações, a inexistência de uma lei não serve de obstáculo ao exercício de um direito, justamente porque há alguns destes que não precisam de positivação para que sejam garantidos aos seres humanos. Exemplo disto são os direitos humanos, cuja incorporação ao ordenamento jurídico interno representa uma maior garantia de que serão respeitados, tanto pelo Estado como pelos jurisdicionados, mas cuja falta de internalização não serve de fundamento para afastar sua incidência.

Logo, todos os direitos fundamentais seriam direitos humanos, visto que aqueles necessariamente se originam deste, mas nem todos os direitos humanos seriam direitos fundamentais, porque existem direitos humanos que ainda não estão positivados. Assim sendo, pelo fato de não ocorrer no campo empírico maiores diferenças entre um e outro, e para deixar claro que o objeto deste trabalho diz respeito aos direitos humanos no mais amplo sentido possível, a terminologia adotada neste trabalho é direitos humanos fundamentais⁴.

Os direitos humanos fundamentais são aqueles direitos sem os quais a vida não pode se desenvolver plenamente. Segundo Alexandre de Moraes, trata-se do “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade,

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 216.

² GUERRA FILHO, Willys Santiago. Dimensões dos direitos fundamentais. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, V. 1, nº. 1. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1996, p. 14.

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 23.

⁴ José Afonso da Silva (2001, p. 78) utiliza a terminologia “direitos fundamentais do homem”, justificando sua escolha em razão de que, “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele preconiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”⁵.

Essa consagração das liberdades públicas dos indivíduos frente ao Estado e essa garantia de um piso mínimo de dignidade, o que é o cerne dos direitos humanos fundamentais, fazem parte do ordenamento jurídico de todas as democracias – seja na esfera constitucional ou infraconstitucional, seja por meio do direito consuetudinário ou por meio do direito internacional (convenções internacionais e os tratados). No entendimento de Fábio Konder Comparato⁶, o fato de os direitos humanos fundamentais não poderem ser suprimidos ou restringidos significa que eles consistem na essência do próprio conceito de cidadania, sendo por isso imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

Trata-se de direitos invioláveis, em vista da impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas, e universais, por abarcarem todos os indivíduos independentemente de raça, credo, sexo, idade ou condição social⁷. São também interdependentes e complementares, porque a aplicação ou a efetivação de um repercute necessariamente na dos outros e porque a aplicação de um deve ser sopesada com a dos outros em cada caso prático.

A fundamentação dos direitos humanos fundamentais é de origem filosófica e religiosa e tem um conteúdo ético indiscutível. Celso Ribeiro Bastos⁸ lembra que o Cristianismo contribuiu para a ideia de que cada indivíduo é criado à imagem e semelhança de Deus e que por isso deve ser tratado com equidade e respeito.

São Tomás de Aquino tirou as lições acerca do direito natural dos dogmas cristãos, reconhecendo a existência de direitos naturais e intangíveis a cada ser humano⁹. Os direitos humanos fundamentais se situam em um nível superior em relação aos outros direitos, mesmo frente a direitos constitucionalizados, situando-se no verdadeiro ápice da pirâmide normativa.

Quando inseridos no texto de uma Constituição eles têm eficácia e aplicabilidade imediata, como reza o §1º do art. 5º da Constituição Federal ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A classificação de um direito como direito humano fundamental no texto constitucional implica a obrigatoriedade da participação do Estado e da coletividade em torná-lo efetivo, por meio de ações comissivas ou omissivas, visto que esse simples enquadramento serve como garantia de que instrumentos adequados estão postos à disposição.

A fruição dos direitos humanos fundamentais é uma questão complexa e demanda um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, no sentido de disciplinar o processo social, criando formas que possam promover o desenvolvimento da pessoa humana.

1.2 Meio ambiente e gerações dos direitos humanos fundamentais

Os direitos humanos fundamentais são classificados de acordo com as três gerações ou dimensões que normalmente classificam a sua evolução histórica: a primeira é a dos direitos

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 69.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 41.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 174.

⁹ GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais. Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n.º. 51, outubro de 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: 02 nov. 2004.

individuais ou civis e políticos, a segunda é a dos direitos sociais e a terceira é a dos direitos transindividuais. Doutrinadores a exemplo de Willys Santiago Guerra Filho¹⁰ entendem que como as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas, mas se ampliam, o termo mais adequado nesse caso seria dimensões.

Os direitos humanos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, que consistem basicamente nos direitos de liberdade que requerem uma abstenção do Estado em relação aos cidadãos. Dentre eles se destacam os direitos à propriedade, à livre expressão, à livre associação, à livre manifestação do pensamento, ao voto e a ser votado e ao devido processo legal. Mesmo tendo como marco a *Magna Charta* de João Sem Terra (Inglaterra, 1215), é com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que esses direitos realmente começam a se firmar.

Os direitos humanos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, típicos do século XX, que têm como marcos a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Dentre eles se destacam os direitos à educação, ao trabalho, à moradia, à alimentação, à segurança social, à cultura, ao amparo à doença e ao amparo à velhice.

Os direitos humanos fundamentais de terceira dimensão são os transindividuais, que são aqueles cuja titularidade não pertence a um indivíduo ou a um grupo determinado e sim a toda a coletividade indistintivamente. Dentre eles se destacam os direitos ao consumo, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à paz e a desenvolvimento. Também são chamados de direitos transgeracionais por envolverem os indivíduos ainda não nascidos, atuando na perspectiva temporal da humanidade.

Consoante Paulo Bonavides¹¹, os direitos fundamentais de terceira geração tendem a cristalizar-se enquanto um grupo de direitos que não se destinam, de forma específica, à proteção dos direitos de um indivíduo ou de um grupo de pessoas, mas relacionam-se com a tutela dos seres humanos enquanto tais, ou seja, em seu aspecto ontológico.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir sobre o tema quando dispôs da seguinte maneira:

A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade – o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (Mandado de Segurança 22164/SP – São Paulo. Julgamento: 30/10/1995. Publicação: DJ 17-11-95).

¹⁰ GUERRA FILHO, Willys Santiago. Dimensões dos direitos fundamentais. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, V. 1, n.º. 1. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1996, p. 15.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-569.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹² associa a cada uma dessas dimensões os princípios da Revolução Francesa: na primeira dimensão estariam os direitos de liberdade, na segunda os de igualdade e na terceira os de fraternidade. Mas autores como Paulo Bonavides¹³ ainda apontam uma quarta dimensão de direitos humanos fundamentais, que seriam os direitos à democracia (especialmente à democracia participativa), à informação e ao pluralismo.

O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana se amplia na medida em que novos direitos são reconhecidos e agregados ao rol dos direitos humanos fundamentais. Na verdade, a afirmação da segunda dimensão é uma forma de tornar efetiva a primeira, e a afirmação da terceira dimensão é uma forma de tornar efetiva a segunda. O direito à educação é pressuposto do direito ao voto e à representação política, e o direito ao trabalho é pressuposto ao direito à propriedade. O direito à paz é pressuposto ao direito à moradia e o direito ao consumo é pressuposto ao direito à alimentação.

Na realidade, os direitos fundamentais são um só, porque objetivam concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o valor constitucional supremo que embasa todos os direitos e garantias fundamentais.

Trata-se de um sobreprincípio que, além de embasar os demais direitos humanos fundamentais, serve como fundamento para o Estado brasileiro, já que o inciso III do art. 1º da Constituição Federal determina que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana.

2. CARACTERIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Em junho de 1972 a ONU organizou em Estocolmo, na Suécia, a 1ª Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente, aprovando, ao final, a Declaração Universal do Meio Ambiente que declarou que os recursos naturais, como a água, o ar, o solo, a flora e a fauna, devem ser conservados em benefício das gerações futuras, cabendo a cada país regulamentar esse princípio em sua legislação de modo que esses bens sejam devidamente tutelados.

Nessa dessa declaração, o direito humano fundamental ao meio ambiente foi definitivamente reconhecido como uma questão crucial para todos os povos do planeta ao estabelecer no Princípio 1 que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações futuras e presentes”.

A declaração abriu o caminho para que legislações em todo o mundo se voltassem cada vez mais para a proteção dos ecossistemas. Inclusive, de acordo com José Afonso da Silva¹⁴ essa declaração deve ser considerada como uma continuidade ou prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já que visa a resguardar um direito de fundamental importância para o ser humano. Nesse ordem de ideias o Brasil se editou a Lei nº. 6.938/81, que declarou pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional a importância do meio ambiente para a vida

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional ambiental**. 4ª ed. São Paulo: Forense, 1995, p. 59.

e para a qualidade de vida, delimitando os objetivos, os princípios, os conceitos e os instrumentos dessa proteção.

De acordo com o art. 2º dessa Lei, “a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. É importante destacar que em 1981 a referida Lei já colocava a dignidade da vida humana como objetivo maior de todas as políticas públicas de meio ambiente.

Com a Constituição Federal de 1988, não raro denominada pela doutrina de Constituição Verde, o meio ambiente se consagrou definitivamente como um direito fundamental da pessoa humana. O Título II da Carta Magna brasileira, que trata dos direitos e garantias fundamentais, faz uma referência direta ao meio ambiente quando, no art. 5º, estabelece uma garantia fundamental de preservação ambiental, ao prever a ação popular como instrumento para a defesa do meio ambiente:

LXXIII – Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Ademais, como o *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988 classificou o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, é evidente que se trata de um direito humano fundamental reconhecido constitucionalmente, porquanto, em que pese já sê-lo direito humano anteriormente, em uma concepção jusnaturalista, a Carta Magna concedeu-lhe positividade e alçou-o, pois, à categoria de direito fundamental. Em que pese não estar previsto no art. 5º, trata-se, efetivamente, de um direito fundamental, eis que não se pode esquecer que, de acordo com o § 2º do mesmo artigo da Carta Magna, os direitos considerados como humanos fundamentais não são apenas aqueles elencados pelo art. 5º, mas também os outros decorrentes do regime e dos princípios adotados constitucionalmente, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A vida é o direito do qual provém todos os direitos, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido pela pelo art. 225 da Constituição Federal como essencial à qualidade de vida. Para Antônio Herman Benjamin¹⁵, em que pese a vagueza da expressão *qualidade de vida*, tal deve ser interpretada como a preocupação do legislador constitucionalista com a manutenção de condições sadias do meio ambiente, que propiciem o desenvolvimento pleno de todas as formas de vida.

Por esta razão, nas palavras do mesmo doutrinador, entende-se que a qualidade de vida a que a Constituição Federal faz referência não se restringe ao viés estritamente antropocêntrico, mas à preservação de todas as condições necessárias à vida, em suas mais diversas dimensões.

A proteção ambiental, enquanto necessária à manutenção de todas as formas de vida, humanas ou não, na Terra, decorre do superprincípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é inerente ao Estado Democrático de Direito positivado pela Carta Política de 1988.

A dignidade da pessoa humana foi alçada à categoria de sobreprincípio ou de superprincípio por conglobar, em uma única norma, diversos valores fundamentais. Sobre o assunto, José

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. IN: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77-150.

Sérgio da Silva Cristóvam¹⁶ explica que a consequência lógica para a existência de determinados princípios que, por refletirem valores absolutos, são mais importantes do que outros, é que aqueles precedem a estes em caso de eventual colisão.

Salienta Paulo de Bessa Antunes¹⁷ que o reconhecimento internacional da dignidade da pessoa humana deu-se por vários instrumentos internacionais distintos, a exemplo da Declaração de Estocolmo, de 1972, que, em seus princípios 1 e 2, centralizou a figura do ser humano como destinatário do desenvolvimento sustentável, cujos ideais destinam-se à manutenção de uma vida saudável e produtiva para ele, o que somente se consegue atingir através da harmonia com o meio ambiente. Ressalte-se que os princípios elencados na Declaração de Estocolmo foram, posteriormente, reafirmados na Declaração da Rio-92.

Note-se a crítica de Luís Paulo Sirvinskas¹⁸ à visão antropocêntrica da proteção ambiental inaugurada pelos documentos internacionais supramencionados, sob o argumento de que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser preservado não somente para os seres humanos, mas para todas as formas de vida existentes na Terra.

Desta feita, pode-se inferir que, em razão de decorrer diretamente de um sobreprincípio ou Grundnorm, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, não pode ser relativizado quando colidir com outros princípios de menor importância. Ao contrário, sua observância absoluta se sobrepõe a todo e qualquer desiderato legal que não se configure como superprincípio, mormente àqueles que almejam fomentar o desenvolvimento econômico. Por isso, o legislador constitucional positivou, no artigo 170 da Constituição Federal, a proteção ambiental como limitação à consecução dos objetivos inerentes à ordem econômica nacional.

Nesse diapasão, a Declaração do Milênio das Nações Unidas¹⁹, aprovada em Nova Iorque, em 2000, preocupou-se em situar a proteção ao meio ambiente como instrumento de concretização dos direitos humanos, ao estabelecer que não se deve poupar esforços para libertar as gerações presentes e futuras da ameaça de viverem em um planeta irremediavelmente destruído pelas atividades antropocêntricas e utilitaristas frente à natureza. Para tanto, estabeleceu, em seu corpo, diversas medidas ambientais destinadas à concretização do supramencionado desiderato, dentre as quais destacam-se as metas de redução de emissão de gases poluentes na atmosfera.

Por sua vez, o art. 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, assinado no dia 17 de novembro de 1988 em São Salvador, na República de Salvador, estabelece que “toda pessoa tem direito de viver em meio ambiente sadio e de beneficiar-se dos equipamentos coletivos essenciais”. Com efeito, os direitos humanos fundamentais têm por natureza a obrigação de defender a qualidade de vida do ser humano, valor sem o qual não existiria a dignidade da pessoa humana, objetivo dentro do qual o papel do direito ambiental alcança enorme destaque.

A proteção jurídica ao meio ambiente é uma forma imprescindível de resguardar a vida e a qualidade de vida humana, devendo assim o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ser considerado um direito humano fundamental. Com efeito, sem um ecossistema equilibrado nenhum direito humano fundamental pode existir, até porque a própria continuidade da vida planetária depende disso.

¹⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2021.

¹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 23.

¹⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio das Nações Unidas**. Nova Iorque, 2002.

É por isso que José Rubens Morato Leite²⁰ equipara o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao direito à vida, ao direito à igualdade e ao direito à liberdade.

Cristiane Derani²¹ afirma que a proteção ao meio ambiente é o resultado de uma escolha pela continuidade da vida humana. Durval Salge Jr.²² defende que ao meio ambiente se deve atribuir a mesma importância do direito à vida, pois sem o necessário equilíbrio ambiental o planeta fatalmente definharia.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade²³ o meio ambiente é essencial à continuidade da espécie humana e à dignidade do ser humano enquanto animal cultural, já que ele resguarda tanto a existência física dos seres humanos quanto a qualidade dessa existência física tornando a vida plena em todos os aspectos. No entender de Miguel Reale, por ter base no direito à vida, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é indubitavelmente um direito humano fundamental:

A civilização tem isto de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da Natureza. Se antes recorriamos a esta para dar uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito Natural), assistimos, hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre²⁴.

É o Direito Ambiental um direito humano fundamental de terceira geração, visto que cuida não só da proteção do meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, mas também das futuras gerações, caracterizando-se assim como um direito transindividual e transgeracional. Não se pode esquecer que o meio ambiente faz parte também do direito à saúde, e que a degradação internacional é uma ameaça coletiva à humanidade.

Norberto Bobbio descerra sobre os direitos humanos fundamentais destacando ao final o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído²⁵.

Por isso ao mesmo tempo em que é colocado como um direito de todos, a obrigação de defender o meio ambiente é apontado para qualquer pessoa, seja física ou jurídica, seja pública ou privada. Essa é a razão porque todas as políticas públicas, seja na fase de discussão, de planejamento, de execução ou de avaliação, devem necessariamente levar em conta a variável ambiental, visto que está em jogo a preservação e a qualidade da vida.

Destarte, sendo os direitos humanos fundamentais aqueles inerentes ao piso mínimo de dignidade humana, é evidente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se enquadra nessa classificação. Isto porque, consoante Paulo Affonso Leme Machado²⁶, não é suficiente viver ou conservar a vida – faz-se necessário buscar a qualidade de vida, consubstanciada

²⁰ LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 176.

²¹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 78.

²² SALGE JR., Durval. **Instituição do bem ambiental no Brasil pela Constituição Federal de 1988: seus reflexos ante os bens da União**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 124.

²³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 76.

²⁴ REALE, Miguel. **Memórias**. São Paulo: Saraiva, 1.987, v. 1, p. 297.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5/6.

²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 59-60.

no pilar saúde, educação e Produto Interno Bruto (PIB). Neste diapasão, a saúde dos seres humanos não deve ser encarada, somente, como a ausência de enfermidades diagnosticadas no presente, mas sim como um estado em que os mais elementos da natureza estejam em estado de sanidade, para que o seu uso não importe em doenças ou incômodos para a humanidade.

Os tribunais superiores já se pronunciaram diversas vezes sobre a responsabilidade intergeracional no que atine à preservação ambiental, na tentativa de equilibrar as demandas do crescimento econômico e da finitude dos recursos naturais²⁷. O Supremo Tribunal Federal já fora instado a decidir questões que envolvem o reconhecimento do meio ambiente como direito humano fundamental em diferentes ocasiões, tendo fixado entendimento no sentido já explanado ao longo do presente trabalho.

Exemplo disto foi o julgamento da ADI 3540, durante o qual o Ministro Relator, Celso de Mello, proferiu voto em que o direito à preservação ambiental fora reconhecido como um dos mais significativos direitos fundamentais, que, dado o seu alcance a uma generalidade de pessoas, traduz-se como bem de uso comum do povo, em benefício das presentes e futuras gerações.

O mesmo acórdão trouxe à baila as consequências de se considerar uma determinada prerrogativa como um direito humano fundamental. Tratando-se o meio ambiente de um direito fundamental de terceira geração, pelos fundamentos já explanados alhures, que foram incorporados pelo STF no julgamento da referida ADI, possui titularidade coletiva e transindividual, pelo que seu adimplemento é irrenunciável e impõe um encargo não só ao Estado, mas a toda a coletividade, enquanto detentora do dever de solidariedade, consubstanciado na preservação ambiental.

A atividade econômica, enquanto promotora de desenvolvimento econômico, também é alcançada pelo dever de efetivar a proteção ambiental. Não é sem razão que o art. 170 da Constituição Federal limitou a ordem econômica à defesa do meio ambiente, subordinando-a a este. Este também é o entendimento do STF, proferido no julgamento da mesma ADI, ao não somente reconhecer a proteção ambiental enquanto fator limitador da atividade econômica em âmbito nacional, por expressa determinação constitucional, mas também ao chamar a atenção para os riscos da não observância de tal dever para a população:

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recentíssimo julgado, reconheceu a dimensão ecológica do princípio dignidade da pessoa humana, atribuindo-a não só aos seres humanos, mas também aos animais não-humanos e à natureza. Para Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer²⁸, o julgamento do REsp 1.797.175/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes, que analisou pedido de guarda do Ibama de um animal silvestre, inaugurou um novo paradigma jurídico biocêntrico, ao passo em que também consolidou a jurisprudência anterior dos tribunais superiores brasileiros, no sentido de considerar a proteção ao meio ambiente como um “direito humano” (pela ótica internacional) e “direito fundamental” (pela ótica constitucional).

²⁷ Antônio Herman Benjamin (2010, p. 129) pontua que a Constituição de 1988 rompeu com a visão cornucopiana do mundo, ao tomar os recursos naturais como finitos e esgotáveis.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>>. Acesso em: 26 mai. 2021

É o meio ambiente que garante a qualidade de vida e, em última análise, a própria vida humana e de qualquer outra sorte de vida neste planeta. Sendo assim, não podem ser alteradas as cláusulas constitucionais que disponham sobre o meio ambiente, posto que se tratam de garantias do direito à vida e do direito à vida com qualidade, não só para os seres humanos, mas para os animais não-humanos e também para a natureza enquanto sujeito de direitos. Foi em razão disso, inclusive, que o STF em julgamento com repercussão geral considerou o dano ambiental como imprescritível²⁹, entendimento que já tinha sido abraçado pelo STJ³⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que o reconhecimento de um direito como humano fundamental importa na atribuição de um grau maior de relevância dentro da esfera de valores jurídicos, passando o mesmo a gozar de mais respaldo e instrumentalidade para se fazer valer. Em um mundo onde a cada dia os problemas ambientais são em maior número e em maior gravidade, é muito importante que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja considerado dessa forma.

O direito ao meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações decorre diretamente do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, que não pode sofrer relativização, sob pena de atentar-se não só contra a incolumidade humana, mas também contra o patrimônio ambiental. É que não só os seres humanos como a natureza como um todo são destinatários do princípio da dignidade da pessoa humana, consoante a jurisprudência consolidada no âmbito do STJ e do STF.

Sendo os direitos humanos fundamentais aqueles inerentes ao piso mínimo de dignidade humana, é evidente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se enquadra nessa classificação, já que é ele que garante a qualidade de vida e em última análise a própria continuidade da vida humana e de qualquer outra sorte de vida neste planeta.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁹ Trata-se do julgamento do RE 654833, o qual fixou o Tema 999 com a seguinte tese: "É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental".

³⁰ O REsp 1120117/AC foi relatado pela Ministra Eliana Calmon e julgado à unanimidade pela 2ª Turma do STJ em 10/11/2009. A respeito disso, a relatora afirmou que "o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal".

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2021.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos Fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, outubro de 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: 02 nov. 2004.

GUERRA FILHO, Willys Santiago. Dimensões dos direitos fundamentais. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, V. 1, n. 1. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1996.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio das Nações Unidas**. Nova Iorque, 2002.

REALE, Miguel. **Memórias**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALGE JR., Durval. **Instituição do bem ambiental no Brasil pela Constituição Federal de 1988**: seus reflexos ante os bens da União. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 26 mai. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção ambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

Submetido em: 8 ago. 2020.

Aceito em: 15 mar. 2022.

ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE/COMPANHEIRO CASADO/CONVIVENTE PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS* NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Helena Orselli

Universidade Regional de Blumenau (FURB), Santa Catarina.

helena@furb.br

Kheila Cristine Rampelotti Silva Evaristo

Universidade Regional de Blumenau (FURB), Santa Catarina.

kheilaevaristo@gmail.com

RESUMO: Analisaram-se os argumentos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça acerca concorrência sucessória do cônjuge/companheiro supérstite casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens com os descendentes do *de cujus*. em cinco Recursos Especiais julgados desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 até 1 de agosto de 2019. A metodologia fundou-se no método indutivo, e nas técnicas de revisão bibliográfica, fichamento, referente e análise descritiva e comparativa. Cinge-se a controvérsia à interpretação dada ao inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, que vincula a concorrência sucessória do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens à existência de bens particulares deixados pelo *de cujus* sem estabelecer expressamente sobre que parte da herança o cônjuge herdaria. O texto legal admite correntes interpretativas diversas devido a sua obscuridade. Das decisões do Superior Tribunal de Justiça analisadas, nos REsp. 1.117.563-SP (2009), e REsp. 1.377.084-MG (2013), adotou-se a posição que confere ao cônjuge/companheiro direito de concorrência sucessória sobre os bens comuns que compõem a herança do *de cujus*. Nos REsp. 974.241-DF (2011) e REsp. 1.368.123-SP (2015), julgou-se a favor de conceder o direito sucessório do cônjuge somente em relação aos bens particulares do autor da herança. Em 2019, nos REsp 1.617.650-RS e REsp 1.617.501-RS, a Terceira Turma decidiu unanimemente que o companheiro, convivente sob o regime da comunhão parcial de bens, herda apenas do patrimônio particular do *de cujus*. Após longo debate acerca do assunto entre os Ministros das Terceira e Quarta Turma, houve uma pacificação acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Comunhão parcial de bens. Concorrência sucessória do cônjuge/companheiro. Descendentes. Direito civil-constitucional. Sucessão legítima.

Analysis of legal decisions from the Supreme Justice Court regarding the succession rights of the married/joined partner through the partial communion marital property regimen in succession dispute with the descendants of the deceased in legitimate succession

ABSTRACT: The analysis of the position of the Justices of the Supreme Justice Court is proposed regarding the succession dispute of the surviving married/joined partner through the partial

Análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito sucessório do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do *de cuius* na sucessão legítima

community matrimony property scheme with the descendants of the deceased in five Special Appeals founded on the theme from the entry into force of the Civil Code of 2002 until the 1st of August of 2019. The methodology was founded on the inductive method, and on the techniques of bibliographical revision, templating, referencing and descriptive and comparative analysis. The controversy hinges over the interpretation of the first item of article 1.829 of the Civil Code, which links the succession dispute of the married/joined partner through the partial communion marital property scheme to the existence of private property left by the deceased without establishing from which part of the inheritance he/she would inherit. The legal text admits different interpretative currents due to its obscurity. Among the analyzed rulings, in Special Appeals 1.117.563-SP (2009), and 1.377.084-MG (2013), the position that gives the married/joined partner the right to succession dispute under the common goods that make up the inheritance of the deceased was adopted. In Special Appeals 974.241-DF (2011), and 1.368.123-SP (2015), there was judgement in favor of allowing for succession rights of the surviving spouse only regarding the private property of the inheritance's author. In 2019, in Special Appeals 1.617.650-RS and 1.617.501-RS, the Third Panel Justices decided unanimously that the joined partner through the partial communion matrimony property scheme inherits merely from the deceased's private property. After a long debate regarding this subject between the Third and the Fourth Panel Justices, there has been an agreement on this theme.

KEYWORDS: Civil-constitutional law. Descendants. Legitimate succession. Partial communion of property. Succession dispute of the surviving married/joined partner.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça nos autos dos Recursos Especiais em que se discute a concorrência do cônjuge/companheiro, casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens, com os descendentes do autor da herança julgados desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 até 1 de agosto de 2019, objetivando verificar a compreensão dos Ministros sobre o tema bem como observar se há um posicionamento uniforme dentro da Corte.

Analisar-se-á a controvérsia que cinge a parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, que trata especificamente da concorrência do cônjuge supérstite, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, com os descendentes do *de cuius*, e os posicionamentos e argumentos utilizados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça ao interpretar o dispositivo legal controverso.

O Código Civil de 2002 trouxe inovações no campo do Direito Sucessório ao conferir ao cônjuge/companheiro nova posição dentro da ordem de vocação hereditária, possibilitando através do direito de concorrência que o cônjuge/companheiro herde conjuntamente com os descendentes e ascendentes do *de cuius*, alavancando-os da terceira posição para poder integrar também o primeiro e o segundo lugar na ordem de vocação hereditária.

A ordem de vocação dos herdeiros legítimos para o recebimento da herança está prevista no artigo 1.829 do Código Civil de 2002, no qual não há menção ao companheiro, cujo direito sucessório foi regulamentado no artigo 1.790. Esse dispositivo legal prevê para companheiro um tratamento completamente diferente ao concedido ao cônjuge, por ocasião do falecimento de seu parceiro e inferior ao que estava regulamentado na legislação civil anterior, Lei n. 8.971/1994. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 10 de maio de 2017, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que trata da disciplina sucessória do companheiro, e determinou a

aplicação do artigo 1.829 do mesmo código à sucessão do companheiro, inclusive na união estável homossexual, ao julgar os Recursos Extraordinários n. 646.721-RS (BRASIL, 2017a), e n. 878.694-MG (BRASIL, 2017b), atribuindo-lhe repercussão geral, de modo que essa decisão deve orientar as instâncias inferiores nos julgamentos de casos semelhantes. Por essas razões, os direitos sucessórios, decorrentes do falecimento de uma pessoa que viva em união estável, a seu companheiro, para esta pesquisa, são os mesmos concedidos ao cônjuge, com base no artigo 1.829 do Código Civil.

O legislador vinculou o direito de concorrência sucessória do cônjuge/companheiro com os descendentes do autor da herança ao regime de bens vigente no casamento/união estável dos cônjuges/conviventes. Essa vinculação acarretou discussões no meio jurídico, especialmente no tocante ao regime de comunhão parcial de bens, pois, de acordo com o artigo 1.829, I, do Código Civil, que rege a ordem de vocação hereditária dentro da sucessão legítima, o direito de concorrência do cônjuge/companheiro sobrevivente, casado/convivente sob o regime da comunhão parcial de bens, com os descendentes do *de cujus* depende ainda da existência de bens particulares deixados pelo autor da herança.

O condicionamento do direito de concorrência do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens à existência de bens particulares do *de cujus*, imposto pelo inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, causa insegurança quanto a sua interpretação e sua aplicação, especialmente em relação à parcela da herança sobre a qual o cônjuge/companheiro sobrevivente terá direito ocorrendo a concorrência.

Devido às diversas interpretações feitas da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, a insegurança jurídica é real, pois não é claro qual delas terá aplicação no caso concreto. A obscuridade do dispositivo legal traz aos herdeiros incertezas e maior incidência de conflitos a uma situação já naturalmente conturbada.

Diante do exposto, é primordial a análise dos casos apresentados ao Superior Tribunal de Justiça, órgão de autoridade máxima nas questões infraconstitucionais dentro do Poder Judiciário brasileiro, bem como das decisões e argumentações apresentadas pelo iminentes Ministros que compõem a Corte, com a finalidade de estabelecer um padrão interpretativo em relação ao direito sucessório do cônjuge/companheiro supérstite que fora casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do autor da herança, visando a sanar, em parte, a obscuridade que permeia o referido dispositivo legal.

1. METODOLOGIA

Para a pesquisa utilizaram-se as técnicas de pesquisa documental, fichamento, referente e análise descrita e comparativa. Sendo que a pesquisa documental foi realizada em fontes doutrinárias e legislativa, objetivando compreender o panorama atual do direito sucessório do cônjuge/companheiro, casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens, em concorrência com os descendentes do falecido. A pesquisa das decisões sobre o tema em estudo foi feita no *site* do Superior Tribunal de Justiça para o período da entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002 até 31 de março de 2019, utilizando como palavras-chaves para a busca, concorrência sucessória, regime da comunhão parcial de bens, sucessão legítima, descendentes, cônjuge e companheiro. Entretanto, no curso da pesquisa, foi publicada nova decisão relativa aos Recursos Especiais n. 1.617.650-RS e n. 1.617.501-RS, com relevante posicionamento sobre o tema, de modo que se estendeu o período de busca das decisões no *site* do Superior Tribunal de Justiça até 1 de agosto de 2019, para incluir essa decisão também neste estudo. Os dados foram coletados e catalogados por meio de fichamentos, tendo o tema como referente. Por fim, foi

Análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito sucessório do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do *de cujus* na sucessão legítima realizada a análise descritiva e comparativa dos dados coletados. Para a coleta de dados bem como para a redação dos relatórios foi empregado método indutivo.

2. AS DECISÕES ENCONTRADAS NA PESQUISA NO SITE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RELACIONADAS À CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE/COMPANHEIRO CASADO/CONVIVENTE PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS COM OS DESCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA

Realizada a busca jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça com base nos parâmetros acima expostos em relação à concorrência entre o cônjuge/companheiro sobrevivente, quando o regime vigente no casamento/união estável é o da comunhão parcial de bens, e os descendentes do *de cujus*, foram encontradas nove decisões que continham as palavras-chaves relacionadas ao tema da pesquisa.

Após analisado o conteúdo das decisões, três acabaram sendo descartadas, os Recursos Especiais n. 1.472.945-RJ e n. 992.749-MS, que tratavam do direito sucessório do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, e ainda o Recurso Especial n. 1.357.117-MG, no qual se discutia o direito sucessório da companheira em relação aos parentes colaterais do *de cujus*.

As decisões que se adequaram aos requisitos da pesquisa foram seis Recursos Especiais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça sendo eles, os REsp. n. 1.117.563-SP do ano de 2009; REsp. n. 974.241-DF, de 2011; REsp. n. 1.377.084-MG, de 2013; REsp. n. 1.368.123-SP, de 2015; REsp. n. 1.617.650-RS e REsp. n. 1.617.501-RS, de 2019, esses dois possuem decisão idêntica, portanto faz-se a referência apenas ao primeiro.

O Recurso Especial n. 1.117.563-SP, julgado em 2009 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual cingia-se a controvérsia a estabelecer a forma de divisão da herança do *de cujus* entre sua descendente e sua companheira, convivente sob o regime de bens da comunhão parcial de bens, teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi e contou também com o voto dos demais Ministros, Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado, que decidiram, por unanimidade, negar provimento ao recurso, acompanhando o voto da Ministra relatora (BRASIL, 2009). Decidiram que o cônjuge/companheiro sobrevivente deve concorrer com os descendentes quando casado/convivente sob o regime da comunhão parcial de bens apenas sobre os bens comuns do casal, havendo ou não bens particulares, que deveriam ser partilhados somente entre os descendentes (BRASIL, 2009, p. 2).

O Recurso Especial n. 974.241-DF, julgado em 2011 pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, buscou dirimir sobre a melhor interpretação ao artigo 1.829, inciso I, do Código Civil Brasileiro de 2002, especificamente em relação à qual parcela da herança do *de cujus* o cônjuge/companheiro sobrevivente casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens teria direito em concorrência com os descendentes do autor da herança. A relatora do presente acórdão foi a Ministra Maria Isabel Gallotti que não participou do julgamento do Recurso (BRASIL, 2011, p. 1). O Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, nomeado relator, concedeu provimento ao recurso, afirmando que o cônjuge/companheiro sobrevivente deve herdar em concorrência com os descendentes do *de cujus* apenas sobre os bens particulares deixados pelo autor da herança e nunca sobre a parcela de bens comuns do casal, visto que sobre essa parcela o

cônjuge já teria direito à meação. Contudo o Ministro considera o direito de concorrência excepcional, afirmando que somente será possível a concorrência sucessória do cônjuge/companheiro nos bens particulares do *de cujus* de forma condicionada à inexistência de patrimônio comum do casal (BRASIL, 2011, p. 32).

O voto do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro foi acompanhado pelos Ministros Luis Felipe Salomão e João Otávio de Noronha, que confirmaram o provimento ao recurso de forma unânime, porém discordaram da fundamentação do relator para o provimento. O Ministro Honildo Amaral de Mello Castro afirma que a concorrência somente ocorrerá se inexistentes bens comuns e o *de cujus* deixar somente bens particulares, tal condicionante é o motivo da discordância dos demais Ministros. O Ministro Luís Felipe Salomão justifica sua discordância:

Sem embargo do entendimento do nobre Ministro, há se atentar para o fato de que o soerguimento da inexistência de patrimônio comum, à condição de único critério jurídico justificador do direito sucessório do cônjuge sobrevivente aos bens particulares do falecido, acaba por gerar antagonismo com o sistema de proteção do consorte sobrevivente, tal qual pretendido pelo novo Código Civil. (BRASIL, 2011, p. 43)

Em ordem cronológica, o próximo Recurso Especial julgado foi o de número 1.377.084-MG, em 2013, também pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça do qual participaram a Ministra Nancy Andrichi, como relatora, e os Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Nesse caso a controvérsia estava pautada em delimitar se o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, ao herdar em concorrência com os descendentes do *de cujus*, receberia sua quota parte dos bens comuns ou dos particulares que compunham a herança (BRASIL, 2013).

A Ministra Relatora Nancy Andrichi posicionou-se no sentido de que o cônjuge/companheiro supérstite, quando casado/convivente com o autor da herança sob o regime da comunhão parcial de bens, deverá concorrer com os descendentes do *de cujus* e receber sua quota parte em relação aos bens comuns e nunca sobre os bens particulares, já que esses, os nubentes, com base na autonomia que lhes é concedida pelo ordenamento jurídico, decidiram manter incomunicáveis, através do regime de comunhão parcial de bens, excluindo-os da comunhão (BRASIL, 2013, p. 7). Nesse sentido, o voto da relatora foi por conhecer, em parte, e dar provimento ao recurso, voto que foi seguido pelos demais Ministros de forma unânime (BRASIL, 2013, p. 11).

O Recurso Especial n. 1.368.123-SP foi submetido à julgamento, no ano de 2015, à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Desse julgamento participaram o Ministro Sidnei Beneti, como relator, a Ministra Nancy Andrichi e os Ministros Raul Araújo, que foi designado relator para o acórdão devido à aposentadoria do Ministro Sidnei Beneti, além de Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e João Otávio de Noronha (BRASIL, 2015, p. 1).

O Ministro Sidnei Beneti exprimiu seu voto no sentido de conceder provimento ao recurso, afirmando que o cônjuge/companheiro sobrevivente, casado/convivente sob o regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes na sucessão do consorte falecido, apenas quanto aos bens particulares que autor da herança houver deixado. Os Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e João Otávio de Noronha acompanharam o voto do Ministro relator. Somente a Ministra Nancy Andrichi teve voto contrário ao dos demais Ministros, mantendo sua posição de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens com o autor da herança, quando em concorrência com os descendentes desse, deve herdar sobre os bens comuns na herança e jamais sobre os bens particulares, destoando assim do voto dos demais Ministros. O presente recurso foi então julgado por maioria, que concedeu provimento ao mesmo

Análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito sucessório do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do *de cujus* na sucessão legítima

(BRASIL, 2015, p. 1). Salienta-se que o Recurso Especial n. 1.368.123-SP foi julgado pela Segunda Seção, objetivando tentar solucionar a divergência nos votos nas decisões provenientes da Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015, p. 5).

Em 11 de junho de 2019, nos Recursos Especiais n. 1.617.650-RS e n. 1.617.501-RS, em que é submetido ao Superior Tribunal de Justiça o mesmo caso, discute-se qual o direito sucessório da companheira, quando a união estável foi regida pelo regime de comunhão parcial de bens, em concorrência com seis descendentes exclusivos do autor da herança e um descendente comum. O caso fora decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com base no artigo 1.790, I, do Código Civil. Em seu voto, o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino fez uma síntese de todas as questões polêmicas que se analisavam nesses recursos, e posicionou-se no sentido de que o companheiro concorre com os descendentes do autor da herança, aplicando-se o artigo 1.829, I, do Código Civil, em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 878.694-MG, que considerou inconstitucional o artigo 1.790 do mesmo Código, desta forma, sendo o regime de comunhão parcial de bens e havendo bens particulares do falecido, a concorrência deve-se estabelecer com os descendentes apenas nos bens particulares, seguindo-se o posicionamento da Segunda Seção da Corte no REsp. n. 1.368.123-SP (BRASIL, 2019a, p. 16-17). A Ministra Nancy Andrighi pediu vista e acompanhou o voto do relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Os Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro também acompanharam o voto do relator, por conseguinte a decisão da Terceira Turma foi unânime (BRASIL, 2019a, p. 31). A argumentação mais aprofundada nessa decisão foi acerca da aplicação ou não da quota mínima de um quarto atribuível ao cônjuge/companheiro consoante o artigo 1.832 do Código Civil, que não é objeto deste trabalho.

Verifica-se que, das quatro decisões nos Recursos Especiais primeiramente analisadas, duas delas, dos anos de 2009 e 2013, ambas da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, admitem a concorrência do cônjuge/companheiro, casado/convivente com o autor da herança pelo regime da comunhão parcial de bens, com os descendentes apenas em relação aos bens comuns, com ampla fundamentação elaborada pela Ministra Nancy Andrighi. Já nas outras duas decisões, de 2011 e 2015, uma da Quarta Turma e outra da Segunda Seção, admite-se apenas a concorrência em relação aos bens particulares do *de cujus*, posicionamento adotado pela maioria dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Constata-se igualmente que, nos dois últimos julgamentos, o primeiro por maioria da Segunda Seção, no Recurso Especial n. 1.368.123-SP, em 2015, e o segundo por unanimidade nos Recursos Especiais n. 1.617.650-RS e 1.617.501-RS, que tratam do mesmo caso e que foram julgados pela Terceira Turma, a decisão reconheceu a concorrência do cônjuge/companheiro, casado/convivente pelo regime de comunhão parcial de bens, com os descendentes do *de cujus*, apenas em relação aos bens particulares.

Conclui-se, dessa forma, que parece ter havido uma pacificação acerca da interpretação a ser dada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o controverso inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, sendo que os argumentos utilizados para embasar a decisão de cada um dos Ministros são analisados a seguir.

3. PRINCIPAIS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELOS MINISTROS NAS DECISÕES ANALISADAS

O direito à herança está inserido na Constituição Federal de 1988 entre os direitos e garantias fundamentais, especificamente no artigo 5º, inciso XXX. Tal direito constitucional é regulado pelo Código Civil de 2002 a partir do artigo 1.784 e seguintes, no livro do Direito das Sucessões.

O Direito das Sucessões possui regras para determinar quem serão os chamados a receber a herança do *de cuius*, bem como de que forma o acervo da herança será dividido entre eles.

Dentre as regras que compõem o Direito Sucessório a estipulação do direito de concorrência é a que mais tem causado incertezas e controvérsias no mundo jurídico, especialmente em relação à concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança, pois foi vinculada ao regime de bens adotado pelos cônjuges para vigor durante o matrimônio (LÔBO, 2018, p. 144).

O legislador estipulou no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) que o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes, exceto se casado pelos regimes da comunhão universal de bens, da separação obrigatória de bens ou, no caso de casado pelo regime na comunhão parcial de bens, se o autor da herança não houver deixado bens particulares.

A redação do dispositivo acima causa incertezas quanto a sua interpretação, por vincular o direito sucessório do cônjuge/companheiro, casado/convivente no regime de bens da comunhão parcial, em concorrência com os descendentes do autor da herança à existência de bens particulares do *de cuius*.

Ainda, o texto legal não estabelece diretrizes sobre qual parte do acervo hereditário será calculada a quota parte do cônjuge/companheiro na hipótese de concorrência: se herdará sobre toda a herança, apenas sobre os bens comuns ou somente sobre os bens particulares do *de cuius*, possibilitando interpretações diferentes sobre o tema.

A insegurança jurídica causada pela falta de clareza do legislador levou a discussão ao Superior Tribunal de Justiça, onde cinco casos foram julgados pelos iminentes Ministros no período de 11 de janeiro de 2003, entrada em vigor do Código Civil de 2002, até 1 de agosto de 2019, e diferentes interpretações do dispositivo legal foram feitas pelos Ministros da Corte.

Ora, faz-se necessário analisar alguns destes posicionamentos para entender em qual caminho, ou de que forma, o Superior Tribunal de Justiça, em sua maioria, tem aplicado o conturbado inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 nos casos concretos que lhes são apresentados, assim como os argumentos utilizados para defender cada um dos posicionamentos adotados.

3.1. Do caráter protecionista do Código Civil de 2002 em relação ao cônjuge

No Código Civil de 1916, conforme previsto no artigo 1.603 (BRASIL, 1916), o cônjuge, embora constasse do rol dos herdeiros legítimos, ocupava apenas a terceira posição na ordem de vocação hereditária, ou seja, recebia a herança do *de cuius* apenas caso não existissem descendentes ou ascendentes aptos a receber a herança.

Análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito sucessório do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do *de cujus* na sucessão legítima

Contudo, com o advento do Código Civil de 2002, o cônjuge veio a ocupar uma posição de maior relevância dentro do Direito Sucessório numa perspectiva civil-constitucional. Ao estabelecer o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, o legislador demonstrou sua preocupação com a situação do cônjuge sobrevivente após a morte do autor da herança. O cônjuge passou a ser herdeiro não apenas na terceira posição da ordem de vocação hereditária, mas podendo ocupar a segunda posição, junto com os ascendentes e também a primeira posição ao lado dos descendentes do *de cujus*.

O caráter protecionista que o Código Civil de 2002 traz ao cônjuge sobrevivente no Direito Sucessório fica esclarecido nas palavras de Veloso (2010, p. 99), que afirma ser o “cônjuge sobrevivente [...] a figura mais beneficiada, o personagem central, mais bem gratificado, no direito sucessório brasileiro.”

Essa proteção trazida pelo Código Civil de 2002 é levada em consideração na análise e aplicação do inciso I do artigo 1.829 do Código, pois entra em questão averiguar qual posicionamento coloca em prática a intenção do legislador de proteger o cônjuge sobrevivente do desamparo perante a morte do outro.

Nesse sentido, ao proferir seu voto no Recurso Especial n. 1.377.084–MG em 2013, a Ministra Nancy Andrighi, então como relatora, embasou no aspecto protecionista do Código seu posicionamento, arguindo o seguinte:

De fato, se o espírito dessa mudança foi evitar que um consorte fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe concorrência na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal. (BRASIL, 2013, p. 6-7) (destaques no original)

Para a Ministra, diante do contexto de proteção e valorização do cônjuge no Código, faz sentido que o mesmo herde em concorrência com os descendentes sobre a parcela do patrimônio comum do casal, visto que muitas vezes, diante da realidade dos casais no Brasil, o patrimônio particular do cônjuge pode ser ínfimo, formado apenas com bens pessoais, como roupas, bicicleta e outros bens de pequeno valor inclusos nesse rol, o que não faria com que o cônjuge sobrevivente conseguisse manter uma situação estável e poderia acabar desamparado. Já o patrimônio comum do casal tende a constituir a maior parcela da herança, o que garante ao cônjuge a proteção intencionada pelo Código (BRASIL, 2013, p. 6-7).

Entretanto, na mesma esfera de proteção do legislador, o Ministro Sidnei Beneti, em seu voto no Recurso Especial n. 1.368.123-SP, ao contrário do defendido pela Ministra Nancy Andrighi, argumenta que a proteção ao cônjuge não se dá de forma irrestrita, e que o legislador, ao excluir das hipóteses de concorrência do cônjuge com os descendentes, especialmente aquelas nas quais os cônjuges foram casados pelos regimes da comunhão universal de bens e pelo regime da comunhão parcial de bens, se o falecido não houver deixado bens particulares, considerou claramente que a meação seria suficiente para amparar o cônjuge sobrevivente, devendo então esse ter somente direito à herança sobre os bens particulares do *de cujus*:

A solução se apoia no fato de que duas das três hipóteses legais de exclusão da concorrência (comunhão universal e comunhão parcial sem bens particulares) o fazem por considerar suficiente a meação dos aquestos para resguardar a situação patrimonial do cônjuge sobrevivente.

Assim, a própria lei cuidou de proibir que o cônjuge sobrevivente concorresse na sucessão dos bens que integram a meação do *de cujus*, reservando estes, com exclusividade aos descendentes, estaria pavimentado o caminho para que, em outras hipóteses, se seguisse o mesmo critério. (BRASIL, 2015, p. 17)

Para o Ministro Raul Araújo, no julgamento do mesmo Recurso Especial, embora esteja clara a intenção do legislador de garantir um mínimo necessário a manter a dignidade do cônjuge/companheiro sobrevivente, tal intenção não pode gerar desigualdade entre as categorias de herdeiros, sendo injusto privilegiar em demasia o cônjuge/companheiro em detrimento aos descendentes, o que, defende o Ministro, ocorrerá se o cônjuge/companheiro herdar em concorrência com os descendentes sobre o patrimônio comum do casal, no qual ele já é meeiro, recebendo duas parcelas do mesmo acervo:

Se não deixou o falecido bens particulares, não há razão para ser herdeiro o cônjuge sobrevivente, pois já tem a meação sobre o total dos bens em comum do casal deixados pelo inventariado, cabendo a outra metade somente aos descendentes deste, estabelecendo-se uma situação de igualdade entre essas categorias de herdeiros, como é justo. (BRASIL, 2015, p. 37)

O Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, no Recurso Especial n. 974.241-DF, ressalta a intenção do legislador no Código Civil de 2002 de proteger o cônjuge/companheiro supérstite do desamparo após a morte do autor da herança, concedendo-lhe, nas palavras do Ministro, um privilégio ao estabelecer o direito de concorrência (BRASIL, 2011, p. 10).

Para o Ministro a controvérsia do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil vincula-se ao alcance da palavra “concorrência”, em delimitar se o direito afeta toda a herança deixada pelo *de cujus* ou apenas a parcela de bens particulares.

Como solução à problemática, o Ministro afirma que a concorrência entre o cônjuge/companheiro sobrevivente com os descendentes jamais alcançará a parcela dos bens comuns do autor da herança, e somente poderão ser objetos da concorrência os bens particulares do *de cujus*. Contudo, diferentemente dos Ministros citados anteriormente, o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro condiciona a concorrência à não existência de bens comuns do casal (BRASIL, 2011, p. 23).

Justifica seu posicionamento no fato de que o direito de concorrência do cônjuge/companheiro se dá de forma excepcional, e que o caráter protecionista do Código Civil não deve servir de motivo para desequilibrar a situação entre os herdeiros. O Ministro argumenta que, ao falecimento do autor da herança, cabe como garantia ao cônjuge/companheiro sobrevivente o direito de meação aos bens comuns, estando assim devidamente amparado. Aponta ainda que, por terem optado pelo regime de comunhão parcial de bens, se tornam incomunicáveis os bens particulares e que tal regra deve ser mantida com o advento da morte de um dos cônjuges/companheiros (BRASIL, 2011, p. 24-28).

Diante disto, conclui que o cônjuge/companheiro sobrevivente casado/convívulo pelo regime da comunhão parcial de bens somente herdará em concorrência com os descendentes se o autor da herança deixar bens particulares e não houver bens comuns que garantam direito de meação ao cônjuge/companheiro supérstite e exclusivamente nessa hipótese concorrerá com os descendentes quando aos bens particulares na herança do *de cujus* (BRASIL, 2011, p. 31).

Subsiste a concorrência, e tão-somente nessas hipóteses, se inexistentes bens comuns ou herança a partilhar, e o falecido deixar apenas bens particulares, tendo em vista o caráter protecionista da norma que visa não desamparar o sobrevivente nessas situações excepcionais. (BRASIL, 2011, p. 30-31)

Observa-se que, embora os Ministros concordem que o objetivo do legislador ao instituir o direito de concorrência do cônjuge/companheiro com os descendentes foi garantir proteção contra o desamparo de um cônjuge/companheiro após a morte do outro, há divergência sobre a extensão dessa aplicação, visto que, segundo os Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (BRASIL, 2011, p. 29), Luís Felipe Salomão (BRASIL, 2011, p. 39), Sidnei Beneti (BRASIL, 2015, p. 7-8) e Raul Araújo (BRASIL, 2015, p. 37), tal proteção não pode gerar desigualdade

Análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito sucessório do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do *de cujus* na sucessão legítima entre os herdeiros, privilegiando o cônjuge/companheiro em detrimento dos descendentes do autor da herança. De maneira oposta, a Ministra Nancy Andri ghi entende que, para cumprir com o objetivo do legislador, não é suficiente estabelecer o direito de concorrência sobre os bens particulares do *de cujus*, que na maioria dos casos é composta de objetos de pequeno valor, como roupas, bicicleta e relógios. Fundamenta que os bens comuns que foram acumulados durante toda a vida do casal constituem patrimônio significativo e que estabelecer a concorrência sobre eles seria a forma correta de garantir a proteção ao cônjuge/companheiro sobrevivente intentada pelo legislador (BRASIL, 2013, p. 6-7).

3.2. Do respeito à autonomia dos cônjuges

Outro ponto de vista levantado pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça ao analisar a confusa redação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, quanto à concorrência do cônjuge/companheiro, que fora casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens, tem relação com a autonomia exercida pelos cônjuges, em vida, ao escolherem o regime de bens que melhor se adequa a seu casamento.

O artigo 1.639 e o artigo 1.725 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) concedem aos cônjuges/companheiros a livre escolha sobre o regime de bens. Assim, ao buscar entender a aplicação do direito de concorrência entre os cônjuges/companheiros e os descendentes do *de cujus*, deve-se levar em consideração o regime escolhido pelos cônjuges/companheiros para seu casamento/sua união estável.

Quando o regime que impera no casamento/união estável é o regime da comunhão parcial de bens, o patrimônio dos cônjuges/companheiros se divide em patrimônio comum, aquele que for amealhado pelo casal durante a constância do casamento e derivado de esforço comum, e o patrimônio particular de cada cônjuge, aquele que advém anteriormente ao casamento, ou de bens sub-rogados desses, que não se comunicam com o outro cônjuge (MANFRÉ, 2003, p. 53-54).

Para a Ministra Nancy Andri ghi não se pode analisar a controvérsia sem atentar para os princípios que embasam a norma, entre eles o princípio da autonomia, que se define pelo direito do indivíduo de se autorregular. Afirma a Ministra que “Se em vida os cônjuges assumiram, por vontade própria, o regime da comunhão parcial de bens, na morte de um deles, deve essa vontade permanecer respeitada [...]”, não podendo, no momento da sucessão haver a transmutação do regime de bens que os cônjuges/companheiros optaram em vida (BRASIL, 2009, p. 14).

Considerando o direito de os cônjuges/companheiros livremente optarem pelo regime de bens que desejam, a Ministra argumenta que não se pode, no momento da sucessão, agir de forma contrária ao que foi estipulado em vida conjuntamente pelos cônjuges/companheiros (BRASIL, 2009, p. 14).

Isto posto, a Ministra se posiciona veementemente contra a concorrência do cônjuge/companheiro supérstite, casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens, com os descendentes do autor da herança de forma a atingir os bens particulares deixados pelo *de cujus*.

A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado. (BRASIL, 2009, p. 14)

Argui que a única forma de preservar o regime da comunhão parcial de bens escolhido pelos cônjuges/companheiros e assim respeitar o exercício da autonomia é conceder a concorrência sobre os bens comuns do casal, ressalvado o direito de meação e sem, de forma alguma, alcançar os bens particulares do *de cuius*, que devem ser partilhados exclusivamente entre os descendentes (BRASIL, 2009, p. 14).

No Recurso Especial n. 974.241-DF o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro afirma que não se pode instituir, quando da morte de um dos cônjuges, uma situação que o casal não desejou em vida:

Nessa esteira de entendimento, aliás, a jurisprudência deste Colendo Superior Tribunal de Justiça cada vez mais se firma no sentido de que não há como dissociar o direito sucessório dos regimes de bens do casamento, de modo que se tenha após a morte, o que, em vida, não se pretendeu. (BRASIL, 2011, p. 24)

Para o Ministro no caso da concorrência entre o cônjuge/companheiro, casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens, e os descendentes do autor da herança faz-se impossível que o cônjuge/companheiro supérstite herde sobre o valor total da herança, a junção dos patrimônios comum e particular do *de cuius*, porque, dessa forma, estar-se-ia impondo aos cônjuges uma situação patrimonial que não optaram em vida, transmutando o regime por eles escolhido.

De sorte que a decisão recorrida, a meu ver, malfez legislação federal, porque confere ao cônjuge supérstite, além de sua meação, direitos sobre todo o acervo da herança, ou seja, “ativo, passivo, bens particulares e bens de meação”, desrespeitando a autonomia de vontade do casal quando da escolha do regime de comunhão parcial de bens, ignorando ainda, a sistemática do atual Código Civil vigente quanto à ordem de vocação hereditária. (BRASIL, 2011, p. 28)

Note-se que a Ministra Nancy Andriighi, no Recurso Especial 1.117.563-SP, já no ano de 2009, defendia a impossibilidade da transmutação do regime de bens no momento da abertura da sucessão, contudo a Ministra chega a uma conclusão diferente, alegando que seria através da concorrência sobre os bens particulares que aconteceria a referida transmutação.

Todavia, em que pese a argumentação dos Ministros acima em relação a importância da autonomia na escolha do regime de bens para efeitos de interpretação do direito de concorrência do cônjuge/companheiros com os descendentes do autor da herança, o Ministro Sidnei Beneti, no Recurso Especial n. 1.368.123-SP, demonstra sua preocupação com a extensão dada aos efeitos do regime de bens no Direito Sucessório:

Em primeiro lugar, cumpre advertir que a escolha do regime de bens do casamento não pode ser encarada como um ato precipuamente voltado à regulação de situações patrimoniais sucessórias.

A eleição do regime de bens se destina, com primazia, à *[sic]* regular a situação patrimonial do casal enquanto viverem os cônjuges, ou seja, durante o casamento e também após a sua dissolução (quando esta não se dê pela viuvez). Trata-se de um ato *inter vivos* que tem por objetivo regular situações fáticas passíveis de ocorrer *inter vivos*. (BRASIL, 2015, p. 13)

Embasar no princípio da autonomia a interpretação do direito de concorrência estabelecido no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, de acordo com o Ministro Sidnei Beneti, é um equívoco, sendo impossível aduzir que a vontade exteriorizada no momento do casamento/união estável é a mesma quando da morte de um dos cônjuges/companheiros, posto que a situação fática daquele núcleo familiar pode estar completamente diversa daquela que era no momento da escolha do regime de bens.

Recorde-se que, na maioria das vezes, quando alguém se casa, não sabe ainda qual será a configuração da sua família ou do seu círculo de amigos no momento da

Análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito sucessório do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do *de cuius* na sucessão legítima

morte. Normalmente no momento do casamento as pessoas ainda não sabem, por exemplo, se terão filhos ou se esses filhos estarão vivos ao tempo da sua sucessão. Dessa forma, seria até temerário argumentar com a autonomia da vontade sem um cenário que permita a manifestação de uma vontade esclarecida. (BRASIL, 2015, p. 14)

Embora o Ministro entenda que o cônjuge/companheiro sobrevivente, casado/convivente sob o regime da comunhão parcial de bens, herde em concorrência com os descendentes do autor da herança na parcela de bens particulares deixados por esse, se houver, não compartilha da fundamentação baseada no princípio da autonomia e ainda afirma que tal posicionamento não é alheio a condenação e que considera que a controvérsia talvez seja inexpugnável (BRASIL, 2015, p. 14).

Assim, o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi, em que pese sua fundamentação, nos casos analisados, segue isolado dentro do Superior Tribunal de Justiça. Os demais Ministros, que compõem as Turmas de julgamento sobre o presente assunto, entendem que, se o cônjuge há de concorrer com os descendentes em alguma parcela da herança, essa deve ser sobre os bens que fazem parte do patrimônio particular do *de cuius* e jamais sobre o patrimônio comum desses.

Seguindo a esteira interpretativa, o Ministro Raul Araújo, também no Recurso Especial n. 1.368.123-SP, alega ser errôneo utilizar do princípio da autonomia para interpretar o dispositivo legal em análise. Embora concorde que o regime de bens tenha influência no Direito Sucessório, aquele, por si só, não o rege e, portanto, a partir da morte de um dos cônjuges/companheiro, o que ocasiona a extinção da sociedade conjugal, as regras a serem aplicadas devem ser especificamente as regras do Direito Sucessório.

Assim, o regime de bens adotado na ocasião do casamento é considerado e tem influência no Direito das Sucessões, mas não prevalece tal qual enquanto em curso o matrimônio, não sendo extensivo a situações que possuem regulação legislativa própria, como no direito sucessório. (BRASIL, 2015, p. 39)

Desta maneira, pode-se observar a grande dificuldade interpretativa trazida pelo legislador com o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, e principalmente, em se tratando de Direito de Família e Direito das Sucessões, torna-se especialmente mais complicado adotar qualquer corrente interpretativa, sem analisar e esmiuçar os pormenores de cada argumento no caso concreto.

3.3. Do direito à meação e do direito à herança no regime da comunhão parcial de bens

Dependendo do regime de bens que rege ao casamento ou a união estável, o cônjuge/companheiro sobrevivente poderá ou não ter direito à meação dos bens considerados comuns. De acordo com Miranda (2000, p. 284), o regime de bens “diz se esses bens, que cada um traz, ou que cada um adquire, continuam a ser particulares, ou se são comunicados, de forma a pertencerem a ambos os cônjuges, em comunhão”.

No regime da comunhão parcial de bens, pode haver três massas patrimoniais, o patrimônio comum, aqueles bens adquiridos de forma onerosa durante o casamento e os demais mencionados no artigo 1.660 do Código Civil, e os patrimônios particulares de cada cônjuge, que são aqueles que pertencem exclusivamente a cada cônjuge/companheiro, listados no artigo 1.659 do Código Civil.

Meação é o termo utilizado para designar a parcela do patrimônio comum do casal que pertence ou é reservada a cada cônjuge/companheiro (LÔBO, 2018, p. 24), e, para o tema desta pesquisa, qual seja, o direito do cônjuge/companheiro sobrevivente, que fora casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens, de concorrer à herança com os descendentes do *de cujus*, o direito à meação se mostra extremamente relevante, já que é amplamente utilizado pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça com o fim de embasar seus posicionamentos.

O Ministro Honildo Amaral de Mello Castro no Recurso Especial n. 974.241-DF, ao proferir seu voto e interpretar o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, aplica o direito de meação como um dos argumentos a alicerçar seu posicionamento. Para o Ministro o cônjuge/companheiro que fora casado/convivente sob o regime da comunhão parcial de bens só poderá concorrer com os descendentes do autor da herança em relação aos bens particulares deixados por esse e ainda em caráter excepcional, ocorrendo a concorrência somente nos casos em que não houver patrimônio comum ao casal (BRASIL, 2011, p. 24).

Justifica seu voto no argumento segundo o qual, ocorrendo o falecimento de um dos cônjuges/companheiro, resta ao sobrevivente a meação do patrimônio comum do casal, que é suficiente a garantir um mínimo essencial, e entende que conferir ao cônjuge/companheiro supérstite direito sobre os bens particulares do *cujus*, além de contrariar o próprio conceito do regime de comunhão parcial de bens, favorecerá em demasia o cônjuge/companheiro em detrimento dos descendentes que ficarão em extrema desvantagem (BRASIL, 2011, p. 23-24).

O Ministro Luis Felipe Salomão, também no Recurso Especial n. 974.241-DF, afirma que o cônjuge/companheiro sobrevivente somente herdará, no regime de bens da comunhão parcial, em relação aos bens particulares do *de cujus*, uma vez que, quanto aos bens comuns, o cônjuge/companheiro já se encontra amparado pela meação.

Outrossim, essa ascensão gradativa do nível de proteção legal conferido ao cônjuge supérstite já aponta para a lógica norteadora do legislador de 2002 nos casos previstos no inciso I, do art. 1.829, qual seja: a de não deixar desamparada a parte casada em comunhão parcial de bens, na hipótese da inexistência de bens comuns. Por isso que tornou herdeiro aquele que nada recebeu a título de meação.

É que, se o regime patrimonial pressupõe a existência de bens em comum, cabe ao cônjuge sobrevivente a meação, razão pela qual é dispensada sua participação na quota hereditária, de modo a não resultar em uma duplicidade de direitos prejudicial aos descendentes, que teriam a sua parcela da herança diminuída em prol daquele que assumiu parte considerável do patrimônio – em virtude dos efeitos do próprio vínculo matrimonial. (BRASIL, 2011, p. 38-39)

No Recurso Especial n. 1.377.084–MG a Ministra Nancy Andrichi traz importante reflexão ao evidenciar que não se pode confundir institutos de naturezas diferentes, o que, de acordo com a Ministra, acontece quando não se confere ao cônjuge/companheiro supérstite direito de concorrer sobre a parcela de bens comuns que compõem a herança do *de cujus* sob o argumento de que sobre essa parte do patrimônio o cônjuge/companheiro já fez *jus* à meação (BRASIL, 2013, p. 9).

Conforme a Ministra, tal afirmação não se sustenta, pois o direito à meação do patrimônio do comum do casal se distingue do direito à herança dos consortes, visto serem institutos de natureza completamente diferentes, o direito à meação é instituto do Direito de Família e nas palavras da Ministra “[...] a meação nada mais visa que resguardar o patrimônio do cônjuge supérstite, que já lhe é próprio em virtude da dissolução do casamento pela morte”, o que não interfere no direito de herdar do cônjuge/companheiro, sendo o direito de herança instituto do Direito Sucessório (BRASIL, 2013, p. 9).

Análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito sucessório do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do *de cujus* na sucessão legítima

Do mesmo entendimento da Ministra Nancy Andrighi quanto ao instituto da meação, par-tilha Tartuce (2017, p. 168):

Nunca se pode esquecer que a meação não se confunde com a herança, sendo este baralhamento muito comum entre os operadores do Direito. Meação é instituto de Direito de Família, que depende do regime de bens adotado e da autonomia privada dos envolvidos, que estão vivos. Herança é instituto de Direito das Sucessões, que decorre da morte do falecido.

Ainda que Tartuce diferencie os institutos, afirmando que não se pode confundir a meação com herança, não compactua com a Ministra Nancy Andrighi e entende que a concorrência sucessória do cônjuge/companheiro somente se dará em relação aos bens particulares do *de cujus* (TARTUCE, 2017, p. 173).

Lôbo (2019, p. 143) declara que o direito de concorrência do cônjuge/companheiro, que fora casado pelo regime da comunhão parcial de bens, com os descendentes do falecido somente se dará em relação aos bens particulares que integram a herança, já que, em relação aos bens comuns, haverá a meação assegurada ao cônjuge/companheiro supérstite.

O jurista alega ainda que, ao conceder ao cônjuge/companheiro, no caso do regime de comunhão parcial de bens, direito sucessório sobre a parcela dos bens comuns que cabem ao *de cujus* estar-se-ia violando o direito constitucional à herança dos descendentes, uma vez que a quota parte que lhes seria devida é significativamente reduzida (LÔBO, 2019, p. 143-144).

Em voto de vista no Recurso Especial n. 1.368.123-SP, o Ministro Raul Araújo afirma que conceder direito de concorrência com os descendentes do autor da herança sobre os bens comuns ao cônjuge/companheiro, que fora casado/convivente pelo regime de comunhão parcial de bens, se aquele houver deixado bens particulares, é dar tratamento diferenciado em relação ao viúvo, cujo casamento fora regido pelo regime de comunhão parcial, quando não há bens particulares do autor da herança, porque, nesse caso, não é o cônjuge/companheiro herdeiro con-corrente com os descendentes, verificando-se assim um desequilíbrio entre seus direitos (BRA-SIL, 2015, p. 37).

Por todo o exposto, percebe-se que não há um posicionamento pacífico entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, apesar de as duas últimas decisões analisadas, o Recurso Especial n. 1.368.123-SP, julgado pela Segunda Seção em 2015, por maioria, e os Recursos Especiais n. 1.617.650-RS e n. 1.617.501-RS, julgados pela Terceira Turma, em 2019, por unanimidade, terem reconhecido a concorrência do cônjuge/companheiro, casado/convivente pelo regime de comunhão parcial de bens, apenas em relação aos bens particulares do *de cujus*, não alcançando os bens comuns, do qual o viúvo já possui a meação.

Há de se convir que o legislador cometeu um equívoco ao impor à sociedade dispositivo legal com evidente obscuridade e falta de clareza, que acaba por causar extrema insegurança jurídica e dificultar ainda mais as relações familiares, nas ações que tem por objeto o Direito Sucessório, que naturalmente já são, muitas vezes, dotadas de conturbações e conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se propôs, como objetivo geral, a analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça referentes aos processos nos quais a discussão se centrava no direito sucessório do cônjuge/companheiro, casado/convivente sob o regime da comunhão parcial de bens, em concorrência com os descendentes do autor da herança na sucessão legítima, verificando os argumentos e as interpretações dos Ministros acerca do tema.

Utilizando do tema proposto como referente, pesquisou-se no *site* do Superior Tribunal de Justiça pelas seguintes palavras-chave: sucessão, cônjuge, comunhão parcial, descendentes, herança e companheiro. Foram encontradas quatro decisões do Superior Tribunal de Justiça, entre o período da entrada em vigor do Código Civil de 2002 até 31 de março de 2019, cronologicamente os Recursos Especiais n. 1.117.563-SP, n. 974.241-DF, n. 1.377.084-MG e n. 1.368.123-SP, que preencheram os parâmetros indicados na pesquisa e que foram analisados. Posteriormente tendo sido publicado o acórdão dos Recursos Especiais n. 1.617.650-RS e n. 1.617.501-RS, que tratam do mesmo tema, estendeu-se o período de consulta até 1 de agosto de 2019, para incluir essa decisão neste estudo, dada sua relevância para o tema em estudo devido ao julgamento ter sido prolatado de forma unânime pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual havia maior divergência entre os Ministros.

A análise do conteúdo das decisões nos Recursos Especiais resultou na exploração dos argumentos utilizados pelos Ministros em relação à aplicação da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, que associou o direito de concorrer do cônjuge/companheiro supérstite, casado/convincente pelo regime da comunhão parcial de bens, com os descendentes do *de cuius*, à existência de bens particulares deixados por esse.

Averiguou-se que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça possuem diferentes posicionamentos acerca do dispositivo supramencionado, não obstante concordem que o legislador foi mal-afortunado ao redigir a norma dotando-a de ambiguidade. As críticas e discussões sobre o dispositivo legal, em geral, vinculam-se a estabelecer sobre qual parcela da herança o cônjuge/companheiro sobrevivente terá direito em concorrência com os descendentes do *de cuius*, se sobre toda a herança, sobre os bens comuns do casal, ou apenas sobre os bens particulares deixados por aquele que faleceu.

Ora, a falta de clareza do dispositivo legal abre espaço para diferentes interpretações, o que ocasiona extrema insegurança àqueles que recorrem ao Poder Judiciário. Nos casos levados ao Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrichi entende que o cônjuge/companheiro sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes do *de cuius* na parcela dos bens comuns deixados por esse, nunca sobre os bens particulares. Fundamenta sua posição no princípio da autonomia dos nubentes na hora da escolha do regime de bens, bem como no caráter protecionista conferido ao cônjuge pelo Código Civil de 2002, pois considera que o patrimônio particular pode ser irrisório para garantir tal proteção. Embora defenda veementemente sua posição e utilize de embasamentos pertinentes e com fortes alicerces, a Ministra mantém interpretação isolada dentro da Corte.

O Ministro Honildo Amaral de Mello Castro adota o posicionamento que garante ao cônjuge/companheiro direito de concorrência apenas sobre os bens particulares do *de cuius*, porém sua interpretação adiciona um requisito à concorrência sucessória do cônjuge/companheiro com os descendentes. Para o Ministro a concorrência somente será possível, de forma excepcional, se o autor da herança deixar bens particulares e inexistirem bens comuns do casal, constituindo-se uma interpretação isolada do mesmo dispositivo legal.

Os Ministros Luis Felipe Salomão, Sidnei Beneti e Raul Araújo, que proferiram seus votos nos Recursos Especiais analisados, entendem que o cônjuge/companheiro deverá herdar em concorrência com os descendentes do autor da herança somente em relação aos bens particulares deixados pelo *de cuius*, se houver. Sustentam que, apesar de o Código Civil de 2002 ter clara intenção de proteção ao cônjuge/companheiro supérstite, não se pode utilizar tal argumento para gerar um desequilíbrio entre os herdeiros, privilegiando em demasia o cônjuge/companheiro em detrimento dos descendentes. Defendem ainda que, quanto aos bens comuns que o integram o

Análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito sucessório do cônjuge/companheiro casado/convivente pelo regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes do *de cujus* na sucessão legítima
patrimônio do casal, o cônjuge/companheiro sobrevivente já tem garantido seu direito à meação, não podendo, portanto, concorrer nessa parte da herança.

Os Ministros afirmam que a redação do dispositivo é confusa e há falta de clareza, alegam não ser possível defender um posicionamento único, sendo necessário analisar cada caso concreto.

Constata-se que, durante longo período, houve divergência entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, das quatro decisões, em duas foi reconhecido o direito de o cônjuge/companheiro, casado/convivente pelo regime de comunhão parcial de bens, se houver bens particulares, herdar sobre esses bens; e nas outras duas, concedeu-se o direito ao cônjuge/companheiro de concorrer sobre a meação do *de cujus* no patrimônio do casal, o que instaura grande insegurança dentro do Judiciário brasileiro, dado que não há como estabelecer um padrão de julgamento sobre o tema sem a análise do caso concreto.

Em razão disso, decidiu-se pela análise da decisão prolatada posteriormente ao início desta pesquisa, nos Recursos Especiais n. 1.617.650-RS e n. 1.617.501-RS, pela Terceira Turma, já que havia duas decisões em cada sentido, e a decisão nesses recursos “desempata” o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, conferindo ao cônjuge/companheiro, casado/convivente pelo regime de comunhão parcial de bens, em concorrência com os descendentes do falecido, herança apenas sobre os bens particulares. Destaca-se a importância dessa decisão também por ter sido unânime, ou seja, a Ministra Nancy Andrighi, defensora do posicionamento de que o cônjuge não deveria concorrer com os descendentes em relação aos bens particulares participou do julgamento, pediu vista e acompanhou o voto do relator.

Assim, considerando-se que a decisão no Recurso Especial n. 1.368.123-SP, apesar de por maioria de votos, foi da Segunda Seção e que a decisão posterior pela Terceira Turma, nos Recursos Especiais n. 1.617.650-RS e n. 1.617.501-RS, foi unânime, é possível que esse posicionamento, em que se reconheceu o direito de o cônjuge/companheiro, quando fora casado pelo regime de comunhão parcial de bens, concorrer apenas quanto aos bens particulares, se concorrer com descendentes do falecido, seja adotada como um paradigma sobre o tema, tornando clara a interpretação que se deva dar, ao menos ao ver da Corte máxima em matérias infraconstitucionais à parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 974.241 – DF**. Relatora: Min. Isabel Gallotti. 07 jun. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701652684&dt_publicacao=05/10/2011. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.117.563 – SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 17 dez. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900097260&dt_publicacao=06/04/2010. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.368.123 – SP**. Relator: Min. Sidnei Beneti. 22 abr. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201031033&dt_publicacao=08/06/2015. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.377.084 – MG**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 08 out. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300839140&dt_publicacao=15/10/2013. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.617.501 – RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 11 jun. 2019a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602009126&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.617.650 – RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 11 jun. 2019b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602017406&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 646.721 - RS**. Relator: Min. Roberto Barroso. 10 mai. 2017a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 878.694 – MG**. Relator: Min. Roberto Barroso. 10 mai. 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 12 dez. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553607914>. Acesso em: 13 set. 2019. Acesso restrito.

MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime matrimonial de bens do novo código civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial: dissolução da sociedade conjugal, eficácia jurídica do casamento. Campinas: Bookseller, 2000. vol. VIII.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.6. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530983956>. Acesso em: 28 jul. 2020.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Submetido em: 23 out. 2020.

Aceito em: 6 dez. 2021.

O DIREITO FRATERO E A EDUCAÇÃO JURÍDICA: CONTRIBUIÇÕES PARA A RECONTEXTUALIZAÇÃO DE UMA ESTRUTURA CURRICULAR MAIS HUMANIZANTE

Camila Stangherlin

Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.

camilastangherlin@hotmail.com

Fabiana Marion Spengler

Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.

fabiana@unisc.br

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo principal analisar as possíveis contribuições do Direito Fraterno para a recontextualização das matrizes curriculares dos cursos de Direito do país, em consonância com as diretrizes instituídas pela Resolução CNE/CES nº 5/2018. Assim, o problema de pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: em quais aspectos o Direito Fraterno pode colaborar para estruturação de uma educação jurídica que atenda ao perfil profissional determinado pela Resolução CNE/CES nº 5/2018, especialmente, ao que tange as orientações de caráter humanístico? O método de abordagem é o dedutivo, com levantamento de dados realizado através de pesquisa bibliográfica e de pesquisa documental. A conclusão aponta que, no âmbito do Direito Fraterno, as ideias arrimadas na reciprocidade, e, nas relações interpessoais responsivas e integrativas são bases necessárias para a concretização de um panorama social mais pacífico, de maneira que tais perspectivas podem auxiliar na formação de profissionais jurídicos que atendam adequadamente aos anseios de uma sociedade complexa e plural, como a atual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fraterno. Educação Jurídica. Perfil Humanizante. Recontextualização. Resolução CNE/CES nº 5/2018.

Fraternal law and legal education: contributions to the recontextualization of a more humanizing curricular structure

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the possible contributions of Fraternal Law to the recontextualization of the curricular matrices of the country's Law courses, in line with the guidelines established by Resolution CNE / CES nº 5/2018. Thus, the research problem aims to answer the following question: in what aspects can Fraternal Law collaborate to structure a legal education that meets the professional profile determined by Resolution CNE / CES No. 5/2018, especially with regard to the guidelines of humanistic character? The approach method is hypothetical-deductive, with data collection carried out through bibliographic and documentary research. The conclusion points out that, within the scope of Fraternal Law, ideas based on reciprocity, and in responsive and integrative interpersonal relationships are necessary bases for the realization of a more peaceful social panorama, so that such perspectives can assist in the training of legal professionals that adequately meet the desires of a complex and plural society like the current one.

KEYWORDS: Fraternal Law. Humanizing Profile. Legal Education. Recontextualization. Resolution CNE / CES nº. 5/2018.

INTRODUÇÃO

As diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito estão previstas na Resolução CNE / CES nº 5, de 18 de dezembro de 2018. O documento, que revogou a normativa anterior que tratava sobre o tema (Resolução CNE / CES nº 9/2004), representou um avanço rumo à concepção de uma educação jurídica mais humanizada, atento às necessidades sociais e voltado ao contexto de inserção do profissional junto à realidade comunitária. Convém frisar que, recentemente, a Resolução CNE/CES nº 2¹, de 19 de abril de 2021, já trouxe alterações à Resolução CNE/CES nº 5, acrescentando o Direito Financeiro e o Direito Digital como disciplinas obrigatórias nas diretrizes curriculares em formação técnico-jurídica do curso de graduação em Direito.

No entanto, sabe-se, em que pese às previsões normativas, a efetividade de uma educação jurídica, que, de fato, contemple a perspectiva humanizante, requer a recontextualização dos currículos a partir de elementos integrativos, que favoreçam a interdisciplinaridade do saber, em detrimento do isolamento do conhecimento, e, que aproximem o aluno da vivência comum.

Nesse sentido, determinados elementos precisam ser observados na estruturação de componentes curriculares que associem o processo de ensino e aprendizagem do Direito ao enquadramento social. Par tanto, noções de pluralidade e de responsabilidade coletiva, competências interpessoais e para relações dialógicas proativas, e, o conhecimento de distintas formas de resolver e/ou tratar os conflitos sociais são fatores que necessitam de destaque no eixo de formação de profissionais jurídicos.

Justamente, tais segmentos, norteados pelo reconhecimento do outro no curso das múltiplas relações cotidianas, são ações abordadas no âmbito do Direito Fraterno. Principiada pelo professor Eligio Resta, a ideia de romper com um paradigma jurídico egoísta e individualista é o cerne que desenvolve o Direito Fraterno como guia para a construção de uma sociedade mais harmônica e pacífica. No entanto, sua efetuação requer a adoção de posturas profissionais orientadas pela reciprocidade e pela busca de vivências/convivências mais integrativas, que resgatem os laços humanos da fraternidade, assim como, pelo exercício de atividades cooperativas desenvolvidas desde o período formativo.

Dessa maneira, o objetivo principal do artigo é analisar as possíveis contribuições do Direito Fraterno para a recontextualização das matrizes curriculares dos cursos de Direito do país, em consonância com as diretrizes instituídas pela Resolução CNE/CES nº 5/2018. Assim, o problema de pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: em quais aspectos o Direito Fraterno pode colaborar para estruturação de uma educação jurídica que atenda ao perfil profissional determinado pela Resolução CNE/CES nº 5/2018, especialmente, ao que tange as orientações de caráter humanístico?

A metodologia utilizada compreende o método de abordagem dedutivo, sendo o método de procedimento monográfico, com o levantamento de dados realizado através de pesquisa bibliográfica e de pesquisa documental. A hipótese principal indica que os fatores relativos à inclusão e à integração entre os diferentes sujeitos, desenvolvidas no núcleo do Direito Fraterno,

¹ Texto disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2-de-19-de-abril-de-2021-314909522>.

são aliados na construção de uma educação jurídica mais humanizante, em adequação aos parâmetros estabelecidos pelas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito.

Primeiramente, serão abordadas as principais inovações contempladas pela Resolução CNE/CES nº 5/2018 na seara de uma educação jurídica mais humanizante, enfatizando o perfil conversacional do Direito com a sociedade, assim como as habilidades interpessoais. Por conseguinte, será estudado o conceito de Direito Fraternal a partir da visão doutrinária e seus principais reflexos perante o contexto social atual, e, em especial, nas inter-relações conflituosas. Finalmente, serão examinadas as possíveis contribuições do Direito Fraternal para a concepção de uma estrutura curricular de educação jurídica condizente com os preceitos normativos, e, eficaz no propósito de harmonização social.

O cenário hodierno retrata os desdobramentos de relações jurídicas e sociais baseadas, essencialmente, em decisões egoísticas e individualistas, sendo tarefa do Direito e, sobretudo, de seus profissionais juristas, orientarem a reformulação de novos paradigmas que atendam às múltiplas necessidades de um tecido social que é plural, diverso e desigual, por intermédio de um viés solidário e fraternal.

1. A RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 5/2018 – NOVOS APONTAMENTOS NA CONSTRUÇÃO DE UM PERFIL PROFISSIONAL HUMANIZANTE

O tema que aborda o contorno humanístico na base de formação do profissional jurídico não é algo novo. A normativa anterior que dispunha sobre as diretrizes nacionais do curso de graduação em Direito no país, a Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, já previa dentre os deveres do curso de bacharelado, a necessidade de assegurar “sólida formação geral, humanística e axiológica” do graduando (art. 3º). No entanto, o rol de competências e habilidades, assim como a lista de conteúdos especificados em cada eixo de formação (fundamental, profissional e prática) evidenciavam a composição de um profissional balizado pelo litígio, pelos processos, atos e procedimentos jurídicos formais, e, pela predominante atuação técnico-jurídica².

Os elementos que constituíam de forma geral o texto das diretrizes nacionais fomentavam a estruturação de matrizes curriculares de pouca visão humanística, ainda que o termo estivesse contemplado pela norma. Assim, manteve-se o viés tradicional de um eixo formativo voltado para o aprendizado técnico, privilegiando o direito positivo e conteudista, com componentes curriculares segmentados e incomunicáveis entre si.

Nessa linha convencional, os profissionais formados e inseridos no mercado de trabalho passaram a demonstrar certas dificuldades em responder adequadamente aos anseios de um corpo social multifário. Como afirma Horácio Wanderlei Rodrigues (2020, p. 205), “conhecer o direito positivo é fundamental e necessário, mas insuficiente”. Com efeito, a educação jurídica contemporânea precisa atentar-se aos novos contornos sociais, aos conflitos e às insuficiências que revelam os principais pontos de incongruências das respostas jurídicas hodiernas.

Assim, com base nessas lacunas e após o amadurecimento de debates entorno do assunto, foi editada a Resolução CNE/CES nº 5, de 18 de dezembro de 2018³, que instituiu as recentes

² O inteiro teor da Resolução CNE/CES nº 9/2004, já revogada, pode ser conferido em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Contudo, vale lembrar que o texto foi revogado pela Resolução CNE/CES nº 5/2018.

³ De acordo com o art. 1º, o conteúdo da Resolução CNE/CES nº 5 “institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, bacharelado, a serem observadas pelas Instituições de Educação Superior (IES)”. Trata-se de documento assinado por Antonio de Araújo Freitas Júnior, Presidente da Câmara de Educação Superior

diretrizes para os cursos de graduação em Direito e cuidou de determinar novos elementos estruturais para a formação desses profissionais, visando o desenvolvimento de um conjunto de competências cognitivas, instrumentais e interpessoais.

Dentre as adaptações apresentadas pelo novo conteúdo normativo, variados pontos merecem destaque, contudo, frente ao objetivo da pesquisa, serão analisados aqueles relacionados à reformulação das grades curriculares, almejando a percepção de fatores que possam estruturar uma formação básica jurídica humanizante. Nesse aspecto, a Resolução CNE/CES nº 5/2018 introduziu já nos seus artigos iniciais, ao abordar o perfil básico do graduando, uma temática inovatória, inserindo no rol de conteúdos necessários para a formação técnico-jurídica do bacharel em Direito, o domínio das formas consensuais de composição de conflitos.

Assim estabelece o art. 3º da norma que elenca as novas diretrizes curriculares nacionais para a educação jurídica:

Art. 3 O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania.

A inclusão de uma temática que ganhou espaço valorativo nas últimas décadas – a auto-composição de conflitos no universo jurídico – surge como consequência de uma política pública inaugurada pela Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça⁴, que implementou um viés de regulamentação de mecanismos consensuais de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário.

Um dos aspectos mais importantes na seara autocompositiva é, justamente, a habilidade de inter-relacionamento, a capacidade dialógica e a compreensão do pluralismo cultural. Essas abordagens que perpassam por uma perspectiva mais subjetiva, até então, encontravam pouco espaço de propagação no campo da educação jurídica. Como salientam as autoras Monica Bonetti Couto e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2013, p. 374), em meio a uma “predominância acentuada de disciplinas de processo”, o perfil contencioso do egresso era permanentemente intensificado, não coadunando com as políticas públicas levadas a efeito pelo Estado para o incentivo à utilização “de meios não contenciosos de solução de conflitos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação”. As competências relacionais eram minoradas, ao passo que as destrezas objetivas e cognitivas eram potencializadas.

Nesse sentido, as atuais diretrizes cuidaram de abarcar, no decorrer do texto normativo, expressões que ressaltam a responsabilidade dos cursos de Direito em garantir que seus alunos possuam condições básicas para o desenvolvimento de práticas de justiça consensual, mas não só isso. Outros fatores foram acrescentados, destacando a busca pela formação de um profissional conectado à sociedade e às suas múltiplas interfaces. Assim, importantes elementos foram agregados, incluindo no rol de temas fundamentais ao domínio do jurista assuntos como a diver-

do Conselho Nacional de Educação, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no art. 9º, § 2º, alínea “e”, da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131, de 25 de novembro de 1995, e as Diretrizes Curriculares Nacionais elaboradas pela Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico, propostas ao CNE pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (SERES/MEC), e com fundamento no Parecer CNE/CES nº 635/2018, homologado pela Portaria MEC nº 1.351, de 14 de dezembro de 2018.

⁴ Texto completo disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf.

sidade sociocultural, a interdisciplinaridade, o pluralismo contemporâneo, e, também, a importante preparação acadêmica para a solução de conflitos embasada pelo diálogo e pela autonomia dos envolvidos.

Uma análise ao art. 4º, da Resolução CNE/CES nº 5/2018, que trata sobre as capacidades mínimas necessárias ao graduando, permite vislumbrar o propósito de ampliação dos domínios interpessoais, especialmente, se comparado com o texto anterior⁵. O dispositivo atual, assim indica:

Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a: [...]

III - demonstrar capacidade para comunicar-se com precisão; [...]

VI - desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos; [...]

X - aceitar a diversidade e o pluralismo cultural;

XI - compreender o impacto das novas tecnologias na área jurídica; [...]

XIII - desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar; e

XIV - apreender conceitos deontológico-profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos.

Todas as competências interpessoais relacionadas acima são quesitos medulares para a reformulação de uma educação jurídica que se adeque à dinâmica social. Do mesmo modo, a prioridade na interdisciplinaridade e na articulação de saberes – ressaltadas na perspectiva formativa, são essenciais para que conteúdos e atividades convertam-se em serviços jurídicos satisfatórios à coletividade. Nesse aspecto, o art. 5º, da Resolução CNE/CES nº 5/2018, prevê que o eixo de formação geral deve abordar “os elementos fundamentais do Direito, em diálogo com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico”. Igualmente, o eixo de formação técnico-jurídica deve ser estudado e aplicado em conformidade com “às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil”.

Nessa compreensão, Josefa Florencio do Nascimento e Fioravante Bizigato Junior (2019, p. 477) frisam:

O mundo evoluiu, a sociedade se desenvolveu, mas o ensino jurídico parece não seguir a dinâmica histórico-cultural, tão pouco parece atender aos anseios de um processo de ensino e aprendizagem mais moderno, onde o que se busca com a construção do conhecimento é a formação e transformação de indivíduos melhores, prontos também a transformar a sociedade.

De modo geral, pode-se perceber que essas inclusões efetivadas tendem a conduzir os profissionais jurídicos a um patamar mais integrativo, uma vez que reforçam a necessidade dos graduandos em atentarem-se aos acontecimentos e às mudanças da sociedade. Não com um olhar meramente técnico – unicamente sob o ponto de vista normativo, mas com uma visão dialógica,

⁵ Mais sucinto, o texto da Resolução CNE/CES nº 9/2004 previa que: Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências: I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas; II - interpretação e aplicação do Direito; III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito; IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos; V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito; VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica; VII - julgamento e tomada de decisões; e, VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

capaz de associar o conhecimento adquirido nos bancos acadêmicos, com a prática de um exercício profissional coerente com as inquietações de um tecido social desigual e complexo.

Entretanto, em que pese a grandeza das inovações apresentadas pela atual normativa que versa sobre as diretrizes curriculares nacionais do curso de Direito, importa sublinhar que enfoques isolados, desacompanhados de uma perspectiva conjunta, capaz de aprimorar a noção de responsabilidade e mutualidade nas relações interpessoais, são insuficientes para alavancar um perfil mais humanizante de futuros juristas. Embora a reestruturação atinente aos conteúdos e componentes curriculares mínimos de formação tenham importante papel, torna-se necessária a “aplicação edificante da ciência jurídica, em que aquele que aplica está existencial, ética e socialmente comprometido com o impacto de sua actividade” (SANTOS, 2015, p. 108).

Sendo assim, a restrição a estudos que discorrem sobre temas como o pluralismo social, a diversidade cultural, as práticas dialógicas, ou, sobre a complexidade das relações interpessoais atuais, tende a manter a ausência de articulação entre o universo de aprendizagem jurídica e a realidade social externa aos bancos acadêmicos. Para tanto, surgem abordagens capazes de ofertar linhas de conexão ainda no eixo dogmático (especificado no art. 5º, inc. II, da Resolução CNE/CES nº 5/2018, como “Eixo de Formação Profissional”), contextualizando os saberes basilares de enfoque profissionalizante, com as mudanças e necessidades sociais, políticas, culturais e econômicas do país.

Trata-se de uma perspectiva que engloba “um direito não dito, não ditado, não recebido como as tábuas da lei no Sinai, mas antes, um produto humano pactício, como um novo contrato social. É um direito jurado em conjunto pelos irmãos e irmãs” (CUNHA, 2017, p. 131). Tem por características primárias não ser impositivo, verticalizado ou hierárquico, e, excluindo a concepção de inimigo, é um direito que rumo à inclusão, à responsabilidade e à mutualidade, à não violência nas relações; rumo à humanização. Assim, o tópico seguinte estudará o Direito Fraterno sob o viés da doutrina.

2. O DIREITO FRATERO – REAÇÕES AO INDIVIDUALISMO

Embora o tema tenha se expandido nos últimos anos, as pesquisas sobre o Direito Fraterno ainda são modestas no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo por fonte primária o autor Eligio Resta⁶, esse ramo do direito propõe a efetivação de um novo paradigma jurídico, assentado, sobretudo, na ativa cooperação dos cidadãos em um patamar de igualdade, de inclusão e de responsabilidade mútua. Justamente, o egoísmo e a individualidade tornam-se incompatíveis com os preceitos que orientam um olhar para a humanidade “como um ‘lugar comum’, e não como a abstração que confunde tudo e mascara as diferenças” (RESTA, 2020, p. 117).

Se em muitos discursos de tolerância ou de aceitação dos aspectos distintivos individuais tende a prevalecer a ideia central de superar ou de ignorar os fatores conflitivos entre os indivíduos, aqui, no âmbito do Direito Fraterno, essa percepção vai além. O norte do pensamento fraterno perpassa pela vivência pacífica com o outro (não “apesar de suas diferenças”, mas “com suas diferenças”), estando, portanto, em sintonia com todos os demais direitos humanos, carregando inter-relações fundadas na harmonia e nas posturas cooperativas entre seus membros.

Assim, a fraternidade (re) surge com o propósito de integralizar os indivíduos na humanidade, sendo essa (a humanidade), “simplesmente, apenas um lugar ‘comum’” (RESTA, 2020,

⁶ Segundo aponta Sandra Regina Martini Vial (2006), o Direito Fraterno representa uma “teoria das teorias”, dando azo a “uma nova forma de análise do direito atual. Seu principal pensador é Eligio Resta, professor da Università de Roma Ter”.

p. 13). Esta compreensão de fraternidade, rechaçada ou preterida frente os demais ideais da Revolução Francesa – liberdade e igualdade – traz consigo a retomada de aspectos pouco desenvolvidos até então, instigando um novo panorama jurídico e propiciando o repensar das experiências coletivas contemporâneas. Nesse sentido, as autoras Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler (2011, p. 12) destacam:

A ideia de fraternidade está diretamente ligada à vida em sociedade, à cidadania entre os homens e aos direitos humanos. Na verdade, continua bem próxima dos ideais iluministas, pois não há hierarquia que os diferencie: todos os homens são iguais, livres e deveriam viver em harmonia fraterna.

Ao passo que o pensamento fraterno introduz reflexões voltadas à vivência pacífica e harmônica, à reciprocidade nas relações sociais, à inclusão de todos e todas em patamar de igualdade, às ações responsáveis diante da existência coletiva, ele também convida a uma desconstrução de modelos já arraigados no sistema jurisdicional (e, por certo, na educação jurídica) que enaltecem a lógica positivista e instrumental, “em vez de um direito pensado, sentido e vivido, e libertador” (CUNHA, 2017, p. 158).

Dessa maneira, um novo paradigma passa a ser traçado, atenuando a racionalidade individualista que orienta grande parte do campo jurídico, e, que impulsiona um Direito, por vezes, desconexo dos anseios comunitários. Na transfiguração da relação entre o Direito e a sociedade, também se torna ressignificada a função do jurista frente a complexa realidade atual, em que os múltiplos conflitos interpessoais conclamam por respostas satisfatórias. Ademais, a litigiosidade excessiva, como demonstram os números⁷, faz transparecer o distanciamento aprofundado entre os sujeitos de um tecido social individualista, de poucas atividades dialógicas e com árduas dificuldades para desenvolver a autonomia de suas vontades.

Nesse contexto, conforme afirma Paulo Ferreira da Cunha (2009, p. 85), o Direito Fraterno irrompe-se “entre a idéia de Fraternidade como promessa não cumprida do Iluminismo e uma forma de superar o economicismo e egotismo generalizados”. Importante gizar que não se pretende inserir uma proposta utópica ou inviável, mas um possível redirecionamento da prática jurídica, consubstanciada, essencialmente, na interlocução do aprendizado teórico, dogmático e positivista com espaços acolhedores de uma população heterogênea, que precisa desenvolver e aprimorar o senso de coletividade.

Diante de lacunas dessa grandeza, que instigam comportamentos individualistas e beligerantes, é missão do Direito Fraterno, por meio de um caminho estruturado na educação para a cidadania e para os direitos humanos, inserir o jurista e o Direito no contexto dos fenômenos sociais, a fim de suprir o vazio causado pela ausência de vetores humanistas e responsivos, e de reciprocidade na efetivação das vias de justiça. Ainda que novos mecanismos para obter a resolução de conflitos sejam incorporados no sistema judiciário, a eficácia não está assegurada.

Como assevera Eligio Restá (2020), o renovado olhar para a ciência jurídica não vive na arrogância normativa, mas na aposta de um Direito inclusivo, participativo, que vislumbre nas diferenças existentes em cada indivíduo, uma oportunidade de evolução da humanidade, tendo, portanto, na regulamentação dos códigos, o respaldo necessário para propagar o ideal de uma sociedade mais pacífica, apesar da existência de seus conflitos. Sendo assim:

Insistir nesses outros olhares abertos dos “códigos fraternos” não é indulgência para com uma ingenuidade destinada a sucumbir na luta ímpar com aqueles “cinismos”, frequentemente mascarados de realismo. O vínculo imprevisto entre esse presente

⁷ O relatório anual Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, é a principal fonte de estatística do Poder Judiciário, tendo sua última edição (2020) correspondente ao ano-base 2019. Para o acompanhamento dos dados, sugere-se o acesso em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>.

inquieta e o passado iluminista se faz mais denso e impõe novas “autocompreensões normativas” das quais, os Direitos Humanos, em cada canto desse mundo, são a expressão mais nítida. Por isso, então, retornamos àquele binômio constituído de direito e fraternidade, que, prima pobre da modernidade, recoloca em jogo um modelo de rega da comunidade política; modelo não vencedor, mas possível. É uma parte do *direito vivente*, o qual, não necessariamente, deva sempre se exaurir no *direito vencedor* (RESTA, 2020, p. 116).

Para que os juristas possam impulsionar a reconfiguração proposta, esse debate precisa estar integrado aos eixos de formação, nutrindo os pensamentos reflexivos daqueles que interligam a justiça aos seus destinatários: os cidadãos – homens e mulheres em situações desiguais, que aguardam por respostas pertinentes às suas demandas. Assim, uma vez delineada a concepção medular acerca do Direito e da fraternidade, o ponto seguinte cuidará de examinar as possibilidades de efetuação de uma educação jurídica humanizada, relacionando as mudanças implementadas pelas recentes diretrizes curriculares nacionais e as linhas que conduzem o estudo do Direito Fraterno.

3. CAMINHOS PARA A RECONTEXTUALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO JURÍDICA HUMANIZADA

Se por um lado reconhece-se a potencialidade das inovações trazidas pelas novas diretrizes curriculares nacionais dos cursos de graduação em Direito, por outro, identifica-se árduos desafios para torná-las efetivas em um contexto de integração do ensino com a sociedade, especialmente, por intermédio de práticas humanizadas. Sendo assim, a educação, como destaca Edgar Morin (2004, p. 47), precisa estar centrada na condição humana e em suas especificidades, de maneira tal que os indivíduos “devem reconhecer-se em sua humanidade comum e ao mesmo tempo reconhecer a diversidade cultural inerente a tudo o que é humano”.

Justamente, o processo de ensino e aprendizagem transfigura-se desafiador. Nesse diapasão, o poder público, as instituições de ensino, os educadores e os técnicos educacionais, todos, individual e conjuntamente, possuem importante missão na recontextualização de uma educação jurídica que se integre a conceitos humanizantes, como aqueles fundados na solidariedade, na fraternidade, na harmonização social e na responsabilidade coletiva. Todavia, de forma arraigada, o perfil tecnicista do docente “transmissor do conhecimento” parece predominar nos cursos de Direito⁸, o que obstaculiza o aprendizado crítico e reflexivo, comprometido com a formação e a prática cidadã dos discentes.

A transferência de pensamentos singulares ou únicos dentro da formação do jurista, mantenedora de um apego inflexível aos dogmas históricos e à simbologia impregnada no âmbito jurídico, tende a limitar o potencial de mutualidade e reciprocidade nas relações interpessoais, abreviando emoções e tolhendo perspectivas de aproximação entre os sujeitos. Como alerta Luis Alberto Warat (2004, p. 425), os valores de opressão enclausuram o pensar e o agir do aluno, sendo mecanismos capazes de tornar os indivíduos “inumanos”. Sobre o tema, o autor afirma que:

No sentido mais forte, tornar-nos inumanos significa perder o senso da alteridade e da estilística da existência, os dois pilares da nossa identidade. Depois vêm todas as

⁸ Para Bárbara Silva Costa e Leonel Severo Rocha (2018, p. 43), “esse modelo de professor ‘transmissor do saber’ é caracterizado pelo uso da memorização como estratégia de verificação de conhecimento do aluno. Trata-se de uma prática recorrente nos bancos escolares (do ensino fundamental ao superior)”. Entrementes, essa “posição de superioridade em relação ao estudante” (2018, p. 49) apresenta implicações no modo de atuação do discente, que cada vez menos desenvolve sua visão crítica e sua potencialidade na promoção de mudanças no campo social.

outras consequências, todas as estações que nos levam até o inumano: pensamento e valores fundamentalistas, preconceitos, pulsões destrutivas, violência, guerra, genocídio, o Império.

Sob essa compreensão, fortalecer a construção de espaços emoldurados pela pedagogia libertadora, à serviço da transformação social, como desenvolvido por Paulo Freire (2003), é condição para que a educação jurídica alcance sua perspectiva humanizadora. Para tanto, o texto atual das diretrizes curriculares nacionais do curso de Direito, a já citada Resolução CNE/CES nº 5/2018, apresenta elementos contributivos para essa desejada (e necessária) reformulação do ensino.

Um dos pontos principais atingidos pela mudança normativa determina aos cursos de graduação em Direito a priorização da interdisciplinaridade e da articulação de saberes no desenvolvimento de conteúdos e de atividades de formação de seus graduandos (art. 5º). O estabelecimento desse viés mais dinâmico entre os componentes formativos (não contido na norma anterior, a Resolução CNE/CES nº 9/2005) favorece a construção de um perfil profissional colaborativo e receptivo às diferentes fontes de conhecimento, aos distintos pontos de vista advindos de outras esferas, e, ao acolhimento de concepções diversificadas de sujeitos opostos – não apenas com discursos retóricos, mas com teor de aplicabilidade.

Nessa esteira, os fundamentos do Direito Fraternal obtêm terreno fértil, permitindo a melhor compreensão e a disseminação de suas capacidades na estruturação de um campo jurídico mais efetivo em seus propósitos sociais, dando ênfase aos reflexos produzidos pela complexidade das relações interpessoais atuais e demonstrando a premência de espaços dialógicos ainda no período de preparação básica dos estudantes de Direito (e não apenas na pós-graduação). Assim, a partir de um enquadramento integrativo do ensino, que estimula olhares transversais, também os valores humanos são repensados; a própria justiça é inserida em um novo contexto, em que a ignorância do outro perante o “eu” requer a incidência da fraternidade, para então alcançar o benefício coletivo (CUNHA, 2017).

Contudo, em que pese os apontamentos do Direito Fraternal e as implementações acarretadas pelas diretrizes curriculares contidas na atual resolução do Conselho Nacional de Educação, percebe-se que, de uma maneira geral, o modelo de educação jurídica precisa ser repensado, o que parte de uma análise mais ampla, envolvendo os atores responsáveis por esse universo fortemente alicerçado em uma estrada única, de pouco entrosamento com as demais áreas do conhecimento. Outrossim, as expressões da emoção humana não são propagadas, em nome de uma ciência jurídica pura e comprometida com o positivismo das normas enquanto fonte genuína do Direito, ainda que a complexidade das relações hodiernas reclame novas posturas. Nessa compreensão, Ricardo de Macedo Menna Barreto (2020, p. 129) aduz que:

[...] o reconhecimento das insuficiências do atual modelo de ensino jurídico só poderá ocorrer na medida em que se estabeleça no mundo acadêmico uma auto-crítica capaz de desvelar seus próprios pontos cegos e derrubar suas certezas, abrindo, deste modo, espaços para teorias que não neguem a dimensão humana (os sentimentos, as emoções e o diálogo) que sempre devem acompanhar a produção e a reprodução do conhecimento.

Essa abertura/aceitação das nuances da grandeza humana é uma face indispensável para que o ensino do Direito propicie a humanização de seus profissionais e efetive a garantia dos direitos de todos os cidadãos, apesar de suas diferenças e pelas suas diferenças.

Ainda, não se pode olvidar, outro ponto essencial na recontextualização da educação jurídica, apresentado pela Resolução CNE/CES nº 5/2018, refere-se à necessária capacitação do graduando para as competências interpessoais (art. 4º). Se no texto normativo anterior não se contemplava a aptidão inter-relacional dos juristas, atualmente, tem-se as habilidades dialógicas

e a compreensão da diversidade e do pluralismo cultural dentre os quesitos basilares de composição de um profissional de Direito. A humanização do aluno por mecanismos que aproximam o profissional da perspectiva individual e subjetiva do ser é vista como uma rota de aperfeiçoamento da justiça e de seus serviços, sobretudo, diante de uma crise há tempos já constatada no Poder Judiciário⁹.

Desta feita, a concretização das lições de Direito Fraterno tem um caminho tangível por meio de um percurso de integração do âmbito normativo com os reflexos e as percepções próprias do gênero humano. Expandir o horizonte dos serviços jurídicos por intermédio de uma justiça qualitativa, que prima pela consolidação de relações interpessoais mais cooperativas (e não meramente competitivas), além de ser uma direção necessária à recontextualização da educação jurídica, é uma maneira de fomentar uma sociedade mais harmônica e comprometida com os valores de bem-estar coletivo. Como salienta Richard Crisóstomo Borges Maciel (2017, p. 93) ao se referir à pedagogia waratiana, “o ensino jurídico como prática produtora de dimensões simbólicas comprometidas com os direitos do homem tem de compor uma pedagogia da dignidade e da solidariedade social”.

Também é esse o papel dos cursos de Direito enquanto ciência social aplicada: solidificar resultados proativos à comunidade onde se encontram inseridos. O ensino, a pesquisa e a extensão¹⁰ são instrumentos possíveis e desejáveis para a implementação dessa mudança que já se principiou, mas que requer um engajamento nutrido por aspectos de alteridade. O Direito Fraterno, sendo capaz de dissolver padrões já incabíveis para os contornos da vida social atual, convida, acolhe e introduz os futuros juristas em uma caminhada pela inclusão, pelo diálogo, pela reciprocidade, pelo respeito às diferenças, pela solidariedade e pelo afastamento do ideal individualista: já é tempo de pensar e agir em proveito da coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela concepção de uma educação jurídica humanizada tem se tornado mais sólida com o advento da Resolução CNE/CES nº 5/2018, e suas alterações, que instituíram as novas diretrizes curriculares nacionais para os cursos de graduação em Direito do país. No entanto, ainda que fatores importantes tenham sido contemplados pela normativa, a efetiva formação de juristas preparados para abordagens interpessoais qualitativas, que verdadeiramente contribuam para a concretização de uma sociedade mais harmônica e pacífica, requer a adoção de olhares integrativos entre os componentes curriculares e mais próximos às especificidades humanas.

Com o desenvolvimento do presente artigo cumpriu-se com o objetivo principal estabelecido, analisando, a partir dos contornos metodológicos delimitados, as possíveis contribuições do Direito Fraterno para a recontextualização das matrizes curriculares dos cursos de Direito do

⁹ Falar em crise do Poder Judiciário pode ser algo redundante, no entanto, o cerne do assunto precisa ser interpretado. Sobre o tema, Fabiana Marion Spengler (2017, p. 65) alerta ao destacar que “a crise do modelo de produção de Direito se instala em função de uma dogmática jurídica que ainda pretende enfrentar conflitos interindividuais quando a atual sociedade, moderna e complexa, se encontra repleta de conflitos transindividuais”. Justamente, desconstruir determinados paradigmas e fortalecer a efetivação de direitos fundamentais é um desafio que não pode mais ser postergado, sob tema de aprofundar a ineficácia do sistema.

¹⁰ A Resolução CNE/CES nº 5/2018 no seu art. 2º, § 3º, estipula que “as atividades de ensino dos cursos de Direito devem estar articuladas às atividades de extensão e de iniciação à pesquisa”, devendo constar no Projeto Pedagógico do Curso (PPC). Ainda, destaca-se que a Resolução CNE/CES nº 7, de 18 de dezembro de 2018, no intuito de efetivar a interação dialógica da comunidade acadêmica com a sociedade, estabeleceu as diretrizes para a extensão na Educação Superior Brasileira, integrando a atividade à matriz curricular dos cursos e determinando sua carga horária mínima. O texto completo encontra-se disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104251-rces007-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192.

país, em consonância com as diretrizes instituídas pela Resolução CNE/CES nº 5/2018, e, assim, respondendo ao problema de pesquisa. Em diversos aspectos o Direito Fraternal pode colaborar para a estruturação de uma educação jurídica que atenda ao perfil profissional determinado pela Resolução CNE/CES nº 5/2018, especialmente, naquilo que se reporta às orientações de caráter humanístico.

A perspectiva fraterna insere no universo jurídico elementos essenciais que devem compor o perfil profissional dos formandos em Direito, a fim de possibilitar o adequado exercício da atividade, em conformidade com o complexo panorama social contemporâneo. Trata-se, dessa maneira, de posturas capazes de interconectar de forma proativa o jurista com seus demais colegas, e, o jurista com os cidadãos destinatários dos serviços jurídicos, por meio de uma visão de coletividade. Para tanto, as ideias de reciprocidade nas relações interpessoais, de atenção às diferenças sociais/culturais evitando a exclusão, de respeito à pluralidade, de fomento ao diálogo colaborativo, assim com a necessária noção de responsabilidade das ações, são traços que auxiliam no desafio de (re)contextualizar uma área de ensino arraigada em preceitos objetivos, dogmáticos e de pouca integração às demais esferas de conhecimento.

Dessa forma, a hipótese principal foi confirmada, percebendo-se os ensinamentos provenientes do Direito Fraternal como aliados na construção de uma educação jurídica mais humanizante, em adequação aos parâmetros estabelecidos pelas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito. Ainda, a metodologia mostrou-se satisfatória para o desenvolvimento da pesquisa e para o alcance dos resultados.

Embora o Direito Fraternal não faça parte do rol de conteúdos essenciais à formação técnico-jurídica, tem o condão de inserir reflexões e debates que são imprescindíveis para a atualização da ciência jurídica e para o repensar das contribuições do Direito à sociedade. Nesse contexto, compreende-se, a edificação de uma sociedade menos individualista e litigante perpassa, por óbvio, por diversos segmentos que possuem responsabilidade distintas e complementares entre si. Entretanto, no âmbito da educação jurídica, tem-se o potencial nascedouro de um novo paradigma, capaz de disseminar o viés humanizante por intermédio de olhares otimistas e ousados, como são olhares dos alunos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional De Educação. **Resolução CNE/CES 9/2004**. Institui as Diretrizes Nacionais Curriculares para o Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 06 out 2020.

BRASIL. Conselho Nacional De Educação. **Resolução CNE/CES 5/2018**. Institui as Diretrizes Nacionais Curriculares para o Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em: 07 out 2020.

BRASIL. Conselho Nacional De Educação. **Resolução CNE/CES 7/2018**. Estabelece as Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104251-rces007-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 21 out 2020.

COSTA, Bárbara Silva; ROCHA, Leonel Severo. **Educação jurídica e a formação de profissionais do futuro**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A educação jurídica no Brasil e os meios não contenciosos de solução de conflitos. In: SILVERA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). **Educação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do direito natural ao direito fraterno. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 1, n. 1, p. 78-86, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito fraterno humanista: novo paradigma jurídico**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

MACIEL, Richard Crisóstomo Norges. **Ensino jurídico positivista e a pedagogia de Warat**. Curitiba: Juruá, 2017.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do Ensino do Direito: Reflexões entre Humberto Maturana e Luis Alberto Warat. **Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, v. 29, p. 109-132, 2020

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

NASCIMENTO, Josefa Florencio do; BIZIGATO JUNIOR, Fioravante. O Ensino Jurídico no Brasil e seu distanciamento da realidade social – apontamentos críticos. **Relações internacionais no mundo atual**, V. 1, n. 22, p. 473-481, 2019.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.^[1]

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Novas diretrizes curriculares nacionais dos cursos de direito: análise crítica da Resolução CNE/CES nº 5/2018. In: ROCHA, Maria Vital da. BARROSO, Felipe dos Reis (Org.). **Educação Jurídica e Didática no Ensino do Direito: estudos em homenagem Professora Cecília Caballero Lois**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. **(Des)caminhos do Estado e da jurisdição**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

Submetido em: 27 out. 2020.

Aceito em: 16 dez. 2021.

A TECNOLOGIA APLICADA AO SETOR BANCÁRIO COMO INSTRUMENTO DE DIMINUIÇÃO DA VERTICALIZAÇÃO: A DEFESA DA CONCORRÊNCIA ENTRE AS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO

Bruno Bastos de Oliveira

Universidade de Marília (UNIMAR), São Paulo.
bbastos.adv@gmail.com

Allan Thiago Barbosa Arakaki

Universidade de Marília (UNIMAR), São Paulo.
atbarakaki@gmail.com

RESUMO: O presente artigo aborda como a incorporação de novas tecnologias no setor bancário, como o *mobile payments* e as *fintechs*, auxiliou na diminuição da verticalização do segmento bancário, fomentando a concorrência entre operadoras de cartão de crédito. Para tanto, utiliza-se da pesquisa bibliográfica, consistente na doutrina jurídica, em matérias jornalísticas e em relatórios oficiais, bem como é aplicado o método dedutivo. Aborda-se, de início, a intensa verticalização do mercado bancário, consistente na alta concentração de elos de uma cadeia negocial em torno de um grupo restrito, prejudicando os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Após, adentra-se à concorrência entre as operadoras de cartão de crédito e as máquinas de cartão de crédito. Por fim, conclui-se que o *mobile payments* e as *fintechs*, inovações decorrentes da incorporação tecnológica ao sistema de pagamento, podem melhorar a competitividade do setor, diminuindo o grau de verticalização do mercado bancário e tornando este mais eficiente.

PALAVRAS-CHAVE: *Mobile payments*. Cartão de crédito. *Fintech*. Livre concorrência.

*Technology applied to the banking sector as an instrument to reduce verticalization:
the defense of competition between credit card operators*

ABSTRACT: This article discusses how the incorporation of new technologies in the banking sector, such as mobile payments and fintechs, has helped to reduce the verticalization of the banking segment, fostering competition between credit card operators. For this, it uses bibliographic research, consistent with legal doctrine, journalistic articles and official reports, as well as the deductive method. The intense verticalization of the banking market is initially addressed, consisting of the high concentration of links in a business chain around a restricted group, undermining the principles of free enterprise and free competition. Afterwards, competition between credit card operators and credit card machines enters. Finally, it is concluded that mobile payments and fintechs, innovations resulting from the technological incorporation to the payment system, can improve the sector's competitiveness, reducing the degree of verticalization of the banking market and making it more efficient.

KEYWORDS: Mobile payments. Credit card. Fintech. Free competition.

INTRODUÇÃO

O decurso do tempo e a adoção de uma postura absenteísta do Estado, reminiscência do Estado liberal, durante bom tempo na história econômica brasileira, potencializou a formação de estruturas dominantes em diversos segmentos, entre os quais o mercado bancário. Neste, as instituições financeiras atavicamente impuseram verdadeira verticalização, mediante dominação do setor, subjugando potenciais e efetivos concorrentes, o que conduziu à formação de verdadeiros feudos sobre os quais reinaram longamente.

A partir da necessidade de se diminuir o grau de verticalização, o que é prejudicial à livre concorrência e ao consumidor, somada à incorporação de novas tecnologias às transações financeiras, abriu-se espaço para uma postura mais firme do Estado. Para tanto, emergiram como imprescindíveis a maior atuação dos papéis regulatório (Banco Central) e fiscalizatório (CADE, Secretaria Nacional do Consumidor, Ministério Público, dentre outros) do ente estatal como instrumentos de proteção à livre iniciativa e livre concorrência.

Imbuído desse contexto, o corrente artigo tem por objetivo delinear como a incorporação de novas tecnologias no setor do mercado bancário, como *mobile payments* e *fintechs*, aliada à sobrevivência de uma atuação mais proeminente dos órgãos regulatório e fiscalizatórios, auxiliou na diminuição da verticalização do segmento, fomentando a concorrência entre operadoras de cartão de crédito. Utiliza-se para tal desiderato a pesquisa bibliográfica, além da aplicação do método dedutivo.

A fim de cumprir com a pretensão deste trabalho, de início, aborda-se a verticalização existente dentro do mercado bancário e sua intensidade, o que prejudica a efetividade, sobretudo, do princípio da livre concorrência. Contextualizado o leitor nesse panorama, adentra-se à questão da concorrência entre as operadoras de cartão de crédito e a importância fundamental da atuação estatal, consistente nos poderes fiscalizatório e regulatório, a fim de permitir mais concorrentes dentro do setor.

Imerso em tal contexto, são abordados como o *mobile payments* e as *fintechs*, oriundos da incorporação da tecnologia ao mercado de pagamento, servem para melhorar a competitividade do setor, permitindo mais opções ao consumidor e, com isso, concretizando o princípio da livre concorrência, sem prejuízo de uma atuação cada vez mais proeminente do Estado para resguardar aquele.

O sistema de referências utilizado é a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*, visto que o trabalho demonstra como a postura do Estado, dentro de um mercado hermético, como o bancário, por intermédio de sua atuação regulatória e fiscalizatória para coibir práticas anticoncorrenciais, garantiu maior fluidez ao princípio da livre concorrência, trazendo vantagens ao consumidor.

De um cenário caracterizado por duopólios, seja no caso dos cartões, seja em relação às máquinas de cartão, para um contexto em que se ceifou a restrição de mercado, garantiu-se com isso o ingresso de novos concorrentes naquele. Referida mudança de horizonte implicou melhorias ao consumidor, trazendo-lhe propostas economicamente mais vantajosas pela competitividade inserida no setor, o que verbera maior efetividade do princípio da livre concorrência.

1. A VERTICALIZAÇÃO DO MERCADO BANCÁRIO

Conforme mencionado, a Análise Econômica do Direito pode ser traduzida como “a aplicação da teoria econômica para o exame de formação, estruturação e impacto da aplicação de

normas e instituições jurídicas.” (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 53). Centraliza no seu estudo “os problemas relativos à eficiência do Direito, os custos dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas.” (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 67).

Premido dessa concepção, ao se abordar a respeito da verticalização do mercado bancário, expressão concernente à centralização de elos de uma cadeia negocial em um grupo restrito, latente sua identidade como falha de mercado, noção esta importada da Economia para o Direito. Por ela, entende-se “quando mecanismos de mercado, não regulados pelo Estado e deixados livremente ao seu próprio funcionamento, originam resultados econômicos ineficientes ou indesejáveis socialmente.” (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013, p. 84). A existência da verticalização do mercado bancário não é segredo nenhum e se trata, portanto, de verdadeira falha de mercado:

O mecanismo de mercado pressupõe grande número de produtores e consumidores, de modo que o preço [...] se fixe a partir de um sem-número de transações independentes. Contrária esse mecanismo a circunstância de um produtor (ou um grupo de produtores) ou um consumidor (ou um grupo de consumidores) ter condições, por seu ato, influir na própria formação do preço, dando origem, no primeiro caso, aos monopólios ou oligopólios e, no segundo, aos monopsonios ou oligopsonios. (SCHOUERI, 2005, p. 75).

De fato, a concentração de diversos negócios, dentro de um mesmo segmento, nas mãos de determinada instituição ou de poucas delas, dificulta o surgimento de concorrentes, bem como a sobrevivência destes. A respeito do assunto, interessante o apontamento, apresentado no Relatório do Grupo de Trabalho da Comissão de Assuntos Econômicos, de lavra do Senado Federal:

Um aspecto particularmente relevante na estrutura do mercado financeiro é que, associado à grande concentração, temos um elevado grau de verticalização dos conglomerados financeiros, que atuam nos mais diversos segmentos, tais como seguros, emissões de cartões de crédito e débito, bandeiras, credenciadoras (máquinas dos cartões), vale alimentação, além do mercado bancário. (BRASIL, 2018a, p. 19).

A relação de verticalização, além de ser extremamente lucrativa e interessante àqueles que dominam toda a cadeia de um segmento, impondo a política de lucro e da qualidade de serviço que desejam, dificulta o surgimento de concorrentes, os quais, ainda que queiram se insurgir e participar da mesma atividade, não possuem meios econômicos para fazer uma concorrência de igual porte no cenário apresentado.

Nessa linha de raciocínio, demonstrando a força do mercado bancário e a verticalização nele existente, o Relatório de Estabilidade Financeira do Banco Central (2018a), no segundo semestre, apontou que os cinco maiores bancos (Itaú-Unibanco, Bradesco, Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o Santander) conseguem reunir 83,8% dos depósitos totais em todo o País e 84,8% do mercado de crédito.

Com efeito, a título meramente exemplificativo, citem-se os *spreads* bancários. Estes tratam justamente da diferença de juros praticada pela instituição financeira quando esta empresta o dinheiro de quando ela o recebe para aplicações, remunerando o investidor mediante frutos civis. Em outras palavras, referem-se à “diferença entre as taxas que os bancos cobram pelos empréstimos que fazem e as taxas que eles pagam na captação de recursos juntos aos seus clientes.” (DIEESE, 2019, p. 2).

No caso dos *spreads* bancários brasileiros, analisando os dados de 2019, observa-se que eles são o segundo maior do mundo, alcançando 32%, consoante informações do próprio Banco Mundial (2019), ficando atrás somente de Madagascar, cuja taxa é de 36%. Aliás, a respeito do

A tecnologia aplicada ao setor bancário como instrumento de diminuição da verticalização: a defesa da concorrência entre as operadoras de cartão de crédito

assunto, Benjamin Tabak relaciona: “Os empréstimos do BNDES são fonte importante para empresas domésticas, pois os financiamentos bancários usuais são caros em virtude dos altos *spreads* bancários praticados no Brasil.” (TABAK, 2015, p. 338-9).

A questão da alta dos *spreads* bancários viabiliza e endossa a prática de altos juros pelo mercado bancário, o que, na visão das instituições financeiras, justifica-se em virtude da dificuldade de recuperação do crédito e nos custos da operação. Isso porque, segundo dados do Banco Mundial, no Brasil, são recuperáveis US\$ 0,13 a cada US\$ 1 emprestado ao passo que a média mundial é de US\$ 0,34 a cada US\$ 1 (BALASSIANO; VIDAL, 2019).

Evidentemente, os *spreads* bancários exorbitantes levam em consideração o risco envolvido na transação, tanto é verdade que o advento da Lei Complementar nº 166/2019, modificando a sistemática do funcionamento dos cadastros positivos de crédito, veio ao encontro do anseio comum para, dentre outros objetivos, tentar conter a abusividade de valores praticados em relação ao consumidor.

Sob a nova roupagem do cadastro positivo, diversamente de quando instituído pela Lei nº 12.414/2011, cuja inclusão era então facultativa do consumidor, agora, passou a ser automática, possibilitando às empresas e instituições verificar o histórico de adimplemento (art. 4º, I, da Lei Complementar nº 166/2019). Essa ferramenta, ao permitir que as instituições financeiras tenham acesso ao histórico de adimplência do potencial consumidor que deseja o empréstimo, diminui o risco de se ter a dificuldade de recuperação de crédito.

É cediço também que, muito embora as instituições financeiras pugnem pela prática de *spreads* altos sob o fundamento do risco e da dificuldade de recuperação de crédito, não é só nesse ponto que reside a alta daqueles, uma vez que, ainda que se leve em conta tal argumento, o segmento financeiro continua obtendo lucro considerável e em margem fecunda. Na linha do Relatório de Estabilidade Financeira do Banco Central (2019), os bancos mantiveram aumento da lucratividade no setor, inclusive, durante o primeiro semestre de 2019, apesar de apresentarem sinais de desaceleração. Para se comparar, o mesmo documento que alude aos lucros bancários, no caso das grandes instituições financeiras, ao abordar os bancos de menor porte, advertiu:

Não obstante os bancos de menor porte sinalizarem recuperação dos negócios, e apesar da melhora no ambiente econômico, aqueles que compõem os segmentos mais afetados pelo período de recessão estão passando por processos de adequação de negócios (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019, p. 31).

Ora, tal dinâmica de verticalização, perceptível não só no mercado de cartões e de máquinas de cartão de crédito, mas em todo segmento bancário, traz claro prejuízo à concorrência, bem como ao consumidor em razão da posição confortável que desenvolve para aqueles que possuem todo o domínio de uma área em seu poder. Estes, dada a sua posição, podem impor propostas, o lucro, bem como a qualidade que desejarem em não havendo competição no segmento ou sendo ela pífia.

Evidentemente, na linha do *Law and Economics*, não se pode olvidar que o consumidor tende a realizar a escolha mais racional: “o método econômico aplicado ao comportamento humano implica que os indivíduos normalmente agem de forma racional, buscando melhorar o seu bem-estar e avaliando as suas escolhas através de uma avaliação custo/benefício.” (CARVALHO; MATTOS, 2008, p. 4).

Em um mercado extremamente verticalizado, em que há um número muito restrito de concorrentes, ainda que se considere que o consumidor se dirija pela escolha mais racional economicamente, o fato é que não há propostas muito interessantes para ele, o qual acaba por virar refém dos que detém o domínio da cadeia negocial. Tal fenômeno evidentemente contraria o princípio da livre concorrência e exige a atuação do Estado para corrigir a falha de mercado.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a Constituição Cidadã concebeu a ideia da função social da propriedade (art. 170, III, da CF/88) e expressamente determinou a vedação do abuso do poder econômico, da eliminação da concorrência e do aumento arbitrário dos lucros (Art. 170, §4º, da CF/88), o que leva a apontar que não encontram eco as práticas decorrentes que contrariam a tônica constitucional.

Sucedee, entretanto, que o Direito não consegue – e nem é seu papel – antever a dinâmica dos fatos em um exercício de futurologia, de sorte que o próprio mercado se organiza segundo sua lógica interna. Por vezes, de fato, prevalece o dissenso às disposições regulatórias e, em outras, omitem-se práticas aparentemente benéficas, mas que olvidam a intenção nefasta de domínio de mercado, cenários como tais possibilitam a perpetração de abusos decorrentes da verticalização.

2. A CONCORRÊNCIA ENTRE AS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO

A verticalização do mercado bancário é sentida com ênfase na concorrência entre as operadoras de cartão de crédito. Até meados de 2010, o cenário se resumia a um verdadeiro duopólio, oscilante entre a exclusividade das bandeiras Visa e, de outro lado, a Mastercard, cada qual com sua credenciadora (PEREZ; BRUSCHI, 2018, p. 11), responsáveis ambas por praticamente todo o segmento. O próprio relatório sobre a indústria de cartões de pagamentos equacionou o problema do duopólio no quadrante de outrora:

Essas conclusões apontam importantes falhas de mercado, podendo se destacar a falta de contestabilidade na atividade de credenciamento e o significativo poder de mercado das credenciadoras Visanet e Redecard, que é reforçado pela existência de barreiras à entrada, de caráter tanto contratual quanto econômico em virtude, principalmente, do alto grau de verticalização existente nessa atividade e da falta de interoperabilidade na prestação de serviço de rede. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008, p. 9).

O mercado de cartão de crédito então era dominado apenas por duas grandes empresas supramencionadas, com movimentos financeiros robustos. Nesse galgar, o mesmo relatório, elaborado pelo Banco Central, pelas Secretarias de Acompanhamento Econômico e de Direito Econômico, apontou que a quantidade de transações com cartões cresceu, no lapso de 2002 a 2007, de 275 milhões para 2 bilhões, ficando 90% desse farto e lucrativo mercado nas mãos do duopólio. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008).

Se o mercado do cartão de crédito era conhecido pelo duopólio, de igual maneira, vigia o mesmo em relação ao setor das máquinas de cartão, em que havia duas apenas: a Visanet, pertencente aos bancos Bradesco, Banco do Brasil, Banco Nacional e o Banco Real, e que aceitava apenas cartões Visa; e a Redecard, pertencente ao Citibank, Itaú e Unibanco, aceitando apenas cartões Mastercard. (CHARPENTIER, 2019).

Nesse meio de intensa verticalização, novamente o consumidor era prejudicado, posto que ou o dono do estabelecimento aceitava apenas um dos cartões ou então aquele tinha que adquirir duas máquinas de cartão, onerando-o. Enfim, nítido o efeito da verticalização intensa ao mercado tanto de cartões de crédito como de máquinas de cartão e o prejuízo reinante.

Mediante a atuação conjunta do Banco Central, do CADE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico, ligada ao Ministério da Fazenda, bem como da Secretaria de Direito Econômico, ligada ao Ministério da Justiça, formulou-se o Relatório sobre a Indústria de Cartões de

A tecnologia aplicada ao setor bancário como instrumento de diminuição da verticalização: a defesa da concorrência entre as operadoras de cartão de crédito

Pagamentos, apontando para a extrema verticalização do setor e a necessidade da adoção de providências para o rompimento do duopólio. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008).

Cabível ainda destacar que, com a função regulatória do Banco Central, colmatando a lacuna outrora existente, sem prejuízo da função fiscalizatória dos demais órgãos, sobretudo, do CADE, propiciou-se a ruptura do cenário existente e a diminuição do grau de verticalização. Victor Rufino (2019) destaca a respeito:

Desde 2009, quando o CADE e o Banco Central levaram ao fim definitivo a pergunta: 'vai pagar com Visa ou Master?', os órgãos têm sido proativos na adoção de medidas pró-competitivas no setor. Os resultados são expressivos: com a quebra da exclusividade credenciadora/bandeira, a taxa cobrada pelos cartões caiu 20% segundo a ABRECS (Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços).

Destacando que a aquisição de *status* de instituição autônoma pelo Banco Central e pelo CADE foram essenciais na conjuntura do mercado econômico e seu controle pelo Estado, Maílson de Nóbrega resume: "A construção de instituições econômicas fortes criou restrições ao exercício do populismo econômico." (NÓBREGA, 2005, p. 271).

Sob esse aspecto, de acordo com a Análise Econômica do Direito, a atuação estatal se justificou em virtude de uma clara falha de mercado, qual seja, verticalização do mercado bancário. Além disso, teve por norte propiciar a eficiência de Kaldor-Hicks, e não na perspectiva de Pareto, posto que nesta se busca melhorar a situação ou utilidade, porém, sem prejudicar a de outro. (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013).

Ora, se a atuação estatal visou à quebra de um duopólio, ecoa óbvio que houve prejuízo econômico, cujo grau foi variável, àqueles que detinham o domínio da cadeia negocial, o que afasta, portanto, o critério de eficiência de Pareto, aproximando-se à eficiência de Kaldor-Hicks. Nesta se entende que "as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas." (SZTAJN, 2005, p. 76).

Pois bem, a atuação estatal regulatória e fiscalizatória traduz exatamente a ideia de procurar garantir maior bem-estar ao maior número de pessoas, consumidores e potenciais concorrentes, justificando eventual prejuízo assimilado por um grupo menor, daí a sua correlação com a definição de eficiência de Kaldor-Hicks. De fato, um dos efeitos do rompimento do duopólio foi a diminuição da participação do mercado da Rede e da Cielo, vindo a cair a 73,6% em 2018, enquanto em 2015, paralelamente, estavam em 85,2%, segundo dados do Banco Central (2018b, p. 22).

Com a atuação do Banco Central, permitiu-se maior concorrência ao setor não só em relação aos cartões disponibilizados, mas também quanto ao ingresso de novas máquinas de cartão, oxigenando este segmento. Assim sendo, possibilitou-se um acirramento na disputa pela clientela, inclusive, quanto ao setor das máquinas de cartão, trazendo ofertas e propostas vantajosas com o objetivo de ser melhor aceito no mercado.

A redução do avanço da Rede e da Cielo sobre o mercado de cartão de crédito, por meio da atuação regulatória, fiscalizatória, franqueou um cenário de melhoria para aqueles que desejavam nele ingressar e participar, bem como ao consumidor. Seguindo tal linha, vieram outros concorrentes, como a GetNet, Elavon e a Vero, fomentando competitividade ao segmento, conforme rememora Kawamoto (2019).

De igual maneira, ao quebrar o duopólio das máquinas de cartão, propiciou-se o ingresso de novos concorrentes no mercado, causando queda nos lucros dos antigos dominadores do setor.

Nesse eito, sobrevieram ao consumidor propostas mais competitivas e tendentes a ser mais vantajosas a ele, cuja opção tende a se direcionar pela escolha mais racional e que traduza em maior eficiência econômica ou bem-estar para si.

A título meramente exemplificativo, cite-se a PagSeguro Uol que amealhou notável fatia do mercado, por meio da venda do maquinário, mediante a cobrança de uma taxa, enquanto as tradicionais Cielo e a Rede ofereciam apenas o aluguel da máquina, cuja vantagem seria para empresas com grande capital. (VALLE, 2017). Esse ponto demonstra, com clareza solar, o benefício que a concorrência traz ao segmento ao estimular a competitividade.

Conforme frisado, a verticalização de determinado segmento negocial é pernicioso, pois ofusca a efetividade do princípio da livre iniciativa e concorrência, bem como prejudica o consumidor. De fato, uma das dimensões albergadas pela livre iniciativa é o livre comércio e mercado, compreendido com a possibilidade de o indivíduo explorar a atividade econômica livremente (art. 170, parágrafo único, da CF), isto é, liberdade de empresa (GRAU, 2018), a qual é afetada quando um concorrente não consegue ingressar pelo hermetismo do mercado.

Some-se a isso que a carga de efetividade do princípio da livre concorrência é, de igual maneira, afetada substancialmente quando há uma verticalização muito intensa de uma determinada cadeia, porquanto, além de seu fechamento, aqueles que ingressam nela não conseguem sobreviver pela voracidade da competição. Aliás, memorável advertir que o princípio em questão se traduz em três aspectos fundamentais, consoante lição de Eros Grau:

b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2.) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública (GRAU, 2018, p. 200).

A livre concorrência em um segmento implica o reconhecimento da imprescindibilidade de o mercado possuir potenciais concorrentes em número suficiente que fomente a competitividade. Assim sendo, as empresas ativas não podem formar cartel para equacionar determinado preço a fim de implodir a concorrência e a as empresas dominantes não podem abusar de seu status. (PEREZ; BRUSCHI, 2018, p. 40).

A verticalização do mercado bancário em um patamar alto, dentro da dinâmica da guerra de cartões e das máquinas de cartões, frustra o empresário-concorrente da possibilidade efetiva de conquistar a clientela, haja vista que os detentores da cadeia negocial têm condições de ditar as regras do mercado. Não há como se cogitar, destarte, em concorrência acaso existente um mercado verticalizado em um grau intenso e voraz, tal qual quando da existência do duopólio das máquinas de cartão de crédito.

Digno de nota que a maior fluidez dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência atendem o potencial e efetivo consumidor. A livre concorrência não pode ser lida de forma desmedida e muito menos um fim em si mesma (SAAVEDRA, 2013); ao contrário, encontra limites que são delineados pela própria Carta Maior: “a eficácia do princípio da concorrência depende, portanto, desses limites e só se concretiza enquanto realizar o telos constitucional de assegurar a todos a existência digna.” (SAAVEDRA, 2013, p. 1802).

O consumidor, por seu turno, em um quadrante em que haja outras opções, tem melhores ofertas, com preços e valores praticados mais vantajosos em razão da competitividade natural e inerente do próprio mercado liberal. Imerso nesse panorama, o fomento à competitividade em relação às máquinas de cartão de crédito possibilitou, por exemplo, a queda de taxas anteriormente praticadas, a redução do prazo de pagamento aos comerciantes que venderem no crédito, ganhando com isso o consumidor do serviço. (GRADILONE, 2019).

A tecnologia aplicada ao setor bancário como instrumento de diminuição da verticalização: a defesa da concorrência entre as operadoras de cartão de crédito

É necessário, contudo, não se romantizar a questão ou olhá-la sob uma lente cândida, uma vez que a simples mudança do cenário do duopólio para um novo universo, franqueando o surgimento da concorrência em relação aos cartões de crédito e às máquinas de cartão não implica, por si só, na distrofia da verticalização do mercado bancário existente. Apenas diminuiu sua voracidade.

Significa dizer que se, sob uma perspectiva, a abertura do mercado polarizado permitiu oxigená-lo com demais entes participantes, sob outra, em outro sentir, intensificou o processo de instituições financeiras que já dominavam ou tinham posição de destaque dentro do mercado para adotar políticas empresariais que pudessem colapsar a concorrência. A propósito, elucidativo o exemplo mencionado no Relatório da CPI de Cartões de Crédito:

[...] a verticalização também impõe um risco para a indústria, pois aumenta a probabilidade de se distorcer preços e tarifas como forma de prejudicar a concorrência. Nesse caso, os preços e tarifas relevantes deixariam de ser fixados com o objetivo de maximizar a rede, e passariam a se orientar para exclusão de potenciais competidores. Por exemplo, um aumento da tarifa de intercâmbio prejudica o adquirente e favorece o emissor. Ocorre que, quando adquirente e emissor pertencem ao mesmo grupo, um aumento dessa tarifa não traz qualquer impacto para o conglomerado. Mas pode prejudicar a concorrência no mercado de adquirência, ao aumentar os custos para os participantes. (BRASIL, 2018b, p. 46).

Nessa linha de raciocínio, conseguindo adotar medidas empresariais com aparência vantajosa ao consumidor, porém, deletérias aos concorrentes e impraticáveis, as instituições financeiras dominantes conseguiriam implodir seus concorrentes a curto, médio ou longo prazo, voltando a transformar o segmento em um feudo particular seu, dentro do qual reinariam em absoluto novamente.

Ademais, impende destacar o risco da prática de *rent seeking*, na linha do que prevê a Análise Econômica do Direito, podendo aquele ser compreendido na prática de cooptação dos poderes do Estado nas mãos de particulares com um alto poder financeiro. Diante desse risco, a autonomia do órgão regulador, como o Banco Central, bem como dos órgãos fiscalizatórios, cujo mister é exercido por vários e não apenas pelo CADE, diminui o risco de tal prática.

Um exemplo que pode ser mencionado a respeito da atuação exitosa do CADE se refere à política empresarial, direcionada aos correntistas do Itaú Unibanco e do Tribanco, praticada pela credenciadora Rede e pelo Itaú, a fim de isentar de cobrança a taxa de antecipação de recebíveis, ou seja, aquela cobrança que é feita em cima do que é vendido a crédito à vista do empresário, o que levou ao CADE a investigar eventual legalidade da manobra. (FURLAN, 2019).

A atuação do órgão foi decisiva para estender a suposta benesse a todos os clientes. (FURLAN, 2019). Sobre o CADE e a livre concorrência, colha-se, por oportuno, a seguinte lição: “O órgão responsável por fiscalizar e coibir práticas que contrariem a livre concorrência é o CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica – podendo, até mesmo, aplicar sanções de cunho pecuniário para as pessoas que interferirem de forma negativa no mercado” (FERRER; MOLICA, 2017, p. 781).

A respeito da importância do *munus* do órgão fiscalizatório, Victor Rufino (2019) rememora:

A preocupação do Cade passou a ser a potencial combinação de esforços entre credenciadores e seus bancos controladores para dificultar o acesso ao mercado por *player* independentes. Isso gerou sucessivas ações para garantir um ambiente equalizado em que o processo competitivo fizesse sua parte.

Cumprido destacar que ao CADE compete resguardar a higidez da ordem econômica (art. 9º, II, da Lei nº 12.529/11), podendo ainda aplicar sanções administrativas por infrações àquela,

inclusive, podendo ordenar providências que visem à cessação do ato (art. 9º, III, IV, da Lei nº 12.529/11). Assim sendo, cristalina a importância da atuação conjunta do CADE, enquanto órgão fiscalizador, e do Banco Central no exercício de seu múnus regulatório. A respeito da função regulatória, colha-se, por oportuno, a seguinte lição:

Entende-se que o legislador não tem condições de prever todas as situações concretas. Defere, assim, ao agente regulador a faculdade de formular decisões que conciliem a perspectiva do crescimento econômico impulsionado pela iniciativa privada com o interesse público. (FONSECA, 2017, p. 68).

Nesse eito, importante não olvidar que o princípio da livre concorrência não comporta qualquer comportamento competitivo livremente, por si só, o que traduziria a política econômica do mais forte sobre os mais fracos e de dominação sobre concorrentes e clientela. (GÁLVEAS, 2002). Contrariamente a tal concepção, admite sim a competição, a qual, contudo, deve estar alinhada com demais valores e princípios igualmente importantes como a moralidade, a livre iniciativa, a função social da empresa e outros.

Em que pese a atuação importante do CADE e do Banco Central, mister não olvidar os demais órgãos igualmente importantes para a diminuição da verticalização do mercado bancário e que tiveram decisões importantes para tanto. Cite-se, a propósito, o Relatório da Indústria de cartões de crédito, dentro do qual se apontou a existência da falha de mercado, sendo fruto da colaboração entre Banco Central, Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008).

Destaque-se ainda a própria Secretaria Nacional do Consumidor, outro órgão que possui poder na aplicação de sanções administrativas pelo descumprimento de normas protetivas ao consumidor (art. 3º, X, do Decreto nº 2.181/97) e é possuidor de relevante atuação dentro do setor tratado. Diferentemente da atuação do CADE, cujo norte é a higidez da ordem econômica, a Secretaria Nacional do Consumidor fiscaliza e sanciona ações que violem direitos consumeristas.

Tal situação demonstra a importância da atuação do órgão, máxime no mercado de cartão e de máquinas de cartão de crédito. A Nota Técnica nº 28/2020, por exemplo, visando resguardar o consumidor dentro da disputa entre os cartões, repele práticas como o desvirtuamento do cartão de crédito consignado, a oferta excessiva e abusiva e por telefone, o direito à informação integral na oferta do crédito.

A Secretaria Nacional do Consumidor desempenha também um papel orientativo e de consciência coletiva, pugnando pela difusão de ampla informação ao consumidor. Nesse item, o órgão realiza, dentro do segmento bancário, campanhas que propaguem os dados e as vantagens do pagamento da fatura do cartão corretamente, bem como os encargos incidentes no inadimplemento ou parcelamento. Tal atuação aponta que o papel do órgão não se restringe apenas ao caráter sancionatório, mas, ao contrário, aborda questões de conscientização e informação.

Enfim, é de se ver que o êxito na atuação paulatina para a diminuição da verticalização decorre de uma comunhão de esforços entre o órgão regulador, Banco Central, o qual preencheu uma lacuna existente, e os órgãos vinculados ao Executivo, como a Secretaria Nacional do Consumidor, e outras entidades, como o próprio CADE, cada um dentro de seu sistema de atribuições.

3. *MOBILE PAYMENTS E FINTECHS*: INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E A LIVRE CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO

A respeito da diminuição da verticalização do mercado bancário e a concorrência das operadoras de cartão de crédito, oportuno destacar que o último fenômeno começou a ter uma posição mais significativa não só com a quebra do duopólio anteriormente existente entre credenciadora e cartão ou entre as máquinas de cartão que oscilavam entre dois polos, mas sim quando “o Bacen reconheceu os arranjos da moeda eletrônica, baseados na criação de um conta digital de pagamento, que permite ao cliente receber pelas suas vendas independentemente de possuir conta bancária.” (GONÇALVES, 2019).

Ao longo do tempo, como é cediço, as variadas inovações tecnológicas foram adaptadas ao processo dentro do mercado bancário, possibilitando o ingresso de novas fórmulas de negócio, com uma roupagem diferenciada, o que culminou em um processo de digitalização das finanças e das relações bancárias:

a digitalização das finanças na atualidade não é simplesmente um implemento tecnológico capaz de acelerar as trocas econômicas, mas verdadeira parte integrante do capitalismo contemporâneo, sendo a velocidade aspecto definidor das condutas de grandes agentes econômicos – como grandes bancos e fundos de investimentos- na operação do mercado. (CARVALHO, 2018, p. 212-213).

Nesse universo, imerso no capitalismo contemporâneo, em que se busca cada vez mais o dinamismo, a agilidade e a simplificação de processos, desenvolveram-se o *mobile payments*, o qual, nas palavras de Lucas Machado (2011, p. 48):

[...] consiste na utilização de dispositivos móveis para o pagamento de uma ampla gama de serviços e bens duráveis e digitais como, por exemplo, tarifa de transporte público (metrô, ônibus e trens), músicas, vídeos na internet, compras no supermercado e etc.

Em síntese, o *mobile payment*, nas palavras de Ricardo Abrahão (2015, p. 17), é um processo que “tem como objetivo a compra, pagamento ou transferência de valores remotamente feita pelo dispositivo móvel, sem a necessidade de dinheiro em espécie e sem a necessária participação de instituições bancárias”.

As grandes instituições financeiras sólidas continuam ainda com parcela considerável do mercado de cartões de crédito e de máquina de cartão concentradas em si, contudo, sem prejuízo do importante papel do Banco Central e do CADE, a incorporação de novos procedimentos tecnológicos, diminuiu o grau de intensidade da verticalização, permitindo o surgimento de alternativas como o *mobile payment* por meio das *fintechs*.

As *fintechs* são alternativas às instituições financeiras tradicionais, permitindo a realização de serviços, como pagamento e disponibilização de crédito, aplicações, entre outras modalidades, incorporando maior nível de tecnologia a tais procedimentos. Em outras palavras, “são *startups* — empresas de tecnologia nascentes com alto potencial de escalabilidade — que desenvolvem produtos ou serviços financeiros.” (FIGO; LEWGOY, 2019, p. 13).

Como alternativa às instituições financeiras tradicionais, conhecidas pelo formalismo e pela universalidade de atuação dentro do mercado bancário, as *fintechs* buscam algo diverso: atuar em determinado segmento específico, como pagamento, oferta de crédito, aplicações, *crowdfunding*, *bitcoin*, seguros e demais setores. Fornece-se, em compensação à especialização do setor, ao usuário melhor otimização de resultados, por meio da tecnologia aplicada, o que garante àquele mais praticidade e menor burocracia.

Os focos, portanto, são diversos. Enquanto a instituição financeira tradicional possui um cenário mais robusto e de maior solidez por atuar em um universo mais amplo e maior no mercado econômico, em diversos setores, as *fintechs* são focadas em uma linha apenas e, com isso, conseguem se tornar mais competitiva para se inserir no mercado, privilegiando, portanto, a livre concorrência.

Com efeito, tendo em vista que as *fintechs* são focadas em setor específico e considerando a incorporação de tecnologia de alta ponta ao procedimento que figura como seu objeto, seu custo de operação e funcionamento é menor do que de uma instituição financeira robusta e tradicional. O quadrante delineado lhe possibilita, portanto, fornecer serviços a uma taxa mais competitiva no mercado, além da comodidade – menor burocracia, maior praticidade e dinamismo nas operações, trazida ao usuário. (CAMPOS; RIBEIRO; PUPO, 2018).

As *fintechs* tiveram boa receptividade no mercado brasileiro, consoante se observa na evolução dos números do mercado financeiro: em agosto de 2018, havia 453 empresas, passando para 604 no início de junho de 2019, o que foi equivalente a um crescimento de 33%. (CANOVA, 2019). Ademais, a perspectiva de exploração do nicho do pagamento digital é fecunda, sobretudo, pela disseminação dele em razão da acessibilidade da tecnologia, sendo que estudos apontam uma estimativa de redução da participação dos pagamentos físicos no Brasil, de 74,6% das transações em 2019, para 68,9% em 2024. (TOBIN; MURRANT, 2020, p. 35).

A alta receptividade nacional na incorporação de instrumentos tecnológicos, como as ideias da *fintechs* e de *mobile payments*, é perceptível claramente. A recente crise pandêmica do Coronavírus (COVID-19) transpareceu isso ao permitir que o pagamento do auxílio emergencial, previsto no art. 2º, §9º, da Lei nº 13.982/2020, fosse feito por meio das *fintechs*, com o intuito de evitar filas e aglomerações de pessoas nas instituições financeiras tradicionais.

Com efeito, diante do panorama instável do Coronavírus (COVID-19) e de sua disseminação pelo mundo, a Organização Mundial da Saúde (2020) recomendou que se evitasse a aglomeração de pessoas e, inclusive, sugeriu a adoção de medidas de isolamento social para conter o avanço da patologia.

A aplicação das medidas sanitárias em questão levou à paralisação do comércio e demais setores econômicos, trazendo grandes dificuldades ao setor produtivo e social. (FMI, 2020). Imerso nesse cenário, surgiu a necessidade de se realizar o pagamento de auxílios emergenciais, sobretudo, às classes mais desfavorecidas, daí porque se autorizou que o pagamento fosse processado, inclusive, via *fintechs* para coibir justamente a reunião de pessoas nas portas das instituições financeiras.

Ademais, atento ao mercado em crescimento e fértil, a sobrevinda da Lei nº 12.865/2013 foi de grande valia para imprimir maior segurança jurídica à realidade econômica: reconheceu a moeda eletrônica (art. 6º, VI), vedou às instituições de pagamento realizar procedimentos típicos de bancos (art. 6º, §2º), definiu o Sistema de Pagamentos e Transferência de Valores Monetários por meio de Dispositivos Móveis como conjunto de arranjos de pagamento disciplinador da prestação dos serviços de pagamento, tendo por norte a utilização de dispositivo móvel em rede de telefonia móvel (art. 8º, parágrafo único).

Sem prejuízo, referida lei ainda lembrou o papel regulatório do Banco Central, munindo-lhe da função de, observada a diretriz do Conselho Monetário Nacional, disciplinar os arranjos de pagamento, de verificar a constituição, funcionamento e fiscalização das instituições de pagamento, de autorizar a instituição de arranjos de pagamento, bem como de exercer vigilância sobre os arranjos de pagamento e aplicar as sanções cabíveis (art. 9º e incisos).

A tecnologia aplicada ao setor bancário como instrumento de diminuição da verticalização: a defesa da concorrência entre as operadoras de cartão de crédito

Munido de tal *munus*, o Banco Central editou a Resolução nº 4.656/2018 em que disciplinou as operações de empréstimos e financiamentos por meio da plataforma eletrônica, reconhecendo a situação das *fintechs* de pagamento, no art. 8º, §1º, V, da normativa, bem como, por conseguinte, do *mobile payments*. O exercício do papel regulatório do órgão incutiu maior segurança jurídica às transações realizadas e permitiu imprimir mais competitividade ao setor com isso.

É possível verificar que a atuação do Banco Central, diante do fenômeno da desconcentração bancária, conduziu-se por diversas ações praticadas pelo órgão, entre as quais a citada Resolução nº 4.656/2018. Podem ainda ser mencionadas, dentro desse universo, segundo esclarece Glauber Ferreira (2018), a Circular nº 3.885/18, a Resolução nº 4.639/18, a Resolução nº 4.658/2018, emitidas pela própria instituição.

A Circular nº 3.885/18, prevendo a figura do subcredenciador, possibilitou a participação destes com volume menor de R\$ 500 milhões por ano nas operações de cartão, sem a necessidade de os subcredenciadores fazerem parte da câmara interbancária de pagamentos. Tal medida “visa a redução dos custos operacionais [...], facilita a entrada de novos *players* aos meios de pagamentos e aumenta a capilaridade de subcredenciadores junto aos estabelecimentos comerciais possibilitando a consequente redução dos custos ao consumidor final.” (FERREIRA, 2018, p. 62).

Além disso, a Resolução nº 4.639/18 trouxe a previsão da portabilidade do salário por meio das contas salário, o que foi aprovado anteriormente pelo Conselho Monetário Nacional. Cuida-se de um instrumento eficiente, tendo por objetivo “propiciar maior comodidade ao beneficiário e estimular maior concorrência entre as instituições.” (FERREIRA, 2018, p. 64). Mediante o estímulo da concorrência, o cenário se mostra favorável ao surgimento de novos *players*, sobretudo, as *fintechs*, trazendo consigo a tecnologia e a praticidade.

No mesmo panorama, vislumbra-se a Resolução nº 4.658/2018 do Banco Central, que traça, em resumo, diretrizes a respeito da política de segurança cibernética. O ato é uma precaução e traz requisitos mínimos no estabelecimento de uma política de segurança cibernética, máxime considerando a utilização de *mobile payments* e *fintechs* nas transações bancárias. A incorporação da tecnologia aos meios de pagamento pressupõe o estabelecimento de um padrão mínimo de segurança a essas transações financeiras. O fluxo traduzido na agregação de novas opções, como *mobile payment*, *fintechs*, ao mercado bancário verticalizado tradicional e que gravitava em torno das instituições financeiras tradicionais, no que concerne às máquinas de cartão de crédito, impingiu maior competitividade ao setor, oxigenando-o.

Esse fenômeno vem ao encontro do desiderato do Poder Público como um todo, seja por meio da política legislativa, seja compreendido no exercício da função regulatória, seja no âmbito da atribuição fiscalizatória do CADE, do Ministério Público Federal, PROCON, Secretaria Nacional do Consumidor, Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, etc.

Novamente, apresenta-se, na perspectiva do *Law and Economics*, a atuação do Estado a fim de imprimir, por meio da regulação, maior segurança jurídica aos pagamentos móveis, alinhando-se com a ideia da escolha racional, adequação e eficiência, tríade sobre a qual se finca a Análise Econômica do Direito. (RIBEIRO; GALESKI, 2009). A escolha racional se traduz numa opção mais célere, dinâmica e prática de pagamento fornecida pelas *fintechs* e pelo *mobile payments*.

A adequação, por sua vez, se refere ao equilíbrio obtido, em uma perspectiva social, quando vários sujeitos se orientam na ação de seu próprio bem-estar racionalmente. Tal situação é perceptível pelo ingresso das *fintechs* no mercado bancário, com a proposta de uma atuação

mais segmentada e direcionada do que as instituições financeiras tradicionais, surgindo, portanto, um nicho de mercado.

A eficiência, por seu turno, na mesma linha da ideia de Kaldor-Hicks, pode ser observada no dinamismo que o *mobile payment* e as *fintechs* trouxeram consigo. Em que pese ter ocorrido uma diminuição da verticalização, obviamente, o mercado bancário continua extremamente acirrado e hostil, sendo que não raras vezes há a utilização de condutas anticoncorrenciais com vistas a eliminar ou tolher a concorrência.

O controle *ex-post* das condutas, consoante ensinamentos de Adriana Perez e Cláudia Bruschi (2018), isto é, a possibilidade da realização da fiscalização de eventuais medidas empresariais anticoncorrenciais no âmbito do CADE, é imprescindível para a manutenção da competitividade sadia dentro do segmento bancário a fim de diminuir o grau de verticalização, sobretudo, quanto à guerra das máquinas de cartão de crédito.

De igual maneira, as mesmas autoras apontam para a importância da perene atualização das medidas estruturantes, ou seja, definidoras de diretrizes e de norte, por intermédio do Banco Central, para a atuação das demais entidades. Cabível não olvidar o importante papel desempenhado pelo Estado na regulamentação das atividades econômicas, conforme destacam Gina Pompeu e Rosa Oliveira de Pontes (2018, p. 377):

[...] em decorrência dos vários movimentos econômicos, políticos e sociais o Estado tem atuado como agente regulador da atividade econômica em maior ou menor grau, sendo certo de que o desafio pela busca do desenvolvimento econômico, com valorização humana, exige compatibilização dos interesses públicos e privados.

A boa receptividade das *fintechs* e a ampliação do *mobile payments* vem delineando a nova dinâmica do mercado financeiro, diminuindo o grau de sua verticalidade, bem como a concentração bancária, pelas vantagens que propõe – dinamismo, tecnologia, melhores condições, praticidade.

Tal sintonia vem sendo amparada pela atuação mais proeminente do CADE, em sua atribuição fiscalizatória, e pelo Banco Central em seu mister regulatório, sem prejuízo do exercício das atribuições dos demais órgãos atuantes no setor econômico, como Ministério Público, PROCON, bem como do próprio cidadão, o qual atualmente sabe que possui direitos e os reivindica.

Enfim, a miscelânea de fatores conjugados pelas *fintechs* e *mobile payments* – acessibilidade à tecnologia, taxas mais competitivas, praticidade – conflui em uma direção muito benéfica ao consumidor e à livre concorrência, pois insere opções alternativas na guerra das máquinas de cartão de crédito, cuja tendência é, tendo maior nível de competitividade sadia no setor, franquear um mercado com mais alternativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Análise Econômica do Direito pode ser utilizada, com clareza solar, para demonstrar o processo de diminuição da verticalização do mercado bancário e a desconcentração bancária, relacionados aos cartões e às máquinas de cartões de crédito, e as vantagens advindas ao consumidor a partir de uma maior fluidez do princípio da livre concorrência no setor.

Com efeito, sob o prisma do critério de eficiência de Kaldor-Hicks, ecoa nítida a importância econômica da atuação do Estado, pelas funções fiscalizatória e regulatória, rompendo os duopólios até então vigentes e que faziam os consumidores reféns das propostas existentes, permitindo maior fluidez das regras inerentes do próprio mercado.

A tecnologia aplicada ao setor bancário como instrumento de diminuição da verticalização: a defesa da concorrência entre as operadoras de cartão de crédito

Nessa dinâmica, ao se quebrar o domínio do setor de cartões e de máquina de cartões, consistente nos duopólios, atuou o Estado para corrigir a falha de mercado gerado pelo próprio mercado e que estava tolhendo a efetividade do princípio da livre concorrência. Ao fazê-lo, permitiu a efetividade regular do princípio da livre concorrência, motivo pelo qual apareceram novos concorrentes, cada qual com sua respectiva proposta ao consumidor.

A incorporação do *mobile payments* e das inovações tecnológicas, como as *fintechs*, acrescido às funções regulatórias e fiscalizatórias do Poder Público, foram fundamentais para diminuir o grau de verticalização do mercado bancário, franqueando o delineamento de um panorama mais adequado de solidariedade constitucional (art. 170, in fine, CF/88).

Faz-se mister, entretanto, ter-se extrema cautela, posto que, conforme escrito alhures, algumas medidas empresariais entabuladas, sob o pretexto aparente de imprimir maior competitividade ao setor e à empresa dentro do mercado, podem, na verdade, esconder a intenção nefasta de devastar potenciais e efetivos concorrentes a médio e longo prazo.

De fato, em uma competição de mercado, cada um dos participantes oferece sua proposta ao consumidor, o qual, obviamente, mediante a escolha racional, tende a optar pela opção formulada que lhe seja mais vantajosa economicamente. Sucede, contudo, que há que se tomar cuidado para que não haja a cooptação do Poder Público por interesses de pequenos grupos que tenham interesse em garantir a continuidade da estrutura de predomínio de mercado (*rent-seeking*).

Ademais, é necessária a atenção às propostas que, pela escolha racional, seriam benéficas ao consumidor, sob a lente econômica, contudo, seriam devastadoras à concorrência e insustentáveis, posto que, nessa situação, haveria nítida prática anticoncorrencial, com o intuito de dilatar os concorrentes.

Em um mercado bancário com alto grau de competitividade, como no caso do quadro da guerra entre as operadoras de cartão de crédito e entre as máquinas de cartão, é imprescindível a proeminência da função regulatória do Banco Central e fiscalizatória do CADE, bem como da Secretaria Nacional do Consumidor e demais órgãos, a fim de, no primeiro caso, fixar diretrizes e parâmetros e, no segundo caso, reprimir práticas abusivas.

De igual maneira, entretanto, soam como imprescindíveis o aperfeiçoamento da atuação mais efetiva de demais órgãos públicos, como Ministério Público Federal, Congresso Nacional, e uma cidadania participativa. Quanto maior for o nível de fiscalização do mercado existente, sobretudo quando o nível de competitividade for alto, maior o benefício ao consumidor, posto que lhe propicia uma opção negocial melhor pelas regras do livre mercado, sem prejudicar, contudo, a concorrência.

De fato, a atuação mais firme e madura de outros órgãos públicos, cuja incumbência é, de igual forma, a fiscalização do sistema econômico-financeiro, como Ministério Público, Congresso Nacional, é extremamente desejável maior otimização do resultado, buscando coordenação de ações com o CADE e com a Secretaria Nacional do Consumidor. É necessário amadurecer a forma de colaboração dos órgãos fiscalizatórios, buscando otimizar suas atividades e coordená-las.

Muito embora tenha sido decisiva a atuação do Banco Central, do CADE e da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, sem prejuízo dos demais órgãos fiscalizatórios, há muito ainda por fazer. Isso porque, com a incorporação da tecnologia aos meios de pagamento, em que a praticidade e agilidade são palavras de ordem, as práticas anticoncorrenciais e deletérias à concorrência são praticadas, máxime em um mercado tão lucrativo como o bancário.

Tal situação exige, enfim, a atuação não só atenta dos órgãos fiscalizatórios, mas um olhar conjunto, compartilhado pelo CADE, Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, Congresso Nacional, Ministério Público Federal, permitindo maior integração técnica e agilidade nas apurações. Mediante a integrações dos órgãos e a atuação regulatória do Banco Central é possível vislumbrar a garantia de uma maior efetividade ao princípio da livre concorrência, cuja necessidade de afirmação é constante.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Ricardo de Sena. **Intenção de adoção do mobile payment**: uma análise à luz das teorias de aceitação e uso de tecnologia. 2015. 108 f. Dissertação (Mestrado em Administração)-Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2015.

BALASSIANO, Marcel; VIDAL, Vitor. **A parcimônia com o mercado de crédito**. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, 2019. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/parcimoniam-com-o-mercado-de-credito/>. Acesso em: 10 de abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Estabilidade Financeira**. Brasília, vol. 17, n. 2, out. 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2018_10/refPub.pdf >. Acesso em: 10 de abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Estabilidade Financeira**. Brasília, vol. 18, n. 2, out. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/ref/201910/RELES-TAB201910-refPub.pdf>. Acesso em: 10 de abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**. Brasília, 2008. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/sistema_pagamentos_bras_ileiro/Publicacoes_SPB/Relatorio_Cartoes.pdf. Acesso em: 06 de abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução n. 4.656, de 26 de abril de 2018**. Dispõe sobre a sociedade de empresário entre as pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_v1_O.pdf. Acesso em: 6 abr. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Oportunidades e desafios para o BCB**. Seminário Casa das Garças, Brasília, 2018. Disponível em: http://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2018/12/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Presidente_Ilan_CasaDasGar%C3%A7as_Dez18_vEnvio-1.pdf. Acesso em: 3 set. 2020.

BANCO MUNDIAL. **Interest rate spread (lending rate minus deposit rate, %)**. Washington, 2019. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/FR.INR.LNDP/>. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal. **Inovação e Competição: novos caminhos para redução dos spreads bancários (custos e margens da intermediação financeira)**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/f21749c8-85ae-417f-ac6f-d2a25c029d21>. Acesso em: 10 abr. 2020.

A tecnologia aplicada ao setor bancário como instrumento de diminuição da verticalização: a defesa da concorrência entre as operadoras de cartão de crédito

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Lei 13.982, de 2 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/113982.htm/. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013. Autoriza o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol que especifica e o financiamento da renovação e implantação de canaviais com equalização da taxa de juros; dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB); autoriza a União a emitir, sob a forma de colocação direta, em favor da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), títulos da dívida pública mobiliária federal; estabelece novas condições para as operações de crédito rural oriundas de, ou contratadas com, recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE); altera os prazos previstos nas Leis nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e nº 12.249, de 11 de junho de 2010; autoriza a União a contratar o Banco do Brasil S.A. ou suas subsidiárias para atuar na gestão de recursos, obras e serviços de engenharia relacionados ao desenvolvimento de projetos, modernização, ampliação, construção ou reforma da rede integrada e especializada para atendimento da mulher em situação de violência; disciplina o documento digital no Sistema Financeiro Nacional; disciplina a transferência, no caso de falecimento, do direito de utilização privada de área pública por equipamentos urbanos do tipo quiosque, **trailer**, feira e banca de venda de jornais e de revistas; altera a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins na cadeia de produção e comercialização da soja e de seus subprodutos; altera as Leis nºs 12.666, de 14 de junho de 2012, 5.991, de 17 de dezembro de 1973, 11.508, de 20 de julho de 2007, 9.503, de 23 de setembro de 1997, 9.069, de 29 de junho de 1995, 10.865, de 30 de abril de 2004, 12.587, de 3 de janeiro de 2012, 10.826, de 22 de dezembro de 2003, 10.925, de 23 de julho de 2004, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 4.870, de 1º de dezembro de 1965 e 11.196, de 21 de novembro de 2005, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, e 4.870, de 1º de dezembro de 1965; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2013/Lei/L12865.htm/. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Relatório final da CPI dos cartões de crédito. Brasília, 2018. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2018/07/senado-federal-relatc3b3rio-final-da-cpi-dos-cartc3b5es-de-crc3a9dito-julho-de-2018.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.

CAMPOS, Eduardo; RIBEIRO, Alex; PUPO, Fábio. CMN regulamenta fintechs para atrair participação de instituições. **Valor Econômico**, Brasília, 26 de abr. 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2018/04/26/cmn-regulamenta-fintechs-para-atrair-participacao-de-instituicoes.ghtml/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

CANOVA, Eduardo. As três ondas de transformação das fintechs brasileiras. **IstoÉ Dinheiro**. Rio de Janeiro, 24 de jul. 2019. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/as-tres-ondas-de-transformacao-das-fintechs-brasileiras/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. A tecnologia no mercado de capitais e o spoofing no Direito Brasileiro: interpretações e perspectivas. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Coord.). **Tecnologia jurídica & Direito Digital**. II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CARVALHO, Cristiano de; MATTOS, Ely José. **Análise Econômica do Direito Tributário e colisão de princípios**: um caso concreto. Latin American and caribbean law and economics association, jan. 2008.

CHARPENTIER, Emmanuel. **Conheça a história dos Terminais de Pagamento Eletrônico**. Mobile Transaction. Disponível em: <https://br.mobiletransaction.org/maquina-cartao-historia/>. Acesso em: 04 set. 2020.

DIEESE. **Juros e spread bancários no Brasil**: razões estruturais para os patamares elevados. Nota técnica n. 208. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2019/notaTec208jurosEspread.html>. Acesso em: 9 abr. 2020.

FERRER, Catharina Martinez Heinrich; MOLLICA, Rogério. Direito de concorrência e uber. **Argumentum**. Marília v. 18, n. 3, 2017. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revis-taargumentum/article/view/508/251/>. Acesso em: 6 abr. 2020.

FERREIRA, Glauber. **Desafios regulatórios do Banco Central do Brasil diante das evoluções tecnológicas das empresas financeiras “fintechs” no século XXI**. Dissertação apresentada à Universidade Prebisteriana Mackenzie para a obtenção do Diploma de Mestre Profissional em Economia e Mercados. Roberta Muramatsu (Orientadora). São Paulo, 2018.

FIGO, Anderson; LEWGOY, Júlia. **O guia essencial das fintechs**. São Paulo: Abril, 2019.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **The great lockdown: worts economic downturn since the great depression**. Washington, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/03/23/pr2098-imf-managing-director-statement-fol-lowing-a-g20-ministerial-call-on-the-coronavirus-emergency/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

FURLAN, Flávia. Após decisão do Cade, Rede estende isenção de taxa a cliente sem conta no Itaú. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 16 dez 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2019/12/16/apos-decisao-do-cade-rede-estende-isencao-de-taxa-a-cliente-sem-conta-no-itaughtml>. Acesso em: 22 abr. 2020.

GALVÊAS, Ernane. O Direito de Concorrência. In: COSTA, Marcos da, et. al (Coord.). **Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GONÇALVES, Priscila Brolio. O Cade, o Banco Central e a guerra das maquininhas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 mai. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/05/o-cade-o-banco-central-e-a-guerra-das-maquinhinhas.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos Fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. EALR, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun. 2013.

A tecnologia aplicada ao setor bancário como instrumento de diminuição da verticalização: a defesa da concorrência entre as operadoras de cartão de crédito

GRADILONE, Cláudio. **Corrida pelos pagamentos. IstoÉ Dinheiro**, São Paulo, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/corrida-pelos-pagamentos/>. Acesso em: 06 abr. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HEEMANN, Fernando. **O cartão de crédito como um produto de informação: aspectos econômicos e estratégicos**. Um estudo de caso no mercado brasileiro de cartões de crédito. 2002. 184 f. Dissertação (Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado Profissional em Administração) Escola de Administração de Empresas de São Paulo - EAESP/FGV, São Paulo, 2002.

KAWAMOTO, Carlos Tadao. **Inovações na intermediação financeira: determinantes dos instrumentos de pagamentos móveis**. 2019. 189 f. Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

NÓBREGA, Mailson de. Brasil: um novo horizonte. In: ZYLBERSTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia, análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Ed. Elsevier, 6ª ed. 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **COVID-19 Strategy Update**. Geneva: 14 apr. 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020.pdf?sfvrsn=29da3ba0_6/. Acesso em: 24 abr. 2020.

PEREZ, Adriana Hernandez; BRUSCHI, Cláudia. **A indústria de meios de pagamento no Brasil: movimentos recentes**. São Paulo: CeFI e CENeg/Insper, 2018. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/industria-meios-pagamento-brasil-movimentos-recentes.pdf/>. Acesso em: 6 abr. 2020.

POMPEU, Gina Marcílio; PONTES, Rosa Oliveira de. Estado, mercado e eficiência regulatória para os negócios: reflexão a partir dos dados do relatório doing business 2017. Marília: **Revista Argumentum**, v. 19, n. 2, 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/540/295/>. Acesso em: 0 abr. 2020.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RUFINO, Victor. O papel do CADE no setor de meios de pagamento. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/04/o-papel-do-cade-no-setor-de-meios-de-pagamento.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. História da norma. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, et. al (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALGADO, Lucas Mores Teixeira. **Mobile banking no contexto das estratégias de bancarização no Brasil**. 2011. 48 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Economia) – Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, Campinas, 2011.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.) **Direito & Economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-84.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, ano 52, n. 205, 2015.

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955/>. Acesso em: 08 de abr. 2020.

TOBIN, Lauren; MURRANT, Samuel. **Prime time for real-time**. The global real-time payments report. Watford: ACI worldwide, 2020. Disponível em: https://go.aciworldwide.com/rs/030-ROK-804/images/ACI_Prime_Time_for_Real-Time_Report.pdf. Acesso em: 04 set. 2020.

VALLE, Patrícia. O que era improvável no setor de cartões deu certo. **Revista Exame**, 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/o-que-era-improvavel-no-setor-de-cartoes-deu-certo/>. Acesso em: 04 set. 2020.

Submetido em: 11 mar. 2021.

Aceito em: 16 nov. 2021.

EMPRESA CONTEMPORÂNEA E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: O DEVER DE TUTELA PARA ALÉM DA QUESTÃO NACIONAL E MONETARIZANTE

João Luis Nogueira Matias

Universidade Federal do Ceará (UFC), Ceará.
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.
joaoluisnm@uol.com.br

Aline Lorena Mourão Moreira

Universidade Federal do Ceará (UFC), Ceará.
aline_lorena@yahoo.com.br

RESUMO: Na análise da relação entre empresa e meio ambiente do trabalho aborda-se a necessidade de atuação empresarial em padrões éticos e sociais na contemporaneidade e a atuação das transnacionais, o que requer um viés transconstitucional para a sua melhor compreensão. Parte-se da seguinte pergunta: em um sistema capitalista, intensamente marcado pelo processo globalizante da economia, ainda seria uma questão apenas nacional e monetarizante o dever de tutela efetiva do meio ambiente laboral? Constata-se que as grandes empresas na contemporaneidade não possuem mais nacionalidade, no sentido de que atuam por todo o globo, na busca incessante do lucro, sendo necessário que o Direito se adapte a essa nova forma organizacional. Faz-se uma visão crítica, a partir do Direito Ambiental do Trabalho e da análise do ambiente laboral nas empresas frigoríficas. Destaca-se que o grande desafio que se revela é como compatibilizar o princípio da função social da empresa com os princípios da livre iniciativa e o da lucratividade, aplicando-se o paradigma protetivo emergente de tutela do meio ambiente laboral. Conclui-se que se impõe garantir a efetiva tutela jurídica preventiva, priorizando-se o meio ambiente laboral como um direito universal, garantindo-se a equidade na proteção ambiental a todos os trabalhadores, independentemente de sua nacionalidade, ao se tratar de empresas que atuam por todo o globo. Trata-se de pesquisa transdisciplinar. Utiliza-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental do trabalho. Empresa e meio ambiente do trabalho. Paradigma preventivo de tutela do meio ambiente laboral. Direitos humanos e empresas.

Contemporary company and the work environment: the duty of guardianship beyond the national and monetizing issue

ABSTRACT: In the analysis of the relationship between the company and the labor environment, the need for business performance in ethical and social standards in contemporary times and the performance of transnationals is approached, which requires a transconstitutional bias for a better understanding of the theme. In a capitalism system, intensely marked by the globalizing process of the economy, would the duty of effective protection of the working environment still be a purely national and monetizing issue? Large companies in contemporary times no longer have nationality, in the sense that they operate across the globe, in the incessant pursuit of profit, and it is necessary that the law adapt to this new organizational form. The present study seeks to bring a critical view on the subject, from the Environmental Law of Work and the analysis of the work environmental in slaughterhouses. The great challenge that is revealed is how to make the principle of the social function of the company compatible with the principles of

free enterprise and that of profitability, applying the emerging protective paradigm of protection of the working environment. It is concluded in order to guarantee effective preventive legal protection, prioritizing the work environment as a universal right and, in this way, guaranteeing equity in environmental protection to all workers, regardless of their nationality, when deal with companies operating across the globe. This is transdisciplinary research. The deductive method is used, with bibliographic and jurisprudential research.

KEYWORDS: Environmental labor law. Company and work environment. Preventive paradigm of protection of the work environment. Human rights and companies.

INTRODUÇÃO

A exigência de padrões éticos e sociais na atuação empresarial não suscita mais dúvidas na contemporaneidade. A imposição decorre da evolução do direito de propriedade, com repercussão clara no exercício da empresa. O tema atualmente tem sido impulsionado pelo avanço do processo globalizante e a consequente expansão da atuação das transnacionais, a demandar uma abordagem sob um viés transconstitucional.

Os novos padrões implicam na necessária compreensão do meio ambiente do trabalho como elemento vital à empresa contemporânea, em perspectiva em que o elemento saúde no trabalho, não mais é vinculado de forma exclusiva à ausência de doenças e outros agravos. Neste contexto, há todo um sistema normativo do direito ambiental do trabalho, elencando diversas Declarações e documentos nacionais e internacionais.

O ecossocialismo invoca uma alerta a respeito da questão socioambiental, uma vez que a racionalidade econômica globalizante, de aumento da competitividade e busca do lucro, não se mostrou acompanhada de uma racionalidade social, de respeito aos Direitos Humanos, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ressalta-se a ideia trazida pela perspectiva ecossocialista, assim como pela perspectiva humanista ambiental, que compreendem a temática meio ambiente laboral como uma questão coletiva, que atinge toda a humanidade, e não apenas aqueles que se colocam diretamente na relação de trabalho, devendo estar fundada em critérios não-monetários e extra econômicos.

Parte-se da seguinte pergunta: em um sistema capitalista, intensamente marcado pelo processo globalizante da economia, ainda seria uma questão apenas nacional e monetarizante o dever de tutela efetiva do meio ambiente laboral?

A fim de respondê-la, discorre-se, inicialmente, sobre a atuação empresarial contemporânea, que exige novos padrões de atuação das empresas. Em seguida, busca-se a definição dos contornos do meio ambiente do trabalho, em perspectiva nacional e internacional. Na sequência, será analisada a indústria de abate e processamento de carnes, como mero exemplo de como se dá a proteção ao meio ambiente do trabalho. Ao final serão apresentadas as conclusões.

São apresentados dados do Ministério do Trabalho sobre acidentes de trabalho publicados em 2020, últimos disponíveis, considerando que a RAIS, ano base 221, pode ser reenchida até abril de 2022. A pesquisa é transdisciplinar. Utiliza-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1. A ATUAÇÃO EMPRESARIAL NA CONTEMPORANEIDADE E A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO EM PADRÕES ÉTICOS E SOCIAIS NO CONTEXTO DA ORDEM TRANSCONSTITUCIONAL

As grandes organizações empresariais na contemporaneidade não possuem mais nacionalidade, no sentido de que atuam por todo o globo, na busca incessante do lucro e é preciso que o Direito se adapte a essa nova forma organizacional. O grande desafio que se revela é: como compatibilizar o princípio da função social com os princípios da livre iniciativa e o da lucratividade.

A regulação da atividade empresarial, orientada pelo princípio da solidariedade social tem entre seus eixos fundamentais a proteção do direito à propriedade, cuja análise tem de ser realizada na nova perspectiva da funcionalidade, como requerem os ditames constitucionais. A função social da empresa é corolário da função social da propriedade, fundamentando-se na solidariedade social (MATIAS, 2015, p. 15), e, ao se estabelecer, na ordem jurídica nacional, como princípio jurídico, deve sempre nortear a atuação empresarial (SZTERLING, 2003, p. 72).

Para Ost (1995, p. 74), “[...] a partir da superação do entendimento da propriedade absoluta, talvez, seja possível conduzir as noções de lucro e abuso de domínio a um novo modelo, a uma propriedade-usufruto, destinada a gerar benefícios econômicos, sociais e ambientais em termos duradouros”.

O estudo da evolução do direito de propriedade ao longo dos anos se mostra de fundamental importância, na compreensão acerca da função social da empresa na contemporaneidade, uma vez que, em seu processo evolutivo, o instituto propriedade passa por diversas transformações.

A propriedade e o seu papel na sociedade, por conseguinte, tem passado por um longo processo evolutivo, desde suas origens históricas, no Direito Romano, até os dias atuais. E essa evolução do instituto teve íntima relação com a forma de desenvolvimento do Estado e sua relação com o indivíduo.

Com o advento do Constitucionalismo Social, cujos marcos jurídicos são a promulgação da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, começa a ganhar importância a questão da solidariedade social, uma vez que o desenvolvimento do modelo de Estado Social possibilitou abertura ao pensamento filosófico e jurídico da solidariedade social, da qual surge a teoria da função social da empresa (SOLIMANI; SIMÃO FILHO, 2017, p. 999). Buscou-se compatibilizar a individualidade do titular do Direito de Propriedade com a solidariedade social, ou seja, com a preservação do bem comum.

A ideia central da função social da propriedade seria a de que não somente o Estado seria o responsável pela garantia do bem comum, mas também toda a sociedade, consistindo a propriedade um meio ou instrumento a se alcançar esse objetivo (LOPES, 2006, p. 113). É visualizar a empresa como instituição, que passa a ter relevância para além do âmbito meramente econômico. É a funcionalização dos direitos subjetivos, como o direito de propriedade, a fim de se garantir a harmonia social.

Para Matias (2015, p. 15), “[...] [é] a implementação de uma nova versão do capitalismo, cuja forma seria estipular novos padrões para o exercício do direito de propriedade, cujo exercício deve estar vinculado à preservação e pensamento nas gerações futuras”, posicionamento já defendido por Galgano (1979, P. 93).

No ordenamento jurídico interno, temos a função social da propriedade como princípio jurídico, previsto constitucionalmente e, no âmbito internacional, desponta a teoria da responsabilidade social da empresa, de origem norte-americana (HUSNI, 2007, p. 198), que se apresenta mais como um dever moral e ético do que obrigação jurídica, embora ambas tenham surgido na busca por uma fundamentação para a exigência de novos paradigmas no exercício da atividade empresarial (MATIAS, 2015, p. 25).

Enfatiza Matias (2017, p. 267), que, consolidou-se no Brasil, a partir da segunda metade do século XX e, em especial, com o advento da Constituição Federal de 1988, a ideia de funcionalização do direito à propriedade, ou seja, a mesma deve atender a fins que vão além dos interesses do proprietário, devendo-se prestigiar outros interesses como os da vizinhança, da comunidade, do Estado e, de proteção ao meio ambiente. Nas palavras de Lopes (2006, p. 121), “(...) não basta que a propriedade não seja utilizada de forma anti-social; mais do que isso, ela tem que ser utilizada em favor da sociedade”.

Para a melhor assimilação da temática, importante se mostra também a distinção entre a função social, a ambiental e a ecológica da empresa. A função social é mais ampla, assim, a proteção ambiental compõe a função social da empresa, entretanto, não a define, por si só, uma vez que outros interesses previstos em lei devem ser protegidos. Para MATIAS (2017, p. 268), deve-se atentar que a expressão função ambiental não faz referência apenas ao meio ambiente físico, mas à noção de meio ambiente em qualquer de seus aspectos. Já a função ecológica da empresa é mais restrita, referindo-se apenas ao meio ambiente natural.

É nesse contexto, e a partir do conceito mais amplo de função ambiental da propriedade e da empresa, que não se pode deixar de contemplar a noção de meio ambiente do trabalho.

O debate, em nível internacional, acerca do papel da empresa no exercício de sua atividade econômica, persiste até os dias atuais, sempre em busca de se atingir o ideal de equilíbrio entre a busca do lucro e o respeito aos Direitos Humanos.

A ONU vem, desde meados de 1970, buscando superar o desafio de compatibilizar o aspecto funcional e o aspecto privado, atribuídos a propriedade, tentando regulamentar a prática empresária transnacional, na temática “*Direitos Humanos e Empresas*”, com o objetivo de tornar possível a responsabilização das empresas (TOMAZETE, 2014).

Daí a importância de uma análise jurídica da temática no contexto da Ordem Transconstitucional, uma vez que, com a aceleração do processo globalizatório, desde a segunda metade do século XX, nós temos no século XXI uma nova racionalidade: o modelo transconstitucional de organização empresarial, responsável por grandes violações a Direitos Humanos como as tragédias ocasionadas em Brumadinho e Mariana, por transnacionais mineradoras, as graves violações sócio laborais nas cadeias de produção da indústria têxtil, como a tragédia ocorrida com o desabamento do edifício Rana Plaza, em Bangladesh, que abrigava várias fábricas locais de roupas, fornecedoras de transnacionais como a Primark, Walmart e Nike.

Verifica-se que, em razão desta maior integração social, econômica e política, oriunda da intensificação da globalização e dos avanços tecnológicos nos últimos anos, problemas relacionados à proteção dos Direitos Humanos deixaram de ser debatidos apenas no âmbito interno, no âmbito dos respectivos Estados, passando a serem discutidos entre diversas ordens jurídicas. Assim ocorre em relação ao Direito Humano ao trabalho digno, nos termos preconizados pela OIT, que compreende o Direito Humano a um meio ambiente de trabalho saudável.

É o que NEVES denomina de “transconstitucionalismo”, que não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. Explícita NEVES (2014, p. 206-207) que “(...) o conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos

que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas”. Por conseguinte, aponta o transconstitucionalismo para a necessidade de construção de “pontes de transição”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais (NEVES, 2014, p. 208).

Assim, no âmbito interno e internacional, novos padrões de atuação das empresas são exigidos. E, certamente, um meio ambiente do trabalho adequado se caracterize como um elemento de destaque na atuação empresarial.

2. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO CORRELACIONADO AO DIREITO À VIDA, AO TRABALHO E À SAÚDE

Não podendo ser compreendido como algo estático, mas dinâmico, uma vez que compreende todos os componentes integrantes das relações de trabalho, o Meio Ambiente do Trabalho, para ROCHA (2013, p. 99), “(...) representa todos os elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores reunidos no *locus* do trabalho”. É espaço no qual o trabalhador realiza suas atividades laborais, variando de acordo com a atividade exercida.

De acordo com o disposto no art.3º da Lei n.6938/81, o meio ambiente constitui-se no conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, obriga e rege a vida, em todas as suas formas. Na Constituição Federal de 1988, temos uma referência expressa ao meio ambiente, em seu art.225, que estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Portanto, é um direito de todos e, ao mesmo tempo, por imposição constitucional, cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo.

Os Direitos Humanos a vida, ao trabalho, a saúde e ao meio ambiente humano é caracterizador da proteção jurídica da saúde do trabalhador (SANTOS; PADILHA, 2015, p. 161). São Direitos Humanos que se encontram correlacionados. Nesse sentido, para Oliveira (2011, p. 106),

[...] o primeiro e fundamental direito do ser humano, consagrado em todas as declarações internacionais, é o direito a vida, suporte necessário para o gozo dos demais direitos. Entretanto, não basta declarar o direito a vida sem assegurar os seus pilares básicos de sustentação: o trabalho e a saúde. Seria o mesmo que proclamar solenemente o direito a vida, as não garantir o direito de viver.

É preciso ter em mente que, diante da compreensão do meio ambiente do trabalho, que o elemento saúde no trabalho depende de uma série de condicionantes, não sendo entendido somente como a ausência de doença e outros agravos. Portanto, a saúde é resultado da interação desses diversos elementos do ambiente, provocando ou não o bem-estar no trabalho (ROCHA, 2013, p. 100). A proteção efetiva do meio ambiente laboral incorpora, por conseguinte, a necessidade de se investigar as “causas” e as “medidas preventivas” para que não ocorram efeitos deletérios para o ser humano (no caso, doenças e/ou acidentes de trabalho).

Para Rocha (2013, p. 104), “[...] somente a percepção global do meio ambiente do trabalho e a análise de todos os seus elementos oferece a possibilidade de efetiva prevenção do infortúnio e a eliminação (ou pelo menos redução) do risco no trabalho”, daí a essencialidade do reconhecimento e da identificação desse risco no ambiente laboral (por meio dos programas de gerenciamento de riscos da empresa).

Neste sentido, o documento internacional, intitulado “*O futuro que queremos*”, divulgado pela ONU, já chamava a atenção para a importância de uma governança ambiental, diretriz esta que serve também de referência para o ambiente onde o trabalhador passa grande parte de sua vida produtiva (ONU, 2012)

No Brasil, há estimativas de que, a cada minuto que passa, um trabalhador sofre um acidente enquanto desempenha suas atividades, segundo dados da Justiça do Trabalho (TRT 4ª Região, 2020). O abate de frangos, suínos e bovinos gerou, entre 2016 e 202, 85.123 acidentes típicos e adoecimentos ocupacionais, com 64 óbitos (Le monde Diplomatique, 2021). E dados estes ainda subnotificados, uma vez que abrange somente trabalhadores formais e, dentre estes, muitas vezes sequer é emitida a Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT.

Segundo um estudo realizado pela Fundacentro, estima-se que, se fossem considerados os trabalhadores informais e os autônomos, esse número pode ser até sete vezes maior, se aproximando de 4 milhões de acidentados todos os anos (TRT 4ª Região, 2020). Neste contexto, portanto, se revelam cada vez mais insuficientes as medidas até então oferecidas pelas empresas do setor, no que diz respeito à tutela jurídica do meio ambiente laboral.

2.1. O sistema normativo do meio ambiente do trabalho: o direito ambiental do trabalho

Disciplina relativamente recente, o Direito Ambiental do Trabalho consiste no sistema normativo que tutela o meio ambiente do trabalho e a saúde dos trabalhadores, e como disciplina jurídica *in status nascendi*, que descreve e compreende essa proteção normativa, tendo em vista o trabalhador em seu entorno de trabalho (ROCHA, 2013, p. 229).

Dos documentos e normativos internacionais que fazem previsão do meio ambiente laboral elenca-se o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a Agenda 21, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 8, da Agenda 2030, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art.12, que estabelece que os Estados Partes signatários reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir, devendo assegurar medidas necessárias para o melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial.

A Agenda 21 consiste em documento assinado por 179 países durante a conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ou “ECO-92”, que corresponde a um compromisso político que busca aliar o desenvolvimento econômico com a cooperação ambiental e social. O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 8 estabelece a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos. Em seu item 8.8, estabelece a proteção dos direitos trabalhistas e a promoção de ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes e pessoas em empregos precários.

As Convenções n.148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho – OIT tratam mais especificamente acerca do meio ambiente laboral. A Convenção n.148 trata da proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho. Já a Convenção n.155 trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, aplicando-se a todas as áreas de atividade econômica e a todos os trabalhadores abrangidos.

No ordenamento jurídico interno, além do já citado art.225 da CF/1988, temos, em seu art.7º, inciso XXII, que são direitos de todos os trabalhadores, urbanos e rurais, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. O inciso XXIII, do mesmo artigo, faz previsão de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Há referência constitucional ao meio ambiente do trabalho no art.200, inciso VIII, ao estabelecer a Constituição que, compete ao Sistema Único de Saúde – SUS, além de outras atribuições, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Portanto, entendem Santos e Padilha (2015, p. 161) que “(...) o Direito Ambiental do Trabalho sedimentou-se como um direito fundamental e do meio ambiente humano, na conjugação do art.7º, incisos XXII e XXIII, c/c art.225 da CF/1988”, existindo expressa previsão constitucional de que o meio ambiente do trabalho equilibrado consiste em um direito fundamental a prevenção à segurança e saúde do trabalhador.

A regulamentação da prevenção dos riscos ambientais do trabalho é de competência do Ministério do Trabalho e Previdência (MTP), por meio das denominadas Normas Regulamentadoras, que estabelecem normas técnicas e específicas sobre o tema, por autorização constitucional e legal, O art.200 da CLT estabelece expressamente que cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares ao capítulo celetista que trata da saúde e segurança do trabalho, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho.

Mais especificamente, a Norma Regulamentadora 36 regula a prevenção a segurança e à saúde do trabalhador no meio ambiente laboral das empresas de abate e processamento de carnes e derivados. Verifica-se, em suma, da análise de todo esse arcabouço jurídico, que as medidas preventivas se mostram imprescindíveis à efetiva tutela do meio ambiente laboral.

O pensamento humanista ambiental sustenta a utilização racional dos bens naturais. No que se refere ao meio ambiente do trabalho, podemos dizer que se funda na ideia de que a atividade econômica necessariamente pode ser adaptada à proteção ambiental, por exemplo, empresas podem adotar tecnologias limpas e sustentáveis. É a concepção de uma atividade harmônica entre ambiente e ser humano (ROCHA, 2013, p. 59). Assim, a atividade ambiental pode não ser impactante e/ou agressiva ao meio ambiente, devendo sobretudo adotar medidas preventivas a fim de neutralizar ou ao menos minimizar os riscos existentes. Medidas preventivas, portanto, se apresentam como essenciais à proteção do ser humano e à manutenção da vida saudável.

E a prevenção, por sua vez, consubstancia-se no dever de impedir a produção da poluição e evitar a ocorrência do dano ambiental. O mero pagamento de adicional ou de indenizações não atende à dignidade humana, não havendo uma efetiva tutela do meio ambiente laboral.

Além da perspectiva humanista ambiental, podemos citar também a perspectiva ecossocialista do Direito do Trabalho, que propõe uma política econômica visando às necessidades sociais e ao equilíbrio ecológico e, portanto, fundada em critérios não-monetários e extra econômicos (SEFERIAN, 2020, p. 26), compreendendo uma de suas proposições o abandono da monetização de direitos trabalhistas, bem como analisar a saúde, higiene e segurança no ambiente de trabalho como uma questão coletiva, que atinge toda a humanidade, e não apenas aqueles que se colocam diretamente na relação de trabalho.

O Ecossocialismo se apresenta como um olhar crítico, trazendo uma abordagem diferenciada, acerca do desenvolvimento sustentável. Apresenta questionamentos quanto ao modo de produção e consumo no sistema capitalista, baseado na ideia de infinidade da base material da existência, e que compreende a natureza como um giro incessante de recursos naturais (MELLO et al, 2019, p. 32).

Para Mello et al (2019, p. 32), o ecossocialismo também representa críticas à globalização e ao imperialismo perpetrado por Estados e estruturas de mercado, que se caracterizam por atitudes repressivas e controladoras. Nos alerta a corrente ecossocialista a respeito da questão socioambiental, uma vez que a racionalidade econômica globalizante, de aumento da competitividade e busca do lucro, não se mostrou acompanhada de uma racionalidade social, de respeito aos Direitos Humanos, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os ensinamentos de Martínez (2014, p. 9) trazem um viés crítico ao sistema de produção atual, ao propor uma solução ecossocialista:

[...] Lo que está en cuestión para poder ofrecer soluciones definitivas es el próprio paradigma capitalista, baseado en el crecimiento económico “ad infinitum”. Hemos de convencerlos y convencer a nuestra clase política de que no es posible, de que es un callejón sin salida, que sólo nos conduce a la autodestrucción. Hemos venerado durante mucho tiempo un sistema económico que há hecho un fetiche del crecimiento del PIB, sin que importaran las consecuencias humanas o ecológicas, y en el cual la clase política neoliberal há adicado de su responsabilidad de administrar, dejándolo al albur del sacrosanto mercado, esse gênio todo-poderoso al que hay que cofiarlo todo.

O ecossocialismo proposto por Löwy, em sua obra “o que é o Ecossocialismo?”, aborda uma ideia de profundas mudanças das relações de produção, do sistema produtivo e do padrão de consumo predominante no sistema capitalista. Como aduz Mello et. al. (2019, p. 37), por conseguinte, a corrente ecossocialista objetiva um novo paradigma de civilização, pautado na ideia de não neutralidade da indústria como aparelho de acumulação capitalista.

Para Löwy (2014, p. 56), a ideia iria além de mudanças nos modos de produção e distribuição, encontrando-se a ética ecossocialista traçada em uma ética social, que não se limitaria a comportamentos individuais, compreendendo-se como uma transformação para outro modo de vida no planeta. Em suma, a mudança viria com um modo de vida em que as atitudes, a tomada de decisões, ocorreriam, prioritariamente, de forma coletiva.

Nas palavras de Mello et al (2019, p. 40), “[...] a proposta de uma ética ecossocialista envolveria uma mudança nas bases estruturais da sociedade, mudando as maneiras de pensar e viver nossas vidas, invertendo as lógicas”. Seria uma referência para a construção de outras formas de convivência com o meio ambiente, retomando os questionamentos e críticas ao atual modelo civilizatório e de produção, com seus modelos de desenvolvimento em crise em todas as suas facetas.

A ideia trazida pela perspectiva ecossocialista, assim como ocorre com a perspectiva humanista ambiental, se mostra muito pertinente, uma vez que o direito a um meio ambiente de trabalho saudável encontra-se previsto em várias Declarações e documentos internacionais, correlacionando-se ao direito à vida, à saúde do ser humano trabalhador, bem como o dano ambiental não possui limites geográficos e exige também uma proteção equânime, o que torna imprescindível a compreensão do tema sob um viés transconstitucional.

2.2. A tutela efetiva do meio ambiente laboral por meio da perspectiva humanista ambiental: o paradigma preventivo emergente

Segundo Rocha (2013, p. 119), podemos classificar os modelos de tutela jurídica do meio ambiente laboral em: paradigma protetivo tradicional, paradigma protetivo em transição e paradigma protetivo emergente. Diante da existência do risco ocupacional no ambiente de trabalho,

algumas medidas de controle devem ser tomadas para se garantir o direito a meio um meio ambiente de trabalho saudável, que devem obedecer a uma ordem de hierarquia prevista no item 1.4.1, alínea “g”, da NR-1.

Assim, primeiro deve-se buscar a eliminação do risco ocupacional, se não for possível, a eliminação dos fatores de risco, deve-se ao menos tentar minimizá-los e controlá-los, com a adoção de medidas de proteção coletiva. Em seguida, tem-se a minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas administrativas ou de organização do trabalho (como treinamentos, por exemplo, e aí entra a importância da educação ambiental, e, por fim, nessa hierarquia, tem-se a adoção de medidas de proteção individual, com o fornecimento ao trabalhador de equipamentos de proteção individual (EPI).

Não raras vezes, contudo, a Auditoria-fiscal do Trabalho se depara com a inversão dessa ordem hierárquica, priorizando-se, por exemplo, o mero fornecimento de equipamentos de proteção individual. Assim, o paradigma protetivo tradicional ainda encontra-se dominado por abordagens a respeito da proteção individual e da compensação monetária (com o pagamento de adicionais), pelo trabalho em ambientes insalubres e perigosos (ROCHA, 2013, p. 121).

Para Rocha (2013, p. 122), no paradigma tradicional, o sistema de compensação monetária, em geral, pode colocar-se de duas formas: *ex ante* (adicional de insalubridade ou periculosidade) e *ex post* (acidente e doença ocupacional).

No paradigma em transição, no qual o Brasil se enquadra, combinam-se elementos do paradigma tradicional e do paradigma preventivo emergente. As medidas protetivas coletivas assumem gradual prioridade sobre as medidas individuais, ou seja, o mero fornecimento de EPI, mas ainda está presente a monetização do risco. A tutela preventiva passa gradativamente a compor o cenário jurídico (ROCHA, 2013, p. 147-148)

Já no paradigma protetivo emergente a concepção do meio ambiente de trabalho inclui todos os fatores (psicológicos, físicos e sociais), que interferem no bem-estar do ser humano. A saúde do trabalhador, nesse paradigma de tutela, assimila o conceito ampliado de “completo bem-estar físico, mental e social, não apenas a ausência de doença ou outros agravos”, estabelecido pela OMS. (ROCHA, 2013, p. 185-186).

Daí compreender-se que a dignidade do ser humano trabalhador está diretamente relacionada com a efetivação da saúde e do meio ambiente laboral equilibrado. Ocorre, no paradigma protetivo emergente, ações que, de fato, priorizam a prevenção ao dano ambiental, intentando-se, em primeiro lugar, a eliminação do risco. Para Rocha (2013, p. 198), “[...] se estabelece, em suma, o consenso universal de que todos têm direito a um meio ambiente saudável, recepcionando-se ideários ambientais, como o princípio da prevenção-precaução, princípio do desenvolvimento sustentável”, princípios estes que podem e devem ser adaptados e aplicados às relações de trabalho.

Passa-se à análise do ambiente de trabalho das empresas de abate e processamento de carnes, como exemplo da realidade exposta.

3. O EXEMPLO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NAS EMPRESAS DE ABATE E PROCESSAMENTO DE CARNES

De acordo com dados da OMC, o Brasil está entre os maiores exportadores de produtos agrícolas do mundo. Em 2021, estimativas do Departamento de Agricultura dos Estados Unidos apontam que o Brasil responderia por 17% da produção mundial de carne bovina, batendo a

marca de 10,4 milhões de toneladas de proteína animal (AGRO SABER, 2021). A empresa JBS/Seara é a maior empresa de proteína animal do mundo, sendo sua carne exportada para mais de 150 países (CANAL RURAL, 2012).

Contudo, é necessário fazer uma análise mais acurada da realidade socioambiental na indústria frigorífica, indo além dos indicadores de exportações, de geração de emprego e renda nessa atividade, uma vez que, conforme será demonstrado, o desenvolvimento econômico no setor não tem sido acompanhado de um desenvolvimento também nas áreas social e ambiental.

Assim, como argumenta Heck (2012, p. 8-9), ao comparar os índices de geração de emprego e renda com a alta rotatividade de mão de obra no setor:

Qualificar enquanto desenvolvimento regional como expressão da geração de emprego e renda a atividade de frigorificação de carnes, é um argumento muito limitado e irreal. Isso porque, as pesquisas e indicadores têm demonstrado o elevado percentual de adoecimento no setor, bem como, um grande índice de acidentes de trabalho e altíssima rotatividade em pequenos períodos de tempo.

Em contrapartida a esses dados, que demonstram o enorme poderio econômico do setor e seu avanço global, verifica-se que a indústria de abate e processamento de carnes e derivados tem cerca de 90 acidentes de trabalho por dia até 90 movimentos por minuto (Le monde Diplomatique, 2021). Revelam essas estimativas a realidade degradante de movimentos repetitivos, em velocidades cada vez mais crescentes, demonstrando a incompatibilidade do processo de trabalho existente com a saúde e o meio ambiente laboral, relevando um aviltamento da dignidade do trabalhador. É preciso um novo paradigma de tutela, pautado na ideia de não neutralidade da indústria como aparelho de acumulação capitalista.

Se a preocupação se mostra com uma racionalidade social, de respeito ao ser humano trabalhador nos frigoríficos, nas palavras de Heck (2012, p. 13), o ambiente de trabalho nessas empresas se tornam “territórios da degradação do trabalho”. De acordo com Santos e Padilha (2015, p. 160), se mostram indiscutíveis os riscos ambientais na indústria de abate e processamento de derivados, e, a primeira coletividade a sofrer os riscos ambientais da atividade é o trabalhador, exposto aos resíduos contaminantes em seu ambiente de trabalho.

Segundo dados da Associação Nacional de Medicina do Trabalho (ANAMAT, 2019), a indústria frigorífica encontra-se no topo do ranking de acidentes de trabalho do ramo alimentício, sendo registradas 54 ocorrências, em média, por dia, número este que poderia ser menor, caso houvesse gestão de riscos ocupacionais.

Conforme dados do Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT, do Ministério do Trabalho e Previdência, publicado em 18/11/2021, a quantidade total de acidentes típicos de trabalho no setor frigorífico correspondeu a 7.775 no ano de 2019. No ano de 2020, mesmo com a diminuição das atividades econômicas em virtude da pandemia provocada pela COVID-19, o número de acidentes típicos de trabalho no setor correspondeu a 5.777, atingindo o total de 326 adoecimentos do trabalho, sem CAT registrada.

Daí a importância do estudo prévio dos processos de trabalho, realizando-se um gerenciamento de riscos efetivo, em consonância com os princípios ambientais da precaução e da prevenção. Se mostra essencial, como medida preventiva para o setor, uma melhor compreensão das atividades dos trabalhadores, visando à adoção de medidas de adaptação dos processos produtivos às suas características psicofisiológicas. Nas palavras de Heck (2012, p. 14), em sua visão crítica aos que analisam apenas dados estatísticos relativos à geração de emprego e renda:

É por isso que estudamos o processo de trabalho e as consequências desastrosas para a saúde dos trabalhadores, com o objetivo de contribuir para aqueles que ainda acreditam na crítica radical à sociedade do capital e não enxergam o desenvolvimento regional apenas se utilizando de dados estatísticos.

Por conseguinte, embora se trate de um setor inserido na disputa mundial por mercados, com alto faturamento e elevada capacidade de investimento, registra elevados índices de acidentes de trabalho, ocasionando custos para a sociedade e para a Previdência, não havendo razão, portanto, para que seja excluído das medidas de prevenção e precaução (LE MONDE DIPLOMATIQUE, 2021). Segundo dados de benefícios da Previdência Social, em fevereiro de 2020, foram concedidos 390,2 mil benefícios, no valor total de R\$ 560 milhões (SECRETARIA ESPECIAL DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO, 2020).

A Norma Regulamentadora n.15, do Ministério do Trabalho e Previdência, estabelece as atividades que devem ser consideradas insalubres, definindo os limites de tolerância para agentes físicos, químicos e biológicos, quando é possível quantificar a contaminação do ambiente, ou listando ou mencionando situações em que o trabalho é considerado insalubre qualitativamente. Segundo a NR-15, portanto, a insalubridade possui riscos ambientais, que são: físicos, químicos e biológicos. Os principais riscos ambientais encontrados na atividade frigorífica são: riscos ergonômicos (decorrentes de posturas inadequadas, manuseio de cargas pesadas, ritmo intenso de trabalho), riscos físicos (frio, ruído), riscos biológicos (fungos e bactérias do contato humano com vísceras e restos de animais), riscos químicos (como a presença de amônia no ambiente), além de os restos de animais poderem estar contaminados com zoonoses, como a brucelose, além do próprio uso de ferramentas cortantes e a umidade presente no ambiente.

De acordo com dados da Previdência Social, o risco de traumatismo de cabeça ou abdômen em trabalhadores de frigoríficos de bovinos é três vezes maior do que em outras atividades econômicas, cabendo ressaltar que, em se tratando do trabalho em linhas de desossa de frango, o risco de uma pessoa desenvolver uma tendinite seria de 743% maior do que em outras atividades, além dos problemas psicológicos surgidos em virtude do ritmo intenso de trabalho e pressão por produtividade e metas (SANTOS, 2011).

Os problemas mais recorrentes na atividade encontram-se associados à ergonomia, em virtude de distâncias de alcance, adoção de posturas extremas e nocivas, amplitudes articulares, movimentação manual de cargas excessivas e ritmo de trabalho intenso (BRASIL DE FATO, 2021). Ressaltando tais fatos, Candido Neto (2012, p. 2) afirma que “[...] quase sempre o trabalho não é adaptado às condições psicofisiológicas dos trabalhadores”.

Dessa forma, a atividade objeto de estudo requer, por ser de alto risco de contaminação, a aplicação de medidas de prevenção da saúde de forma criteriosa e específica. Exige a atividade que o acompanhamento médico dos trabalhadores ocorra de forma permanente, independentemente de os riscos encontrados se estabelecerem ou não dentro dos limites estabelecidos na NR-15, além de exigir programas de gerenciamento de riscos que tragam efetivas práticas de prevenção de riscos para o dia a dia do trabalhador nos frigoríficos.

Verifica-se, contudo, que o setor não prioriza medidas preventivas, tais como a busca de eliminação do risco com o uso de tecnologias mais avançadas, ou a busca de minimizá-los e controlá-los, limitando-se a reconhecer e identificar os riscos que se encontram acima dos limites de tolerância previstos na NR-15, confundindo-se o eventual pagamento de insalubridade com a existência de riscos inerentes a estes locais de trabalho. É preciso ter em mente que os matadouros-frigoríficos organizam-se em ambientes bastante úmidos, com um alto nível de ruído, existindo ainda uma alternância de temperaturas baixas e altas.

Atuações empresariais incompatíveis com a legislação se mostram frequentes, como a existência de prontuários médicos que não permitem verificar as causas do adoecimento, ausência de emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT, a não adoção de medidas eficazes para reduzir o agravamento dos adoecimentos, exames médicos fora do prazo, atestados médicos de saúde ocupacional preenchidos sem os requisitos mínimos, dentre outras irregularidades (BRASIL DE FATO, 2021).

A falta de uma gestão ambiental eficiente veio à tona, de forma ainda mais explícita, com o advento da pandemia ocasionada pela COVID-19. No município de Ipumirim, em 2020, foi interditado um frigorífico da JBS no qual foi constatada a existência de focos de transmissão da COVID-19, com 86 trabalhadores acometidos pela COVID-19 (SINAIT, 2020). Demonstra-se, em suma, que a falta de medidas preventivas restou ainda mais evidenciada com o advento da pandemia, como a falta do cumprimento do distanciamento mínimo entre trabalhadores, medida de prevenção amplamente divulgada como uma das mais eficazes na prevenção ao coronavírus.

De acordo com a pesquisa da ONG Repórter Brasil (2013, p. 4), intitulada “Moendo Gente: a situação do trabalho nos frigoríficos”, “[...] se os dados econômicos vão muito bem para as empresas do setor, o mesmo não se pode dizer dos indicadores sociais. Estatísticas do próprio governo federal mostram que trabalhar em um frigorífico é comprovadamente uma atividade de risco”. Percebe-se, no decorrer da pesquisa, que as condições adversas do trabalho não foram extintas ou mesmo atenuadas com o avanço do processo tecnológico no setor. Muito pelo contrário, o avanço tecnológico e econômico não é acompanhado de um avanço da proteção social e ambiental.

Verifica-se a urgência de se compatibilizar o princípio da função social da empresa com os princípios da livre iniciativa e o da lucratividade no setor, estabelecendo-se como regra o paradigma protetivo emergente de tutela do meio ambiente laboral, num viés ecossocialista.

É preciso, em suma, urgentes medidas a nível global, a fim de se garantir a efetiva tutela jurídica preventiva emergente, priorizando-se o meio ambiente laboral como um direito universal e, dessa forma, garantindo-se a equidade na proteção ambiental a todos os trabalhadores, independentemente de sua nacionalidade, ao se tratar de empresas que atuam por todo o globo.

Trazendo a ideia de Kloepfer (1989, p. 28), uma solução pertinente seria a solução global para a questão ambiental, já que a dimensão global de muitos problemas ambientais faria supor que uma solução para a crise ambiental só poderia ser obtida por intermédio de uma estratégia global. Medidas preventivas se apresentam como essenciais à proteção do ser humano trabalhador em seu ambiente laboral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dois relevantes fatores devem ser considerarmos ao se analisar a temática Empresa e Meio Ambiente do Trabalho: a necessidade da atuação empresarial em padrões éticos e sociais na contemporaneidade, diante da evolução do direito de propriedade, e a necessidade de tratar o assunto sob um viés transconstitucional, diante do avanço do processo globalizatório e a consequente expansão da atuação das transnacionais.

Verifica-se que, em razão desta maior integração social, econômica e política, oriunda da intensificação da globalização e dos avanços tecnológicos nos últimos anos, problemas relacionados à proteção dos Direitos Humanos deixaram de ser debatidos apenas no âmbito interno, no âmbito dos respectivos Estados, passando a serem discutidos entre diversas ordens jurídicas.

Assim ocorre em relação ao Direito Humano ao trabalho digno, nos termos preconizados pela OIT, que compreende o Direito Humano a um meio ambiente de trabalho saudável.

Nos alerta o ecossocialismo a respeito da questão socioambiental, uma vez que a racionalidade econômica globalizante, de aumento da competitividade e busca do lucro, não se mostrou acompanhada de uma racionalidade social, de respeito aos Direitos Humanos, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A ideia trazida pela perspectiva ecossocialista, assim como ocorre com a perspectiva humanista ambiental, se mostra muito pertinente, uma vez que o direito a um meio ambiente de trabalho saudável é um direito previsto em várias Declarações e documentos internacionais, se encontrando correlacionado ao direito à vida, à saúde do ser humano trabalhador, bem como o dano ambiental não possui limites geográficos e exige também uma proteção equânime, o que torna imprescindível a compreensão do tema sob um viés transconstitucional.

A dignidade do ser humano trabalhador está diretamente relacionada com a efetivação da saúde e do meio ambiente laboral equilibrado. No paradigma protetivo emergente ocorrem ações que, de fato, priorizam a prevenção ao dano ambiental, intentando-se, em primeiro lugar, a eliminação do risco.

Em que pese o enorme poderio econômico do setor frigorífico e seu avanço global, verifica-se que as empresas de abate e processamento de carnes e derivados no país, e seu sistema produtivo, são responsáveis por cerca de 90 acidentes de trabalho por dia, e por até 90 movimentos por minuto, o que demonstra o paradoxo do século XXI: a utilização de tecnologias avançadas em seus processos produtivos, visando ao aumento da produção, convivendo com a degradação do meio ambiente laboral.

A atividade de abate e processamento de carnes, por ser de alto risco de contaminação, demanda a aplicação de medidas de prevenção da saúde de forma criteriosa e específica. Exige que o acompanhamento médico dos trabalhadores ocorra de forma permanente, a despeito de os riscos encontrados se estabelecerem ou não dentro dos limites estabelecidos na NR-15, além de exigir programas de gerenciamento de riscos que tragam efetivas práticas de prevenção de riscos para o dia a dia do trabalhador nos frigoríficos.

Verifica-se a urgência de se compatibilizar o princípio da função social da empresa com os princípios da livre iniciativa e o da lucratividade no setor, estabelecendo-se como regra o paradigma protetivo emergente de tutela do meio ambiente laboral, num viés ecossocialista.

Em suma, é preciso urgentes medidas a nível global, a fim de se garantir a efetiva tutela jurídica preventiva emergente, priorizando-se o meio ambiente laboral como um direito universal e, dessa forma, garantindo-se a equidade na proteção ambiental a todos os trabalhadores, independentemente de sua nacionalidade, ao se tratar de empresas que atuam por todo o globo. A atividade econômica deve ser adaptada à proteção ambiental.

REFERÊNCIAS

AGROSABER. **Brasil responderá por 17% da produção mundial de carne bovina em 2021**. Disponível em: www.agrosaber.com.br/brasil-respondera-por-17-da-producao-mundial-de-carne-bovina-em-2021. Acesso em: 11 jan. 2022.

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DE ACIDENTES DO TRABALHO – AEAT 2020. Ministério do Trabalho e Previdência: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br>. Acesso em: 17 mar. 2022.

Empresa contemporânea e meio ambiente do trabalho: o dever de tutela para além da questão nacional e monetarizante

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO – ANAMT. **Canpat:** frigoríficos estão entre os ambientes com mais riscos. 2019. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/2019/04/12/canpat-frigorificos-estao-entre-os-ambientes-com-mais-riscos/> . Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL DE FATO. **Especial** – Mortes, sequelas e trabalho exaustivo: o rastro da COVID-19 em grandes frigoríficos. São Paulo, 2021. Disponível em: www.brasildefato.com.br/2021/11/15/especial-mortes-sequelas-e-trabalho-exaustivo-o-rastro-da-covid-19-em-grandes-frigorificos. Acesso em: 15 dez. 2021.

CANAL RURAL. **JBS é transnacional brasileira com maior índice de internacionalização.** 2012. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/jbs-transnacional-brasileira-com-maior-indice-internacionalizacao-36850>. Acesso em: 15 jan. 2022.

CANDIDO NETO, José Maximiano. Avaliação da rotatividade pessoal em indústria de processamento de carnes com intervenção ergonômica no processo. **Anais eletrônicos...** (VVI EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar). Maringá: Cesumar, 2011. Disponível em: http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/jose_maximiano_candido_netto2.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira; MIESSA, Élisson. **Legislação de Direito Internacional do Trabalho e Proteção Internacional dos Direitos Humanos.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione.** Bologna: Zanichelli, 1979.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida; GEMIGNANI, Daniel. Meio Ambiente de Trabalho. Prevenção e Prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. **Revista do TST**, Brasília, vol.78, n.1, jan./mar. 2012.

HECK, Fernando Mendonça. Do desenvolvimento regional aos territórios da degradação do trabalho: o trabalho em frigoríficos. **XIII Jornada do Trabalho:** a irreformabilidade do capital e os conflitos territoriais no limiar do século XXI. Os novos desafios da geografia do trabalho. Presidente Prudente, 2012. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/pdf/jtrab/n1/33.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

HUSNI, Alexandre. **Empresa socialmente responsável:** uma abordagem jurídica e disciplinar. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 198.

KLOEPFER, Michael. **A caminho do Estado Ambiental?** A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. 1989. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000077-93d7a94561/A%20Caminho%20do%20Estado%20Ambiental.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. **Por que tantos acidentes de trabalho, adoecimentos e mortes em frigoríficos?** Setor tem noventa acidentes de trabalho por dia e até noventa movimentos por minuto. 2021. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/por-que-tantos-acidentes-de-trabalho-adoecimentos-e-mortes-em-frigorificos>. Acesso em: 16 dez. 2021.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade:** função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LÖWY, M. **O que é o ecossocialismo?** São Paulo: Cortez, 2014.

MARTÍNEZ, R.S. Fundamentos del ecosocialismo. **Pensamiento al margen, 1**: La Solución ecosocialista. 2014. Disponível em: http://www.pensamientoalmargen.com/app/download/10410458923/La_solucion_ecosocialista.pdf?t=1417806366. Acesso em: 17 mar. 2022.

MATIAS, João Luís Nogueira. Os conceitos de função social, ambiental e ecológica da propriedade na jurisprudência brasileira. **22º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**. São Paulo, 2017, p. 267-276.

MATIAS, João Luís Nogueira. A propriedade e a Ética empresarial: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsibility, in **Direito de Propriedade e Meio Ambiente: novos desafios para o Século XXI**. Florianópolis: Boiteux, 2015. p. 10-30.

MATIAS, João Luís Nogueira; NOGUEIRA, Mônica de Sá Pinto. Empresa Contemporânea e a proteção aos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da FA7**, v.15, n.1, p. 115-126, jan./jun. 2018.

MELLO et al. Ecosocialismo – Reflexões sobre o conceito a partir da obra “o que é ecosocialismo?” de Michel Löwy. **Revista Desafios**, v. 6, n. 1, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.20873/uft.23593652201961p31>.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, 93: 201-232, 2014.

ONG REPÓRTER BRASIL. **Moendo gente: a situação do trabalho nos frigoríficos**. 2013. 30 págs. Disponível em: www.reporterbrasil.org.br. Acesso em: 04 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Com campanha ‘O Futuro que Queremos’, ONU convida sociedade civil a participar da Rio+20**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/com-campanha-o-futuro-que-queremos-onu-convida-sociedade-civil-a-participar-da-rio20>. Acesso em: 11 jan. 2022.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Piaget, 1995.

PAYÃO, Jordana Viana; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A função social e solidária da empresa no âmbito das relações de trabalho. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 36, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2555>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito Ambiental do Trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Amanda Paz dos. “**Carne Osso**”: o trabalho nos frigoríficos brasileiros. 21 maio 2011. Disponível em: www.maesso.wordpress.com/2011/05/21/carne-osso-o-trabalho-nos-frigorificos-brasileiros. Acesso em: 14 dez. 2021.

SANTOS, Gustavo Abrahão; PADILHA, Norma Sueli. A prevenção dos riscos ambientais na indústria do abate e processamento de carnes e derivados: a saúde coletiva e dos trabalhadores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – Universidade Federal de Santa Maria/RS**. V.10, n.1. 2015.

SECRETARIA ESPECIAL DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Boletim Estatístico da Previdência Social**. Brasília, 2020. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/04/Beps022020_trab_Final_portal.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

Empresa contemporânea e meio ambiente do trabalho: o dever de tutela para além da questão nacional e monetarizante

SEFERIAN, Gustavo. Onze proposições sobre o direito do trabalho desde a perspectiva ecosocialista. In **Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: desafios para as presentes e as futuras gerações**. Organização: Juliane Caravieri Martins. São Paulo: LTr, 2020.

SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DO TRABALHO – SINAIT. **COVID-19: Interdição de frigorífico da JBS em Santa Catarina repercute na mídia nacional e internacional**. 2020. Disponível em: www.sinait.org.br/site/noticia-view?id=17882. Acesso em: 27 dez. 2021.

SOLIMANI, Carlo Henrique; SIMÃO FILHO, Adalberto. A Função Social da Empresa: o capitalismo humanista e a eticidade na busca da justiça social. **Revista Eletrônica de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM**, v.12, n.3, p.990-1021, 2017. Disponível em: www.ufsm.br/revistadireito. Acesso em: 02 fev. 2021.

SZTERLING, Fernando. **A função social da empresa no direito societário**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global**. São Paulo: Atlas, 2014.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. **Número de acidentes de trabalho no Brasil e no RS segue alto. 2020**. Disponível em: www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/305976. Acesso em: 04 jan. 2022.

Submetido em: 14 fev. 2022.

Aceito em: 21 mar. 2022.

O IMPACTO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO: OS NOVOS VETORES COMO INSTRUMENTOS CATALISADORES DA CONCORRÊNCIA

Sanzio Teixeira de Paula

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.
sanzio@stpadv.com.br

Álison José Maia Melo

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.
alisson.melo@uni7.edu.br

RESUMO: A crise financeira de 2008 evidenciou que o sistema bancário está fora de controle, propiciando o desenvolvimento de novos serviços financeiros ofertados por empresas que têm como escopo a inovação tecnológica. Após o marco regulatório instituído pela Lei 12.865/2013, o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) vem passando por modificações normativas do Banco Central do Brasil (BCB), buscando transformação tecnológica nesse setor. O princípio da interoperabilidade, instituído como norteador do sistema, tem como vertente a inovação como estímulo à competitividade, propiciada por um arcabouço regulatório focado no desenvolvimento ordenado do mercado. Este artigo investiga como e em que medida a inovação impacta no SPB, inclusive no âmbito regulatório, de modo a fomentar a competitividade, atuando como catalisador da concorrência. Quanto à metodologia utilizada, adota-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas e exame dos normativos do BCB. A pesquisa justifica-se diante da atualidade do tema e da constatação do permanente processo de inovação no sistema financeiro, de modo a ensejar crescente redução da assimetria informacional. Conclui-se que o alcance da inovação através do incremento da interoperabilidade proporciona a competição, a não-discriminação e o desenvolvimento ordenado do mercado, conforme demonstra a essência dos novos vetores instituídos no âmbito regulatório. Todavia, o impacto que tais vetores proporcionarão nos meios de pagamentos ainda é desconhecido face ao seu estágio embrionário, mas o caminho está pavimentado de modo a demonstrar que a inovação como estratégia para fomento da competitividade é um trajeto sem volta.

PALAVRAS-CHAVE: Inovação. Sistema de Pagamentos Brasileiro. Competitividade. Interoperabilidade. Banco Central do Brasil.

The impact of technological innovation on the Brazilian payment system: the new vectors as a catalyst instruments for competition

ABSTRACT: The 2008 financial crisis highlighted that traditional banking system is out of hand, enabling the development of new financial services offered by companies whose scope is technological innovation. In Brazil, after the regulatory framework established by the Law 12,865/2013, the Brazilian Payment System (BPS) has been undergoing regulatory changes by the Central Bank of Brazil (CBB), seeking technological transformation in this department. The principle of interoperability, established as the system's guideline, has its base in innovation as a stimulus to competitiveness, provided by a regulatory framework focused on the orderly development of the market. This article investigates how and to what extent innovation impacts the

BPS, including regulation, to foster competitiveness, acting as a catalyst for competition in the BPS. Methodologically, the research adopts a deductive approach with bibliographical research and examination of the CBB regulations. The research is justified in view of the topicality of the subject and the verification of the permanent process of innovation in the financial system, in order to give rise to an increasing reduction of information asymmetry. As conclusion, the run for innovation through increased interoperability provides competition, non-discrimination, and orderly development of the market, as demonstrated by the essence of the new vectors established in the regulatory sphere. However, the impact that such vectors will provide on the means of payment is still unknown given its embryonic stage, but the road is paved to demonstrate that innovation as a strategy to foster competitiveness is a path with no return.

KEYWORDS: Innovation. Brazilian Payment System. Competitiveness. Interoperability. Central Bank of Brazil.

INTRODUÇÃO

No Sistema Financeiro Nacional, é destacado o papel regulatório do Banco Central do Brasil (BCB) na edição de normativos que propiciam um ambiente virtuoso para a inovação, inclusive como instrumento de aumento da competitividade e de acessibilidade do público consumidor aos serviços financeiros.

Com o advento da crise financeira de 2008 constatou-se que o sistema bancário está fora de controle, de modo que a regulação deixou de ser eficaz em face da velocidade com que avançam as inovações tecnológica no âmbito financeiro. Esse cenário tornou-se propício ao desenvolvimento de novos serviços financeiros ofertados por empresas que tem em seu escopo e diferencial a inovação tecnológica, o que desencadeou um intenso movimento de digitalização dos serviços bancários, especialmente no mercado de pagamentos. “O surgimento da tecnologia da informação minou a abordagem regulatória com a qual a sociedade conseguiu controlar os bancos na era industrial” (MCMILLAN, 2015, p. 6, tradução livre)¹.

A edição da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, instituiu um ambiente virtuoso para que o incremento da transformação tecnológica fizesse surgir novos modelos negócios financeiros no âmbito do mercado de pagamentos por meio de plataformas digitais, desafiando os mercados tradicionais e demandando do BCB uma necessidade de evolução do panorama regulatório. Nesse cenário, com o surgimento de novas instituições de pagamento (IPs) e arranjos de pagamento com modelos de negócios disruptivos (*fintechs*), fez-se necessária a adoção de novas medidas no âmbito regulatório de modo a acompanhar o ritmo acelerado das inovações (JARUDE; SILVEIRA, 2021, p. 79-80), proporcionado pelos novos agentes econômicos no mercado de pagamentos, o que vem aumentando a concorrência por meio da inclusão de novos agentes econômicos no mercado de pagamentos. Entre as *fintechs* brasileiras, constatou-se uma presença significativa de negócios atuando no segmento de meios de pagamento, correspondendo a 16%, tendo perdido em 2020 o posto de líder para o setor de crédito, com 21% (ABFINTECHS; PWC, 2020, p. 9).

Nesse contexto, o Estado-Regulador é desafiado a prover os instrumentos adequados para atuação dessas empresas com vistas a assegurar a capacidade de inovação e de diversidade dos

¹ No original: “The rise of information technology undermined the regulatory approach with which society got banking under control in the industrial age”.

modelos de negócios, tendo o Estado como protagonista na edição de normas destinadas a estimular a formação e o fortalecimento da inovação², mediante a definição de regras e procedimentos que regulem a atuação dos agentes econômicos, mais precipuamente daqueles vinculados ao Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Ademais, o papel do Estado como regulador da autonomia privada no âmbito do mercado de pagamentos vem cada vez mais demandando a participação dos atores privados por força das inovações que ocorrem com tamanha rapidez que não consegue ser acompanhada pela atividade regulatória estatal.

O presente trabalho objetiva, através da exposição analítica dos princípios gerais consubstanciados na Lei nº 12.865/2013, compreender o impacto da inovação no Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), por meio da regulação dos meios de pagamento e da instituição de novos vetores, avaliando se referidos princípios podem ser utilizados como incentivo à concorrência e para permitir a entrada de novos players no mercado de pagamentos. Portanto, busca-se responder como e em que medida a inovação tecnológica impacta o SPB, inclusive no âmbito regulatório, de modo a fomentar a concorrência.

Inovar não significa necessariamente criar algo que nunca existiu, mas consiste também no aprimoramento das técnicas produtivas que podem afetar desde a qualidade até as características físicas do produto ou serviço, ou até mesmo o desenvolvimento de modelos de negócios econômicos (OECD, 2005).

Com modelos de negócio baseados em uso intensivo de tecnologia, além das *fintechs*, novos entrantes qualificados como IPs também vêm ocupando cada vez mais espaço no mercado, dado seu potencial de oferecer produtos e serviços inovadores mais direcionados ao atendimento às necessidades dos clientes. O impacto dessas empresas no ecossistema de pagamentos tem propiciado novos modelos de negócio, o que conduz à ideia de que a transformação tecnológica no setor financeiro tem como uma de suas principais tendências a inovação dos meios de pagamento (BCB, 2020).

O artigo analisa se o alcance da inovação através do incremento da interoperabilidade cria um ambiente propício à competição, à não-discriminação e ao desenvolvimento ordenado do mercado, representando um instrumento catalisador da concorrência, ou seja, até que ponto pode ser considerada como uma vantagem competitiva no mercado de pagamentos e de que forma ela se aplica no setor.

Nessa perspectiva, com relação aos aspectos metodológicos utilizados nesta pesquisa para o entendimento do tema, foi adotada a abordagem dedutiva, mas com o recurso a análises de conceitos relevantes, procurando-se explorá-lo por meio de pesquisas bibliográficas, com a utilização de referências teóricas com base em livros, artigos científicos, assim como no exame da legislação de regulação do sistema de pagamentos brasileiro.

A pesquisa é exploratória, trabalhando com dados secundários, e tem sua justificativa amparada pela necessidade de se compreender a inovação como um instrumento de aumento de competitividade no mercado de pagamentos e não como um entrave capaz de impedir a entrada de novos agentes e de criar um ambiente anticompetitivo. Portanto, a importância do estudo do tema é significativa para desmistificar a associação da inovação com a existência de um mercado monopolista, enquadrando-a como instrumento que fomenta a competitividade.

² Segundo disciplina o parágrafo único do artigo 219 da Constituição Federal, o Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (BRASIL, 1988)

Arranjos de pagamentos se compreendem como “conjunto de regras e procedimentos que viabilizam o pagamento estrutural de obrigação pecuniária[, sendo o] [...] suporte dessas regras e procedimentos [...] necessariamente eletrônico” (COELHO, 2021, p. 158). As instituições de pagamento (IPs) são pessoas jurídicas que aderem a um ou mais arranjos de pagamentos, tendo como atividade principal ou acessória qualquer das etapas que envolvam o procedimento de pagamento. Essas duas figuras possuem definição legal na Lei nº 12.865/2013, que traz um rol não exaustivo de atividades qualificadoras do arranjo de pagamento (BRASIL, 2013). Já no que concerne às *fintechs*, “entende-se ‘modelos de negócio e tecnologia inovadores’, independentemente do porte da instituição ou do tipo jurídico por meio do qual a atividade seja desenvolvida” (LAB, 2019).

Para atingir o objetivo proposto e responder à pergunta de partida, o desenvolvimento do estudo é segmentado em três seções. Na primeira, delimita-se o tema objeto do presente trabalho, com a contextualização da Lei nº 12.865/2013 como o marco regulatório dos meios de pagamento e ponto central de suporte principiológico dos normativos editados pelo BCB, consistente no conjunto de regras e procedimentos que disciplinam a prestação dos serviços financeiros no âmbito do SPB. Nesse tópico, analisam-se os princípios de salvaguarda das modalidades de meios de pagamento incluídas pelo marco regulatório que passaram a constituir o ecossistema de pagamentos do sistema financeiro, além dos agentes tradicionais anteriormente existentes.

Na sequência, partindo-se da ideia de que os princípios reguladores do SPB são instrumentos de dinamização da inovação e da competitividade, a segunda seção adentra no impacto de tais catalisadores sobre a atividade regulatória estatal em consonância com os princípios estatuídos no marco regulatório do SPB e no processo de interação com os atores privados.

Em ato contínuo, identificam-se os desafios e oportunidades advindos da inovação conferida pelos instrumentos normativos do BCB. Para tanto, discute-se a Agenda BC#, agenda regulatória sucessora da Agenda BC+ e estruturada em cinco dimensões – inclusão, competitividade, transparência, educação e sustentabilidade –, que “busca aliar inovação tecnológica a uma agenda microeconômica da instituição” (BCB, 2019a). Imposta pelo BCB para os meios de pagamento com objetivo de democratizar o sistema financeiro através da tecnologia e da inovação, a Agenda BC# tem como foco o aperfeiçoamento da regulação a fim de conferir maior eficiência de mercado consistente na entrega de um ambiente mais competitivo e de proteção ao consumidor. Na ocasião, aborda-se a temática sobre o *Open Banking*, do *Sandbox* Regulatório e da instituição da plataforma de Pagamentos Instantâneos (PIX).

1. OS PRINCÍPIOS DE SALVAGUARDA DOS ARRANJOS E DAS INSTITUIÇÕES DE PAGAMENTO NO ÂMBITO DO SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO

Em 2013, a publicação da Lei nº 12.865/13, entre outras definições relevantes, firmou o Banco Central do Brasil (BCB) no papel de regulador do mercado de pagamentos. Essa lei é considerada por muitos como Marco Regulatório do setor no país. A partir dela, uma série de novas medidas vem sendo implementada visando à promoção da concorrência, balizada sempre pelo aumento da eficiência, segurança, isonomia e melhor interesse do usuário final (RAGAZZO, 2020). Com base na competência que lhe foi atribuída pela referida lei, e das diretrizes definidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) pela Resolução nº 4.282/13, o BCB editou o primeiro conjunto de regras para regular o setor de pagamento, composto por duas resoluções e três circulares: Resoluções nº 80/21 e 81/21; Circulares nº 3.681/13, 3.682/13 e 3.941/19.

A Lei nº 12.865/2013 é produto da conversão da Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, e dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiros (SPB)³, trazendo em seu bojo os princípios e as linhas gerais para que a atividade regulatória do BCB, a quem foi conferida a atribuição para atuar de modo a assegurar a solidez e eficiência do SPB, viesse a definir as regras e condições específicas de regulação para que tais instrumentos sejam estruturados e utilizados pelos agentes econômicos integrantes do SPB.

A referida lei foi editada com a finalidade de corrigir deficiências e discrepâncias evidenciadas nos modelos de negócios bancários até então existentes – antes sem legislação específica sobre o tema –, que ensejavam uma exacerbada concentração no mercado de pagamentos em razão do cenário de exclusividade que dominava os arranjos de pagamento. O cenário normativo anterior criava um ambiente propício à caracterização de duopólio – o qual, de forma similar ao monopólio, consiste no controle do mercado por dois *players* –, e chegou a provocar uma investigação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conhecido como o caso Visa/Visanet e instruído no Processo Administrativo nº 08012.005328/2009-31, o qual, posteriormente, implicou a celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC) (CADE, 2009).

Na exposição de motivos da Medida Provisória nº 615/2013, foi apresentada como uma das justificativas para sua edição, o fato de os arranjos e instituições de pagamento terem ficado à margem da legislação antes existente e, sobretudo, em razão do crescimento da participação de instituições não financeiras na provisão de serviços de pagamento, principalmente por intermédio de cartões de pagamento (crédito ou débito), moedas eletrônicas ou meios eletrônicos de pagamento (BRASIL, 2013b).

A lei traz em seu bojo um dinamismo que propicia um ambiente virtuoso para a inovação, como elemento integrante de todo o processo de desenvolvimento do mercado financeiro, indicando os princípios a serem observados pelas instituições de pagamento e pelos arranjos de pagamento. Com base nas experiências vivenciadas, o legislador fez questão de versar que a regulamentação dos princípios instituídos pela Lei nº 12.865/2013 deveria assegurar a capacidade de

³ Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se:

- I - arranjo de pagamento - conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores;
- II - instituidor de arranjo de pagamento - pessoa jurídica responsável pelo arranjo de pagamento e, quando for o caso, pelo uso da marca associada ao arranjo de pagamento;
- III - instituição de pagamento - pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente:
 - a) disponibilizar serviço de aporte ou saque de recursos mantidos em conta de pagamento;
 - b) executar ou facilitar a instrução de pagamento relacionada a determinado serviço de pagamento, inclusive transferência originada de ou destinada a conta de pagamento;
 - c) gerir conta de pagamento;
 - d) emitir instrumento de pagamento;
 - e) credenciar a aceitação de instrumento de pagamento;
 - f) executar remessa de fundos;
 - g) converter moeda física ou escritural em moeda eletrônica, ou vice-versa, credenciar a aceitação ou gerir o uso de moeda eletrônica; e
 - h) outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento, designadas pelo Banco Central do Brasil. (BRASIL, 2013a)

inovação e a diversidade dos modelos de negócios das instituições de pagamento e dos arranjos de pagamento⁴.

Entre os princípios regulatórios previstos na Lei nº 12.865/2013⁵, a interoperabilidade, assim entendida a capacidade de interação de dados entre sistemas que comungam de linguagens de programação e protocolos comuns (RAGAZZO, 2020) e dividida em inter e intra-arranjos, se coloca como um instrumento que tem como finalidade a garantia de acessibilidade aos dados mediante a troca de informações entre os integrantes do SPB. A interoperabilidade entre arranjos é o mecanismo por meio do qual se dá o fluxo de recursos entre diferentes arranjos de pagamento. A interoperabilidade intra-arranjo, ou seja, aquela feita entre participantes de um mesmo arranjo corresponde aos mecanismos por meio dos quais se busca garantir que os diferentes participantes de um mesmo arranjo se relacionem de forma não discriminatória (BCB, 2013). Portanto, a informação entre os participantes dos arranjos deve fluir de forma a permitir que os envolvidos na transação cumpram com suas obrigações legais e regulamentares.

Entende-se por interoperabilidade a possibilidade de troca de informações entre o prestador de serviço de rede e os processadores dos demais participantes (emissores, credenciadores e proprietários de esquemas). Dessa forma, a interoperabilidade implica na existência de padrões que permita qualquer terminal POS ler qualquer cartão, e na existência de redes de acesso aberto que permita qualquer estabelecimento interagir com qualquer credenciador e qualquer credenciador interagir com qualquer emissor. (BCB; SEAE; SDE, 2009)

O princípio da interoperabilidade se baseia na relação entre iguais, entre dois arranjos de pagamento, e na condição de que os usuários finais consigam realizar transações de forma indiferente no que se refere à existência de um ou mais participantes envolvidos na transação, cujas respectivas atuações estejam disciplinadas em um ou mais arranjos de pagamento que regulam essa transação. O especial destaque para a interoperabilidade se justifica na razão de ser esse princípio um dos principais pilares da Lei nº 12.865/2013.

Além da interoperabilidade inter e intra-arranjos, a Lei nº 12.865/2013 editou outros princípios que foram reprisados e aprofundados pelo BCB através da Resolução nº 4.282/2013 (Capítulo 3), entre os quais a inovação nos arranjos de pagamentos e diversificação dos modelos de negócios; a solidez e eficiência dos arranjos e instituições de pagamento; a promoção da competição; o acesso não discriminatório aos serviços e às infraestruturas; atendimento às necessidades dos usuários finais relacionadas à segurança, proteção de interesses econômicos, segurança, privacidade de dados, entre outros; a confiabilidade e qualidade dos serviços; e a inclusão financeira (BRASIL, 2013).

⁴ Artigo 7º, parágrafo único, da Lei 12.865/2013 estabelece que “a regulamentação deste artigo assegurará a capacidade de inovação e a diversidade dos modelos de negócios das instituições de pagamento e dos arranjos de pagamento.” (BRASIL, 2013a)

⁵ Art. 7º. Os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento observarão os seguintes princípios, conforme parâmetros a serem estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, observadas as diretrizes do Conselho Monetário Nacional: I - interoperabilidade ao arranjo de pagamento e entre arranjos de pagamento distintos;

II - solidez e eficiência dos arranjos de pagamento e das instituições de pagamento, promoção da competição e previsão de transferência de saldos em moeda eletrônica, quando couber, para outros arranjos ou instituições de pagamento;

III - acesso não discriminatório aos serviços e às infraestruturas necessários ao funcionamento dos arranjos de pagamento;

IV - atendimento às necessidades dos usuários finais, em especial liberdade de escolha, segurança, proteção de seus interesses econômicos, tratamento não discriminatório, privacidade e proteção de dados pessoais, transparência e acesso a informações claras e completas sobre as condições de prestação de serviços;

V - confiabilidade, qualidade e segurança dos serviços de pagamento; e

VI - inclusão financeira, observados os padrões de qualidade, segurança e transparência equivalentes em todos os arranjos de pagamento. (BRASIL, 2013a)

Pelo que se pode verificar, tanto na definição dos conceitos, quanto na criação dos princípios, a Lei nº 12.865/2013 utilizou expressões genéricas, especialmente para promover a inclusão de novas tecnologias que vêm surgindo e ainda surgirão ao longo do tempo, dada a velocidade com que ocorrem as alterações e surgem novidades no mercado de pagamentos.

Posteriormente ao marco legal do SPB, de acordo com as competências atribuídas e em consonância com os princípios norteadores do sistema, o BCB vem exercendo sua atividade regulatória de modo a realizar os princípios capitaneados pela Lei, com o desígnio de conferir maior segurança jurídica para que novos *players* passem a atuar no mercado de pagamentos. A entidade vem editando normativos na incessante busca de gerar uma estrutura que proporcione maior eficiência e que mitigue a ocorrência de condutas potencialmente anticompetitivas, tornando o sistema mais transparente e equitativo.

Na seqüência, compreendido o escopo dos princípios instituídos pela Lei nº 12.865/2013, passa-se a investigar como a evolução tecnológica empreendida nos meios de pagamentos confere um ecossistema pós-marco regulatório apto à inovação e como esta influencia a competitividade entre as firmas que atuam no segmento. Também se analisa o impacto da inovação e da concorrência na atividade regulatória estatal dos meios de pagamento e de que forma ocorre o processo de interação entre o Estado e os atores privados no exercício de tal atividade.

2. O SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO (SPB) E O AMBIENTE VIRTUOSO PARA INOVAÇÃO E COMPETITIVIDADE: INTEROPERABILIDADE, REGULAÇÃO ESTATAL E O PROCESSO DE INTERAÇÃO COM ATORES PRIVADOS

A partir dos princípios estabelecidos no marco regulatório do SPB, depreende-se que inovação e concorrência estão intrinsecamente ligadas, constituindo fio condutor da atividade regulatória nos meios de pagamento. No âmbito do mercado de pagamento, as inovações envolvem a combinação de novas possibilidades técnicas (tecnologias e novas combinações) e de mercado (ecossistema e infraestrutura), sendo as normas editadas pelo ente regulador primordiais para que o ambiente se torne propício à entrada de novos agentes, de modo a conferir maior concorrência no setor (NEASF, 2019a, p. 7).

Compreendendo-se a inovação como um processo e a tecnologia como o dinamismo empreendido a este processo, é possível iniciar a pavimentação de um caminho para compreender o impacto da inovação na concorrência e vice-versa, e, a partir daí analisar os efeitos incidentes sobre a atividade regulatória estatal.

Desse modo, para melhor aquilatar o entendimento acerca do arcabouço legislativo regulatório e o processo de interação do Estado com os atores privados, é de suma importância compreender que o dinamismo de processos de inovação representa um elemento condutor da ruptura do modelo regulatório que é tradicionalmente adotado, conforme previsto no artigo 174 da Constituição da República⁶, a qual estabelece a regulação como modo prioritário de intervenção do Estado nas atividades econômicas (a exploração direta e a prestação de serviços públicos são excepcionais). Ou seja, cada vez mais se tem exigido dos reguladores uma abertura normativa que possibilite os avanços tecnológicos, de modo tal que suas decisões não sejam causa para o

⁶ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (BRASIL, 1988).

atraso da inovação no País. Aliás, a recente Lei da Liberdade Econômica propugna entre as garantias da livre iniciativa a proibição de elaboração de normas cujos enunciados retardem a inovação tecnológica, nos ditames do art. 4º, IV⁷.

A compreensão do dinamismo do processo de inovação e as vantagens competitivas que são propiciadas pelo implemento de tal processo traduzem o cenário vivenciado pelo mercado de pagamentos, no qual emergem novas empresas e novos modelos de negócio como os agentes da inovação que inserem novas combinações e provocam a descontinuidade do processo rotineiramente conduzido pelas instituições financeiras (IFs) tradicionais (PWC, 2018, p. 49). Essa descontinuidade de processo vem ocorrendo por meio de mudanças incrementais consistentes na integração de tecnologia, alterando a base da competição dos serviços financeiros, porém o cenário competitivo continua sendo dominado pelos grandes bancos (BCB, 2021, p. 130).

Assim, a inovação é a principal forma de concorrência e fonte de competitividade, haja vista que é através dela que se pode obter vantagens em relação aos seus rivais. A noção de concorrência como um processo de luta permanente permite evidenciar que a característica essencial das firmas é de estar sob a pressão contínua para inovar e conquistar novos espaços de valorização, através da diferenciação, sempre em busca de obtenção de vantagem monopolista. A incorporação de inovações tecnológicas é também uma arma importante utilizada pelos bancos em busca de vantagens competitivas (FREITAS, 1997).

No mercado de pagamento, a exclusividade é antônimo de competitividade, pois acarreta inevitável concentração, impedindo que os novos agentes participem da troca de informações (interoperabilidade) para possibilitar a prestação de seus serviços. Assim, permite-se deduzir que “existe uma profunda relação entre a interoperabilidade e a obrigação de não discriminar” (RAGAZZO, 2020).

No âmbito do SPB, o princípio da interoperabilidade se insere como o instrumento que atua constantemente na promoção da competitividade. A partir dessa ilação, é pertinente a observação de que as mudanças regulatórias no setor de meios de pagamento revelam a construção de uma infraestrutura normativa que efetivamente conseguiu promover competição no setor, pavimentando a entrada exitosa de novos agentes no mercado brasileiro, alterando a estrutura de oferta existente (RAGAZZO, 2020).

Seguindo a lógica da regulação dos meios de pagamento fomentar a concorrência, o princípio da interoperabilidade tem como efeito a diminuição de barreiras à entrada no setor de forma a viabilizar a competição no mercado de pagamentos. A interoperabilidade produz uma série de benefícios: a redução dos custos, o aumento da diversidade, a ampliação da concorrência e o empoderamento do consumidor devido ao incremento da autonomia de escolha (KOMINERS, 2012, p. 12-15).

Nesse ponto, é de se destacar o papel regulatório do BCB na edição de normativos que viabilizam uma otimização na interoperabilidade entre os participantes do arranjo e entre os arranjos de pagamento distintos (LIMA JÚNIOR; ALTOÉ JÚNIOR, 2019), no intuito de fomentar a inclusão dos novos entrantes no mercado ao propiciar um ambiente virtuoso para a inovação como instrumento de aumento da competitividade e de acessibilidade do público consumidor aos

⁷ Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: [...]

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; (BRASIL, 2019)

serviços financeiros. Portanto, deduz-se que a interoperabilidade funciona como princípio instrumental de interação entre a inovação e a competitividade.

No escopo do SPB, a regulação deve funcionar como instrumento multifuncional: garantidor da estabilidade do sistema e de mitigação dos riscos, limitador das possibilidades de ação dos agentes econômicos que possam configurar conduta discriminatória e fomentador da competitividade por meio da inovação e da permissão da entrada de novos *players* no mercado de pagamentos.

A regulação também surge como fonte de correção da assimetria no acesso às informações relevantes, ao funcionar como instrumento balizador que proporciona aos novos entrantes o mesmo acesso que é concedido às IFs tradicionais, que figuram como agentes participantes no setor, e, com isso, impedindo que a concentração dos meios de pagamento dificulte a criação de um ambiente competitivo.

O perfil da regulação no mercado de pagamentos no Brasil é diretamente orientado, não para a criação de barreiras regulatórias, mas sim para a construção de uma infraestrutura normativa que viabiliza a competição no mercado brasileiro (RAGAZZO, 2020).

Entretanto, na medida em que a imposição de parâmetros regulatórios na inserção de novos produtos pode incentivar a inovação, sendo este o enfoque dado pelo arcabouço normativo, pode também sufocá-la, caso esse ambiente venha ser excessivamente regulado, o que impõe ao BCB uma atividade de autocontenção mediante o estabelecimento de pontos ótimos de equilíbrio na edição de seus normativos.

Como visto no tópico anterior, a estrutura legislativa que foi construída no âmbito regulatório do SPB após a edição da Lei nº 12.865/2013, notadamente em vista dos princípios norteadores do sistema, incentiva a inovação e vem constantemente evoluindo. E, dentro do ecossistema do meio de pagamentos, destacam-se as instituições de pagamento (IPs) como os novos agentes econômicos proponentes de novas soluções para serviços que já são ofertados pelas IFs tradicionais, com o foco em torná-los mais práticos ou mais baratos.

Por sua vez, a atuação do BCB na regulação do mercado de serviços financeiros é um dos fatores determinantes da estrutura financeira, pois limita as possibilidades de ação dos seus agentes, define as operações que podem ser realizadas legitimamente e o papel a ser exercido pelos participantes de tal estrutura, sendo um balizador da concorrência. Para Carvalho e Souza (2015):

[...] as razões de regular a operação das instituições financeiras recaem sobre duas características relevantes do mercado financeiro: o primeiro relaciona-se ao setor bancário, do qual diversas externalidades, tanto positivas quanto negativas, se sobressaem. O segundo argumento aponta para a alta probabilidade de as transações financeiras serem marcadas por forte assimetria no acesso às informações relevantes pelos envolvidos.

A regulação como fenômeno normativo não é um assunto exclusivo dos atores estatais, mas também um fenômeno mediado por atores privados e da sociedade civil, tornando fluidos, em termos globais, os limites entre as normas legais “voluntariamente” seguidas e as normas legais obrigatórias aplicadas pelo Estado. No âmbito do direito econômico, o caráter transnacional do direito está na pluralidade interligada entre estruturas, atores e fontes jurídicas, envolvendo estrutura pública e privada (TIETJE, 2002).

É nessa perspectiva que se dá o processo de interação da atividade regulatória estatal com os atores privados, em especial aqueles afetados pela regulação do setor, notadamente pelo fato de que qualquer medida que venha afetar um dos agentes da cadeia tem o condão de induzir comportamentos (desejáveis ou não) sobre todos os demais (CABRAL JÚNIOR, 2020).

Sob essa perspectiva é que os atores privados atuarão de forma ativa e em parceria com o regulador bancário – que definirá critérios mínimos para proteger a liquidez do sistema financeiro e os clientes dos serviços financeiros –, tendo como principal escopo as informações compartilhadas de dados e serviços, em especial os canais de acesso, produtos e serviços, cadastro de clientes e representantes, transações de clientes, de modo que os padrões delineados proporcionarão a usabilidade, a interoperabilidade, a transparência, a independência e a promoção de novos produtos e serviços, criando flexibilidade e encorajando desenvolvedores para criação de novas soluções (CARVALHO, 2020).

Certamente, por se buscar esse equilíbrio é que o BCB tenha instituído uma agenda de regulação que mitigue os riscos sem inibir a inovação, como é o caso da instrumentalização dos novos vetores da inovação no campo do SPB, o que se aborda na seção seguinte.

3. O PRINCÍPIO DA INTEROPERABILIDADE COMO O CONDÃO DA COMPETIÇÃO, DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO ORDENADO DO MERCADO

Como visto anteriormente, o setor financeiro está passando por acentuada transformação mediante a associação de novas tecnologias disruptivas que passaram a alterar a forma de relacionamento com seus consumidores, tendo como uma de suas principais vertentes a inovação dos meios de pagamento. A inovação tecnológica tem trazido novas dimensões para os serviços financeiros, constituindo instrumento de incentivo à competitividade pela entrada de novos participantes e, conseqüentemente, ao acesso a crédito e serviços mais baratos, com maior transparência, inclusão e educação financeira para o público consumidor.

Essa transformação motivada pela tecnologia obriga que a regulação normativa permeie novos caminhos a serem trilhados na criação de novos modelos de negócios, um dos quais começou com o marco regulatório do SPB, pois, conforme narrado alhures, a interoperabilidade foi tratada como princípio que norteia todo o sistema, de modo que fosse assegurada tanto a capacidade de inovação quanto a diversidade dos modelos de negócios.

Interoperabilidade proporcionada pela Internet. A Internet e a tecnologia móvel, sob a perspectiva da colaboração das informações como uma plataforma para inovação, influenciam diretamente a concepção das soluções no mercado. [...] A ideia da Interoperabilidade é vista de uma maneira abrangente, e conseqüentemente revela o meio digital móvel como parte integrante de uma mesma inovação tecnológica para a colaboração das informações e integração no meio digital (PAES, 2014).

Nesse cenário de inovações, as redes sociais, o *mobile* e a ampla conectividade ajudam a transformar todo o segmento financeiro, em especial os meios de pagamento (instituições de pagamento e arranjos de pagamento), criando instrumentos que aliam baixo custo com facilidade para os clientes, para gerar resultados mais vultosos e mais eficientes do que os de IFs tradicionais.

Dentro da expectativa de uma evolução no arcabouço regulatório capaz de acompanhar a constante inovação tecnológica desenvolvida pelas plataformas digitais, o BCB, por meio da Agenda BC#, inclui as IPs e sua variedade de modelos de negócio como parceiros relevantes no alcance de seus objetivos, principalmente nas dimensões Inclusão e Competitividade.

Entre as ações da Agenda BC# que trarão oportunidades para o SBP, estão: o *Open Banking*, que trata do compartilhamento de dados, produtos e serviços entre as diferentes instituições

do SFN; o *Sandbox* Regulatório, que flexibiliza os requisitos regulatórios por um período limitado para permitir que empresas testem serviços e produtos financeiros inovadores; e a implementação do ecossistema de Pagamentos Instantâneos, que permitirá que operações financeiras sejam executadas sete dias por semana, 24 horas por dia. Dessa forma, as atividades da Agenda BC# propiciarão condições para que os novos modelos de negócios oriundos das instituições de pagamento contribuam para o constante dinamismo e evolução do Sistema Financeiro Nacional (SFN), por meio do estímulo à competição, com foco no usuário dos produtos e serviços financeiros, bem como no desenvolvimento de um sistema mais inclusivo (BCB, 2020).

O *Sandbox* Regulatório deriva de experiências realizadas em outros países, notadamente no Reino Unido⁸, sendo compreendido como um ambiente controlado de testes para inovações financeiras e de pagamento, no qual entidades serão autorizadas a funcionar pelo BCB com a finalidade de testar, por período determinado, projeto inovador na área financeira e de pagamento, observando um conjunto específico de disposições regulamentares que amparam a realização controlada e delimitada de suas atividades (BCB, 2019b, p. 4).

O *Sandbox* Regulatório surge exatamente no contexto de adaptação da atividade regulatória do BCB à velocidade com que as inovações ocorrem no setor financeiro, em especial pelos novos entrantes (*fintechs*, *bigtechs*, entre outros). A estratégia do *Sandbox* Regulatório se mostra atraente para incentivar a inovação, ao mesmo tempo que permite entender melhor os modelos de negócio e os riscos associados. Ademais, o *Sandbox* demonstra maior efetividade quando considera o mercado de serviços financeiros como um todo, por isso a importância de uma forte integração entre os reguladores nacionais.

Nesse modelo, o BCB atua como observador e garantidor do efetivo cumprimento das disposições regulamentares dentro do ambiente experimental controlado, possibilitando que os novos participantes desenvolvam suas atividades sob monitoramento dos reguladores, recebendo orientação a respeito das regras às quais estão sujeitas, o que constitui fonte de valiosa segurança jurídica no desenvolvimento de produtos e modelos de negócios inovadores. Segundo delineado por Borges (2020, p. 32), o advento de modelos de negócio no setor financeiro baseados em tecnologia intensiva e disruptiva da informação colocou em xeque o sistema tradicional de atuação dos órgãos reguladores, até então pouco flexíveis e reativos às mudanças, para trazer modalidades de regulação mais flexíveis e adaptáveis à realidade cambiante do mercado regulado.

No Brasil, o *Sandbox* Regulatório foi instituído por minuta de ato conjunto, previsto no Edital de Consulta Pública 72/2019, do Banco Central do Brasil, colhendo do artigo 3º da minuta de Ato Normativo Conjunto a definição:

Artigo 3º. O *Sandbox* Regulatório é um ambiente em que entidades serão autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a fim de testar, por período determinado, projeto inovador na área financeira e de pagamento observando um conjunto específico de disposições regulamentares que amparam a realização controlada e delimitada de suas atividades. (BCB, 2019b, p. 4)

O artigo 5º da minuta de Ato Normativo Conjunto, constante no Edital de Consulta Pública 72/2019, traz em seu inciso I a previsão de regência do *Sandbox* Regulatório pelo princípio de estímulo à inovação e à diversidade de modelos de negócio no SFN e no SPB e da promoção

⁸ O Reino Unido foi uma das nações pioneiras na implementação das *sandboxes* regulatórias e é grande advogado da importância e dos benefícios trazidos por esse sistema. Já em 2015, o *Financial Conduct Authority* (FCA), órgão regulador financeiro no país, publicou um documento de pesquisa, denominado “*Regulatory Sandbox*”, como parte de seu *Project Innovate*, no qual explica e define o que é uma *sandbox*: “*A regulatory sandbox is a ‘safe space’ in which businesses can test innovative products, services, business models and delivery mechanisms without immediately incurring all the normal regulatory consequences of engaging in the activity in question*” (MOURA; COSENTINO, 2019).

da concorrência e da inclusão financeira, entre outros, o que denota o que foi constatado no decorrer do presente estudo, no sentido de que o BCB estimula a criação de um ambiente virtuoso para a inovação como instrumento de aumento da competitividade.

Quanto ao *Open Banking*, segundo o Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional (NEASF, 2019b)⁹ o sistema financeiro aberto foi conceituado como o compartilhamento de dados, produtos e serviços de modo obrigatório, por meio da abertura e integração de plataformas e infraestrutura das instituições, o que denota que o princípio da interoperabilidade se concretiza como um instrumental da inovação e da competitividade. Importante apontar que o principal elemento do sistema financeiro aberto é a padronização, ou seja, a criação de uma camada tecnológica que facilita o acesso e a troca de informações de clientes, produtos e serviços entre as instituições por meio da *application programming interface* (API)¹⁰, corrigindo ainda mais as distorções discriminatórias antes detectadas que constituíam um entrave à entrada de novos agentes.

À medida que a implementação do *Open Banking* promoverá benefícios e oportunidades, importará também em desafios no âmbito regulatório, de modo a assegurar que a finalidade colimada – aumento da competitividade – seja alcançada. Desse modo, considerando que o sistema financeiro aberto pressupõe a possibilidade de o cliente acessar serviços financeiros a partir de outras plataformas (não obrigatoriamente IFs) distintas da interface da instituição com quem mantém relações, dever-se-á aguardar como se comportará na prática a quebra da exclusividade da instituição que presta o serviço financeiro e a interface do seu cliente e, assim, aferir em que medida tal inovação irá refletir como instrumento de ampliação da concorrência e de aumento da eficiência do SFN.

Considerando que o perfil da regulação no mercado de pagamentos no Brasil é diretamente orientado para a construção de uma infraestrutura normativa que oportuniza a competição, é certo que o *Open Banking* representa uma evolução regulatória do BCB. Essa inovação regulatória é reflexo da importância e do valor dos dados em uma economia cada vez mais digital, bem como do crescimento exponencial de *fintechs* e *bigtechs* que têm ofertado soluções disruptivas no plano dos meios de pagamento.

Outro vetor componente da Agenda BC# é o Sistema de Pagamentos Instantâneos, consistente no ecossistema de processamento e liquidação das transações de pagamentos em tempo real, no âmbito do arranjo de PIX, instituído pelo BCB, com o objetivo de fomentar a inclusão financeira e a competitividade no SFN.

A plataforma PIX é uma infraestrutura desenvolvida pelo próprio BCB que engloba todas as instituições (IPs e IFs) interessadas na prestação do serviço de pagamento instantâneo. Novos conceitos e princípios – como o da neutralidade tecnológica¹¹ – foram trazidos pelo normativo

⁹ Organizado pelo Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), o NEASF tem por objetivo principal contribuir para o aprimoramento da regulação do Sistema Financeiro Nacional (SFN), por meio de pesquisas e análises que permitam diagnosticar gargalos e vislumbrar oportunidades de aperfeiçoamento do setor financeiro no Brasil. O NEASF possui uma composição *multistakeholder*, com participação de membros da academia, do mercado e do governo. Por meio de debates e mesas-redondas, os seus membros discutem temas relevantes da regulação do SFN, colaborando para uma compreensão mais ampla do setor, das tendências, dos riscos, das eventuais lacunas na regulação e das suas implicações.

¹⁰ API, interface de programação de aplicativos, é um conjunto de especificações técnicas de informática que permite a integração entre *softwares* ou plataformas de aplicativos para a comunicação de dados entre si.

¹¹ Pelo princípio da neutralidade tecnológica, a regulação não pode se basear em um tipo particular de tecnologia. Isto é, a regulação não deve ser desenhada de modo a cristalizar um modelo de negócios específico. Nesse contexto, o PIX é, ele próprio, um instrumento fomentador da interoperabilidade e neutralidade tecnológica no sistema brasileiro de pagamentos. (COUTINHO; GONÇALVES; KIRA, 2020)

do BCB¹², mas, igualmente com o que se almejou com os demais vetores indicados neste estudo, o incentivo à inovação e o interesse no crescimento e desenvolvimento de mercado mais competitivo e rentável também são objetivos colimados pelo Sistema de Pagamentos Instantâneos (COUTINHO; GONÇALVES; KIRA, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças regulatórias no setor de meios de pagamento após o advento da Lei 12.865/2013 revelam a construção de uma infraestrutura normativa que efetivamente conseguiu promover competição no setor, pavimentando a entrada exitosa de novos agentes no mercado brasileiro, alterando a estrutura de oferta existente (RAGAZZO, 2020), de modo que o espaço vem sendo ocupado por empresas que oferecem serviços financeiros aliados à tecnologia.

O novo marco regulatório dos arranjos e instituições de pagamento constituiu um passo importante para eliminar algumas das incertezas e obstáculos existentes para o desenvolvimento do SPB, bem como a famigerada assimetria regulatória. As novas normas que vêm surgindo destinam-se a criar um ambiente favorável especialmente para o crescimento de meios de pagamento voltados à parcela da população ainda não bancarizada.

O sistema de princípios gerais consubstanciados pela Lei nº 12.865/2013 preza pela transparência, não-discriminação, segurança, eficiência e interoperabilidade, tendo como efeitos principais a eliminação da assimetria regulatória e dos obstáculos para o desenvolvimento da concorrência no âmbito do mercado de pagamento e, ainda, criar um ambiente de inclusão financeira para o consumidor (acessibilidade), com especial apreço pela manutenção da higidez do sistema de pagamentos como um todo através da regulação prudencial (supervisão e monitoramento).

O cenário que foi instaurado pelo SPB resulta um ambiente de maior competição, redução de custos e preços, aumento de conveniência para os usuários, melhoria da qualidade dos serviços e facilitação da inclusão financeira, trazendo inegáveis benefícios para a economia nacional.

Conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, o mercado é dinâmico e competitivo, e as inovações são inevitáveis. Como à toda ação sempre deve haver uma reação, ações de inovação demandam reações regulatórias. O desafio consiste em prover à sociedade um sistema que combata de forma preventiva as inseguranças da tecnologia ao mesmo tempo que permita que todos os benefícios trazidos pelas inovações possam ser aproveitados, para um sistema financeiro dinâmico, atual, sólido, confiável, e, sobretudo, competitivo. Faz-se necessário, portanto, conjugar esforços no sentido de viabilizar estudos cada vez mais apurados, de forma que os recursos tecnológicos apresentados possam ser recebidos e utilizados de maneira harmônica e condizente com a estabilidade do sistema financeiro.

E, nesse contexto, surgem os novos vetores informados no tópico anterior, os quais proporcionam inovação de forma a incrementar a interoperabilidade, a fim de criar um ambiente propício à competição e ao desenvolvimento ordenado do mercado, o que irá impactar como fonte tanto de oportunidades quanto de desafios, em especial no âmbito regulatório, cujos esforços regulatórios seguem sendo envidados pelo BCB, em conjunto com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

¹² Circular nº 3.985/2020, que dispõe sobre as modalidades e os critérios de participação no arranjo de pagamentos instantâneos e no SPI, bem como sobre os critérios de acesso direto ao Diretório de Identificadores de Contas Transacionais (DICT).

Os mercados onde atuam as plataformas digitais têm como desafio garantir essa interoperabilidade com outros serviços e a inclusão de diversos atores econômicos, de modo a que os *players* dominantes assegurem aos competidores, segundo critérios equânimes, a oportunidade de oferecer seus serviços à plataforma e possam com ela contratar. A regulação do BC# almeja impedir que essas plataformas estabeleçam, elas mesmas, padrões específicos de interoperabilidade.

Portanto, a criação de um regime jurídico fundado na interoperabilidade, como estabelecido pelo BC#, não é um instrumento da defesa da concorrência como repressão ao abuso do poder econômico. No máximo, pode ser considerado como uma preocupação do Cade fundada no potencial lesivo decorrente do porte e das posições de mercado dos agentes envolvidos no produto inovador, e da ausência de informações mais detalhadas sobre uma operação inovadora. É um princípio de caráter preventivo e decorrente do princípio da livre concorrência, estabelecido no art. 170 da Constituição, para estabelecer um ambiente de mercado competitivo e que não dificulte a entrada e saída de *players*.

Em conclusão, constata-se que a inovação incentiva a competitividade e vice-versa, sendo a interoperabilidade um princípio instrumental instituído pelo marco regulatório do SPB. Desse modo, o alcance da inovação através do incremento da interoperabilidade cria um ambiente propício à competição, à não-discriminação e ao desenvolvimento ordenado do mercado, conforme demonstra a essência dos novos vetores instituídos no âmbito regulatório da Agenda BC#. No entanto, o impacto que tais vetores irão proporcionar na cadeia de meios de pagamentos ainda é desconhecido em face do estágio embrionário em que se encontram, mas o caminho está pavimentado de modo a demonstrar que a inovação como estratégia de fomento à competitividade é um trajeto sem volta.

REFERÊNCIAS

ABFINTECHS (Associação Brasileira de Fintechs); PWC (PricewaterhouseCoopers). **Pesquisa Fintech Deep Dive 2020**. São Paulo: PwC, 2020. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/financeiro/2021/pesquisa-fintech-deep-dive-2020.html>. Acesso em: 24 maio 2021.

BCB (Banco Central do Brasil). Agenda BC#, lançada pelo Banco Central, alia inovação tecnológica à agenda microeconômica da instituição. [Portal do] **Banco Central do Brasil**, Brasília, Notícias, 30 maio 2019a. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/349/noticia>. Acesso em: 24 maio 2021.

BCB (Banco Central do Brasil). **Circular 3.682, de 4 de novembro de 2013**. Aprova o regulamento que disciplina a prestação de serviço de pagamento no âmbito dos arranjos de pagamentos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), estabelece os critérios segundo os quais os arranjos de pagamento não integrarão o SPB. Disponível em http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2013/pdf/circ_3682_v3_P.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

BCB (Banco Central do Brasil). **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. BC# Competitividade – Divulga proposta de atos normativos dispendo sobre o Ambiente Controlado de Testes para Inovações Financeiras e de Pagamento (Sandbox Regulatório) e sobre as condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto desse ambiente e no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro. Brasília: BCB, 2019b. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetalharAudienciaPage?1-1.ILinkListener-form-dadosEntidadeDetalhamentoPanel-linkArquivo>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BCB (Banco Central do Brasil). **Relatório de Economia Bancária 2020**. Brasília: BCB, 2021. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2020.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

BCB (Banco Central do Brasil). Instituições de pagamento e seus modelos de negócio. **Estudos especiais do Banco Central**, Brasília, n. 88, jul./2020. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE088_Instituicoes_de_pagamento_e_seus_modelos_de_negocios.pdf. Acesso em: 11 jun. 2021.

BCB (Banco Central do Brasil); SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda); SDE (Secretaria de Direito Econômico – Ministério da Justiça). **Relatório sobre a indústria de cartões de pagamento**. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/sistema_pagamentos_brasileiro/Publicacoes_SPB/Relatorio_Cartoes.pdf. Acesso em: 05 jun. 2021.

BORGES, João Paulo Resende. Lei 13.655/18 e o *Sandbox* Regulatório do Banco Central do Brasil: segurança jurídica para um regime regulatório diferenciado. **Revista Caderno Virtual**, v. 1, n. 46, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/caderno-virtual/article/view/4167/1810>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.865, de 9 de dezembro de 2013**. Dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Brasília: Presidência da República, 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/12865.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. **Exposição de Motivos EMI nº 0083-A/2013 BACEN MF MC MAPA MME MDIC**. Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013. Brasília: Presidência da República, 2013b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Mpv/mpv615.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. Os pressupostos de legitimidade para a regulação dos meios de pagamento à luz das Leis 12.865/2013 e 13.874/2019. In: INSTITUTO PROPAGUE. **Sistema Financeiro em Movimento: cases, transformações e regulação**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). **Processo 08012.005328/2009-31**. Turma, Relator, julgado em: 14 jul. 2009. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/>. Acesso em: 26 jul. 2021.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de; SOUZA, Fernando Eduardo Pires de. **Economia Monetária e Financeira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

CARVALHO, Rômulo. Open Banking: da lenta evolução à revolução no sistema financeiro. INSTITUTO PROPAGUE (Org.). **Sistema Financeiro em Movimento: cases, transformações e regulação**. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

O impacto da inovação tecnológica no sistema de pagamentos brasileiro: os novos vetores como instrumentos catalisadores da concorrência

COELHO, Fábio Ulhoa. **Títulos de crédito**: uma nova abordagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

COUTINHO, Diogo R.; GONÇALVES, Priscila Brolio; KIRA, Beatriz. Pagamentos por WhatsApp: por que o Banco Central e o Cade se preocupam? **Jota**, São Paulo, Tributos e Empresas, Regulação, 30 jun.. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/pagamentos-por-whatsapp-por-que-o-banco-central-e-o-cade-se-preocupam-30062020>. Acesso em: 26 jul. 2021.

FREITAS, Maria Cristina Penido de. A natureza particular da concorrência bancária e seus efeitos sobre a estabilidade financeira. **Economia e Sociedade**, Campinas, n. 8, p. 51-83, jun. 1997. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643170>. Acesso em: 26 jul. 2021.

JARUDE, Jamile Nazaré Duarte Moreno; SILVEIRA, Daniel. O sistema financeiro aberto (open banking) sob a perspectiva da regulação bancária e da lei geral de proteção de dados (LGPD). **Revista Jurídica da FA7**, v. 18, n. 2, p. 77-90, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1245>. Acesso em: 31 dez. 2021.

KOMINERS, Paul. Interoperability Case Study: Internet of Things (IoT). **Berkman Center Research Publication**, n. 2012-10, Apr. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2046984. Acesso em: 26 jul. 2021.

LAB (Laboratório de Inovação Financeira). **Diretrizes gerais para constituição de sandbox regulatório no âmbito do mercado financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro: LAB, 2019. Disponível em: https://labinovacaofinanceira.com/wp-content/uploads/2020/03/Sand_box_lab_vs8_web.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

LIMA JUNIOR, João Manoel de; ALTOÉ JUNIOR, José Egidio. Introdução ao mercado de pagamentos e sua regulação. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 16, n. 03, p. 101-121, set./dez. 2019.

MCMILLAN, Johnathan. **The End of Banking**: money, credit, and the digital revolution. Zurich, Switzerland: Zero/One Economics, 2015.

MOURA, Maria Gabriela Parreira de; COSENTINO, Gisela Burle. Sandboxes regulatórias: expectativas e experiência internacional. **Jota**, São Paulo, Coberturas Especiais, Inova&Ação, 3 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/sandboxes-regulatorias-expectativas-e-a-experiencia-internacional-03122019>. Acesso em: 12 jun. 2021.

NEASF (Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional). **Relatório referente à 7ª reunião ...** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019a. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/2021-05/direito_rio_relatorio_neasf_ed7_v3.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

NEASF (Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional). **Relatório referente à 8ª reunião ...** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019b. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/2021-05/direito_rio_livro_neasf_v5.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development). **Oslo Manual**. The measurement of scientific and technological activities. Paris: OECD, 2005.

PAES, Wander de Moraes. Interoperabilidade móvel: a internet das coisas. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 12, n. 1, p. 794-810, jan./jul. 2014. Disponível em:

http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/1406/pdf_164. Acesso em: 24 jun. 2021.

PWC (PricewaterhouseCoopers). **Pesquisa Fintech Deep Dive 2018**. São Paulo: PwC, 2018. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/financeiro/2018/pub-fdd-18.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.

RAGAZZO, Carlos. **Regulação de meios de pagamento** [livro eletrônico]. São Paulo: 1 ed, Thomson Reuters Brasil, 2020.

TIETJE, Christian. Transnationales Wirtschaftsrecht aus öffentlich-rechtlicher Perspektive. **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**: Archiv für Vergleichende Wirtschaftsrecht, v. 101, n. 4, p. 404-420, 2002.

Submetido em: 12 dez. 2021.

Aceito em: 21 mar. 2022.

DIFERENTES TENTATIVAS EN LA REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD LGTBIAQ+ EN ESPAÑA

Antonio Villanueva Martínez
Universidad de Vigo, Espanha.
avillanueva@uvigo.es

RESUMEN: Son tres los diversos textos normativas propuestos para la regulación de los derechos de la comunidad LGTBIAQ+ en España desde diciembre de 2020, sin que ninguno de ellos haya podido ser aprobado hasta la fecha. Analizamos comparativamente estos tres potenciales leyes, su adecuación al derecho a la igualdad y su técnica legislativa, concluyendo que la aprobación del último de los proyectos de ley supondría una involución en los derechos de la comunidad LGTBIAQ+.

PALABRAS CLAVE: Comunidad LGTBIAQ+. Proposición de ley. Anteproyecto de ley. Técnica legislativa. Igualdad.

Different attempts in the regulation of the LGTBIAQ+ community in Spain

ABSTRACT: There are three different legislative texts proposed for the regulation of the rights of the LGTBIAQ+ community in Spain since December 2020, without any of them having been approved to date. We analyze comparatively these three potential laws, their adequacy to the right of equality and their legislative technique, concluding that the approval of the last of the proposed laws would imply a regression in the rights of the LGTBIAQ+ community.

KEYWORDS: LGTBIAQ+ community. Legislative proposition. Draft law. Legislative technique. Equality.

Diferentes tentativas de regulação da comunidade LGTBIAQ+ na Espanha

RESUMO: Existem três diferentes textos legislativos propostos para a regulação dos direitos da comunidade LGTBIAQ+ na Espanha desde dezembro de 2020, sem que nenhum deles tenha sido aprovado até o momento. Analisamos comparativamente essas três potenciais leis, sua adequação ao direito de igualdade e sua técnica legislativa, concluindo que a aprovação da última das propostas de lei implicaria um retrocesso nos direitos da comunidade LGTBIAQ+.

PALAVRAS-CHAVE: Comunidade LGTBIAQ+. Proposição legislativa. Projeto de lei. Técnica legislativa. Igualdade.

INTRODUCCIÓN

Desde finales del año 2020, se han presentado diversas tentativas legislativas para la regulación de los derechos de la comunidad LGTBIAQ+ (en adelante, la comunidad), de las que no parece que vaya a fructificar ninguna de ellas.

En defecto de una normativa de carácter estatal, como se ha ido proponiendo a lo largo de este año y desde finales del año 2020, existen diferentes leyes autonómicas. Y decimos diferentes leyes en el sentido más amplio de la palabra, pues no solamente son diferentes en tanto que se han aprobado por algunas de las Comunidades Autónomas españolas para una aplicación

limitada a su territorio, sino que su regulación tampoco es estándar, de manera que se viola el derecho a la igualdad en el estado español: dependiendo de la Comunidad Autónoma, la comunidad gozará de mayores o menores derechos.

Precisamente, una ley estatal mejoraría esta inequidad jurídica que se produce en el territorio español y que se viene produciendo desde el 14 de abril de 2014, que es la fecha de aprobación de la primera ley autonómica sobre la comunidad¹. En todos estos años, las distintas leyes, formal y sustantivamente, sobre la comunidad no hicieron sino poner más de manifiesto la necesidad de una ley estatal que unificase su tratamiento jurídico y sus derechos.

A pesar de las múltiples razones para unificar en una ley los derechos de la comunidad, tantas como personas pertenecen a la misma, el legislador estatal español no parece preocupado por dotar de seguridad jurídica a la comunidad, ni tampoco por integrar los valores de la Unión Europea que, como indica en su artículo 4.1 el reciente Reglamento (UE) 2021/692 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de abril de 2021 por el que se establece el programa Ciudadanos, Igualdad, Derechos y Valores y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 1381/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 390/2014 del Consejo, el Programa consagrado por este Reglamento se centrará en:

promover la igualdad y prevenir y luchar contra las desigualdades y la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y respetar el principio de no discriminación por los motivos contemplados en el artículo 21 de la Carta, además de luchar contra el racismo, la xenofobia y todas las formas de intolerancia, como la homofobia, la bifobia, la transfobia, la interfobia y la intolerancia basada en la identidad de género, tanto en línea como fuera de línea (artículo 4.2.c).

En este artículo, vamos a analizar las diferencias entre las regulaciones que se han presentado en las Cortes Generales, de manera comparada las dos primeras de ellas, y de forma separada el Anteproyecto de Ley, pues esta última ley en ciernes proviene de la iniciativa legislativa del Gobierno, y es la que, sin duda, tiene visos de prosperar.

1. PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA 122/000104 DE IGUALDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS LESBIANAS, GAIS, BISEXUALES, TRANSEXUALES, TRANSGÉNERO E INTERSEXUALES, DE PROTECCIÓN DE LA REALIDAD TRANS Y DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD O EXPRESIÓN DE GÉNERO O CARACTERÍSTICAS SEXUALES Y PROPOSICIÓN DE LEY 122/000133 PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS

Sobre la PL 133 del 26 de marzo de 2021, hemos de decir que ha sido tomada en consideración el 24 de mayo de 2021, con el resultado de haber sido rechazada (78 votos a favor; 143 votos en contra; 120 abstenciones).

Sin embargo, el análisis de esta proposición de ley ha de llevarse a cabo comparativamente, pues existe una proposición de ley previa: Proposición de Ley Orgánica 122/000104 de

¹ Se trata de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia (en adelante, Ley gallega).

igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales (en adelante, PLO 104), que data del 4 de diciembre de 2020 y que no ha sido tomada en consideración.

La PL 133 consta de 42 artículos, 2 disposiciones adicionales, una disposición transitoria y derogatoria, y cinco disposiciones finales. En cambio, la PLO 104 cuenta con 82 artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y derogatoria, y doce disposiciones finales.

Las diferencias en su extensión son notables, toda vez que la PL 133 ha eliminado toda la parte administrativa de la ley, que es la parte de la implementación práctica de la misma. En definitiva, se ha alejado de todo lo que le haga asemejarse a la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004), cuyo modelo sigue la PLO 104. Por el contrario, la PL 133 se ha centrado en la Exposición de motivos, que ha ampliado injustificadamente, y en la proclamación teórica de la igualdad de las personas trans.

Como sostuvo Su Señoría Doña Sara Giménez Giménez, diputada por el grupo de Ciudadanos en el Congreso de los Diputados en la toma de consideración de la PL 133, “además de reconocer derechos, se debe dar respuesta a la realidad, a la situación de las personas trans, unos de los colectivos que suscita mayor discriminación hoy en día.” Y añade que no son admisibles los discursos feministas que rechazan a las personas trans, igualando el cambio de género a un cambio de camisa. Sin embargo, solicitó el apoyo a la PL 133 que asume tales postulados feministas, y a pesar de lo que diremos a continuación²

En concreto, entre otros, esta proposición de ley eliminó el siguiente artículo, presente en la PLO 104:

Artículo 9. 3. Derecho a la identidad y expresión de género en centros sociales. Asimismo, deberán garantizar que las personas transexuales, transgénero e intersexuales, durante su estancia en cualquiera de los recursos, públicos o privados, a los que se refieren los apartados anteriores sean tratadas en todo momento conforme a su identidad sentida. En particular, cuando en dichos recursos existan espacios o equipamientos diferenciados en función del sexo, garantizarán que las personas transexuales, transgénero e intersexuales puedan usarlos conforme a su identidad sentida.

Quizás esta inclusión sea un tanto ociosa, toda vez que no hay ningún tipo de control en el acceso a los baños públicos como norma general: por el contrario, sí pueden surgir controversias cuando haya denuncias de algún usuario, en cuyo caso la ausencia de este artículo desplegaría sus efectos y las personas trans podrían, como mínimo, verse privadas del derecho a la intimidad.

En la PL 133 se suprime, entre otras medidas de carácter administrativo-económico como la anterior, la existencia de pisos tutelados a disposición de las personas de la comunidad LGTBIAQ+ que se hayan quedado sin red de apoyo familiar y/o social y/o sufra, por parte de esta, maltrato, rechazo, abandono o presiones (artículo 10 de la PLO 000104).

La PL 133 se limita a declarar a nivel teórico la igualdad por razón de género y de orientación sexual; a eliminar el requisito del informe médico y de la medicación previa a la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre; a incluir en la cartera de servicios sanitarios la atención sanitaria a las personas trans; a elaborar protocolos en la educación contra el acoso; y a establecer una reserva de cuotas en los procesos de contratación pública y de incentivos en la

² Hemos citado las declaraciones de esta diputada porque pertenece al grupo parlamentario de Ciudadanos, autor de la PLO 104. La iniciativa de la PL 133 partió del Grupo Parlamentario Republicano y del Grupo Parlamentario Plural.

contratación privada. En cuanto al internamiento en centros penitenciarios, no se respeta el género sentido si este no va acompañado de un cambio en la mención registral, pues indica que se estará al sexo registral. A falta de cambio de sexo registral o cuando su internamiento conforme a este puede implicar peligro para la seguridad de las personas trans, entonces la alternativa es la separación en el centro del sexo contrario al registral (artículo 38). En cuanto a la práctica deportiva, sin embargo, se permite que, aun cuando no haya habido un cambio registral de la mención del sexo, se practique el deporte en la categoría del género sentido y se hagan el mismo uso de las instalaciones (artículo 40).

Por el contrario, la PLO 104 es mucho más amplia y, aparte lo anterior, establece un deber de intervención de los poderes públicos y, en general, de todos sus agentes, que tienen el deber de poner en conocimiento la situación de discriminación a fin de corregirlas; las mentadas viviendas tuteladas, haciendo mención a las personas mayores y reconociéndoles asesoramiento específico (a través de un órgano concreto), y con discapacidad, también con el derecho a ser asesoradas, así como a la infancia, adolescencia y juventud. En el ámbito educativo, destaca la obligación de elaborar protocolos, así como la implicación de la inspección para garantizar que se cumplan: la atribución competencial a favor de la inspección posibilita el mentado cumplimiento. Por el contrario, la PL 133 solo menciona que las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias serán encargadas de las actuaciones en aras de la igualdad y la no discriminación, dejando indefinida la administración responsable, de lo que resulta que las Administraciones en particular han de mostrar interés e iniciativas bastantes en el ámbito de esas competencias.

En el ámbito laboral, la PLO 104 atribuye la competencia a la inspección de trabajo y seguridad social de velar por el cumplimiento del principio de igualdad: en este apartado destaca que no se reconozca ni cuota de reserva ni los incentivos a la contratación de la comunidad LGTBIAQ+. En el ámbito deportivo, impone la obligación de impedir el acceso o de expulsar a quienes atenten contra la libertad e igualdad de la comunidad (art. 37.4), si bien es cierto que nada se dice de las categorías en las que competirán las personas trans, aunque del articulado se desprende que se trata de la categoría del género sentido (sí incluyen la mención a la condición intersexual, que tendrán derecho a participar sin discriminación alguna).

A mayores, incluye medidas en el ámbito de la justicia, atribuyendo de nuevo y expresamente la competencia a los órganos encargados de velar por la igualdad (artículo 38). En cuanto al orden público y de privación de libertad, dispone que se implementarán medidas y formularios que respeten al colectivo, además de formación; se concederán medidas de apoyo a las víctimas de delitos LGTBifóbicos; y los centros de internamiento han de corresponderse con la identidad de género sentida (artículo 43.2).

Respecto a la materia de inmigración, a diferencia de la PL 133, que solo contempla la situación de los apátridas, la PLO 104 hace expresa referencia a la cooperación internacional, al asilo, y a la atención de las personas refugiadas y migrantes. También contempla el caso del apoyo en el ámbito rural, al que le garantiza la igualdad de acceso en los recursos y servicios de la comunidad. Incluye un apartado de las fuerzas armadas y, en cuanto a la comunicación y publicidad, califica de ilícita la publicidad con personas del colectivo que resulte discriminatorio o vejatorio.

La parte de aplicación práctica de la PLO 104 se concentra en el Título II, sobre “Organización, tutela y apoyo institucional a las personas LGTBI”, que establece la coordinación interadministrativa y encomienda al Ministerio de Igualdad (en coordinación con la Federación Española de Municipios y Provincias y la Conferencia Sectorial de Igualdad), la elaboración de una Estrategia Nacional, que deberá ser aprobada por el Gobierno. Se contempla la creación del

Consejo Estatal LGTBI, que tendrá por objeto la promoción de la igualdad y la no discriminación.

Además, establece medidas concretas, incluida la extensión de quienes se consideran interesados en el ámbito administrativo, dando entrada a las asociaciones (artículo 56). Por otro lado, se contempla incorporar el criterio de la igualdad en el ámbito de la contratación pública y la revocación de subvenciones públicas cuando este se incumpla. En este apartado, se incluye la importante cuestión de la adecuación administrativa de los datos personales a la identidad de género y la protección de tales datos (artículo 57).

Otro Título de la PLO 104 que tampoco tiene equivalente en la PL 133, es el Título III sobre la **Protección y asistencia social integral a las víctimas de delitos de odio y discriminación y a las víctimas de violencia intragénero**, que abarca una Estrategia Nacional para la Erradicación de la LGTBIfobia y un Observatorio Estatal contra la LGTBIfobia. Sin embargo, el punto más controvertido y que sin duda llevó a ni tan siquiera a tomar en consideración esta proposición de ley orgánica en Pleno se contempla en el artículo 67.1, que dispone:

Sin perjuicio de las previsiones contempladas en los artículos siguientes, las víctimas de violencia intragénero tendrán la consideración de asimiladas a las víctimas de violencia de género a los efectos de las medidas de protección y asistencia social integral contempladas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el resto del ordenamiento jurídico. A estos efectos, la condición de víctima de violencia intragénero se acreditará en términos análogos a los previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Se establece, por último, un Título dedicado a las infracciones y sanciones (artículos 75-82), que garantizan el cumplimiento de la ley y que sancionan a los infractores. Dispone la creación de un plan interdepartamental de implementación de la ley y una disposición adicional tercera en la Ley 3/2007 relativa a las personas extranjeras.

En definitiva, la PLO 1004 no solo reconoce más derechos a la comunidad LGTBI dentro y fuera del ámbito penal, sino que acompaña al reconocimiento abstracto de los derechos las necesarias medidas administrativas y sancionatorias, incluida la creación de planes y órganos que hacen posible la mejora futura de las medidas adoptadas para la promoción de la igualdad y la interdicción de la discriminación. No se limita, por tales motivos, a proclamar hueras en igualdad y no discriminación, ni a establecer criterios de una actuación contingente.

Por el contrario, la única regulación sustantiva de la PL 133 que innovará el ordenamiento jurídico desde su entrada en vigor serán las normas relativas a la rectificación registral de la mención del sexo, que debió de incorporarse como disposición final³ en modificación de la Ley 3/2007 en ese punto: se trata de una técnica jurídica cuestionable y que busca enmascarar la falta de contenido más allá de la cuestión registral.

Aunque no podemos desconocer la importancia de la rectificación registral del sexo acorde con la despatologización de la transexualidad en 2018 por la OMS, que exigía la modificación de nuestro ordenamiento, la PL 33 no ha traspuesto las siguientes Directivas de la Unión Europea, ni en cuanto a los objetivos perseguidos por estas y recordados por la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI)): Directiva 2006/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del

³ La Proposición de Ley Orgánica 122/000104 contempla esta modificación, en la misma línea de la libre determinación del género, en su disposición final segunda.

principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que establece la proscripción de la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral y que debió de darse cumplimiento antes del 15 de agosto de 2008; Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro, que igualmente está destinada a eliminar la discriminación por razón de sexo, a pesar de que se centra prioritariamente en promover la igualdad entre hombres y mujeres⁴; Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que incluye explícitamente la orientación sexual en su articulado⁵.

Sin embargo, la PL 133 no ha extendido las exigencias de igualdad y no discriminación de las Directivas a la comunidad LGTBIAQ+, optando por las parcas medidas de despatologizar la transexualidad (exigencia de la despatologización oficial por la OMS), y de permitir, en consecuencia, el cambio de sexo registral incondicionado, así como establecer una reserva de cuotas e incentivos en el ámbito laboral (artículos 36 y 37). Incluso la Estrategia estatal para la inclusión de las personas trans tiene carácter cuatrienal (artículo 20), lo que implica que no se actúe de manera eficaz ante las dificultades de este colectivo.

En la PL 133 se marcan dos hitos esenciales que responden a concesiones a los feminismos trans excluyentes: tanto la mención a la Ley de Violencia de Género en el artículo 14.3, como el internamiento en centros de detenciones de acuerdo con el sexo registral.

Sobre este último punto, hubiese convenido que, al contrario de los requisitos de la Instrucción 7/2006 de la Administración Penitenciaria, se hiciese expresa exclusión de los *informe (sic) médico y psico-social, en relación con la trayectoria vital y social de la persona y su situación psicológica, médica y fisiológica*, contemplados en el apartado cuarto de la Instrucción 7/2006, toda vez que no hay un precepto en la Proposición de Ley 122/000133 que excluya con carácter general el requisito de informes médicos⁶, esto es, que declare la despatologización de la transexualidad, puesto que en el artículo 5.1.a) se dispone que toda persona tiene derecho *al reconocimiento de su identidad de género libremente manifestada, sin la necesidad de prueba psicológica o médica*, esto es, a los solos efectos del reconocimiento de su identidad de género o cambio registral de sexo.

Puesto que la PL 133 reproduce el criterio del internamiento conforme al sexo registral de la Instrucción 7/2006 de la Administración penitenciaria, ha de entenderse que siguen vigentes los requisitos de los informes médicos, que deberán hacer prueba del riesgo para la vida o la integridad a efectos de la separación conforme al sexo contrario al registral⁷.

Si bien es cierto que la cuestión del internamiento en centros de privación de libertad⁸ de las personas trans plantean dificultades en cuanto a su seguridad e integridad, sobre todo en lo

⁴ Debíó de haber sido transpuesta antes del 21 diciembre de 2007.

⁵ La fecha máxima de transposición data del 2 de diciembre de 2003.

⁶ La solución de la Proposición de Ley Orgánica 122/000104 es otra, tal y como se dispone en el artículo 43.2, según el cual “se reconoce el derecho a las personas transexuales, transgénero e intersexuales a optar por permanecer en centros de privación de libertad que se correspondan con su identidad sentida”. Sin embargo, deja de ser una solución óptima, pues el sexo registral puede poner en peligro a la persona dentro del centro penitenciario.

⁷ Artículo 38.3 PL 133: “No obstante, lo dispuesto en el apartado primero, en los casos en los que la persona trans considere que el tratamiento conforme a su sexo registral puede poner en riesgo su vida o integridad podrá solicitar a la dirección del centro de internamiento la separación conforme al sexo contrario. La dirección del centro de internamiento valorará cada solicitud, y resolverá con el fin último de preservar la dignidad de la persona.”

⁸ Ramírez Ortiz, J. L. La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. ¿cambio de paradigma o juego de espejos? **Jueces para la democracia**, n. 12, v. I, marzo 2021, p. 34, proporciona un interesante dato: España presenta una tasa de criminalidad baja, pero una tasa de internamiento que la colocan a la cabeza de Europa, lo cual, según este autor, es una mala señal. Con este dato en la mano, no

que respecta a la libertad e indemnidad sexuales, nos parecería más prudente evaluar la situación de riesgo *ex ante*, sobre todo teniendo en cuenta que la Instrucción 7/2006 establece un plazo de treinta días prorrogables por otros treinta a fin de decidir la separación conforme al sexo contrario⁹.

Sobre el artículo 14.3 y la remisión a la LO 1/2004, hemos de destacar su tenor literal, conforme al que

La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, en particular a efectos de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Si bien consideramos que se trata de un artículo manifiestamente prescindible en la medida en que no hay un cambio o pérdida de la personalidad jurídica, su inclusión es muy significativa pues responde a las postulados feministas trans excluyentes de que los condenados por violencia de género procederán masivamente a autodeterminarse como mujeres con el propósito de eludir las penas impuestas.

No vamos ahondar en tal afirmación, pero sí en el hecho de que la PL 133 haya recogido esa “reivindicación feminista” y cedido así a los postulados más radicales e irracionales del feminismo.

Se aleja así de disposiciones autonómicas que expresamente reconocen el estatus de víctima de violencia de género a las personas de la comunidad LGTBIAQ+, como la Ley andaluza en su artículo 23¹⁰:

Acceso a los servicios de apoyo y protección de víctimas de violencia de género.

Toda persona cuya identidad de género sea la de mujer y sea víctima de la violencia machista tendrá acceso, en condiciones de igualdad, a los recursos asistenciales existentes y mecanismos de protección de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, aprobada por el Parlamento de Andalucía¹¹.

Además de apartarse de la Ley andaluza para pacificar al feminismo trans excluyente, la PL 133 indirectamente consagra, tal y como postula el mentado feminismo, el principio de genitalidad como criterio de determinación del sexo a los efectos legales y, entre ellos, a los efectos de la aplicación de la ley de violencia de género.

De acuerdo con la Circular de la Fiscalía 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia de género sobre la mujer, que

podemos sino concluir la falta de garantías de nuestro sistema enjuiciador, que difícilmente no se extenderá también al momento de cumplimiento de la pena.

⁹ En realidad, habría que evaluar el entero sistema penal, pues ni la pena privativa de libertad cumple con eficacia la función de reinserción, ni se trata de un sistema natural de actuación frente a un injusto (según M. McLuhan, **The Medium is the Massage**, California, 2001, p. 61, la idea de encerrar a alguien en una celda no es anterior a los siglos trece y catorce, y tuvo lugar en el mundo occidental, aunque para otros autores su origen se remonta a tan solo dos siglos atrás, como D. Melossi y M. Pavarini, **Cárcel y Fábrica**. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX), Bogotá, 1978). Vid., VV.AA., **Abolicionismo penal**, Buenos Aires, 1989; O. Nelo Tieghi, El abolicionismo radical y el abolicionismo institucional, en **Revista Chilena de Derecho**, v. 22, n. 2, 1995, p. 309-319; J. González Zapata, La abolición de la cárcel. **Estudios Políticos**, 1997 (11), p. 164-176; M. I. Morvitz Lennon, La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de Derecho o estado de la naturaleza? **Política criminal**, v. 13, n. 26, dic. 2018, p. 904-951.

¹⁰ Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.

¹¹ J. Alventosa del Río, La regulación de la identidad de Género en las Comunidades Autónomas. **Actualidad Jurídica Iberoamericana** (2), feb. 2015, p. 758.

interpreta la Circular 4/2005, en que se entendía que cabía aplicar la ley sobre violencia de género a las personas *transexuales reconocidas legalmente*, son mujeres transexuales reconocidas legalmente no solamente cuando haya habido un cambio de sexo registral, sino cuando se acredite “por medio de informes médicos-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino”¹² y, por tales motivos, lo mismo cabe decirse del agresor, que podrá ser un hombre trans¹³.

Sin embargo, la PL 133 parece excluir la protección a las mujeres trans de las medidas establecidas en la ley de violencia de género y, en todo caso y como se señaló, no se prescindiría de los informes médicos que exige la fiscalía para su aplicación.

En resumen, la PL 133 no responde a la despatologización de la transexualidad por la OMS y, por el contrario, cede a los discursos feministas con un articulado centrado en la rectificación registral del sexo, que debiera incluirse por medio de una disposición final; y la asunción de que los hombres condenados por un delito de violencia de género se autodeterminarán de forma generalizada como mujeres para eludir las penas, aparte de que esa hipotética autodeterminación excluiría la aplicación de la responsabilidad penal derivada de la ley de violencia de género.

2. ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y AFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LAS PERSONAS LGTBI

La no adecuación de esta última proposición de ley a los parámetros de la Unión Europea ni a la despatologización por parte de la OMS, parece que está lejos de corregirse a tenor del nuevo Anteproyecto de Ley para la igualdad real y afectiva de las personas trans y para la garantía de las personas LGTBI, que parte de unos postulados ideológicos de nuevo instalados en el más flagrante binarismo y una aversión patente hacia el género, que desaparece.

En efecto, en la Exposición de Motivos I hace referencia a personas transexuales y añade: “en adelante, personas trans”, de manera que no se aplica a las personas transgénero. De hecho, en las normas relativas al cambio de la mención registral del sexo y del nombre (artículos 37-41), se limita a proscribir los informes médicos o la modificación de la apariencia para realizar el cambio, subsistiendo la necesidad de tales informes para valorar el riesgo objetivo en los centros de internamiento.

En vez de hablar de autodeterminación de sexo, prefiere hablar de reversibilidad del cambio de la mención registral del sexo, lo cual es una vía verdaderamente original para evitar hablar de género y de la libre autodeterminación del mismo, como hacía el PL 133. No es difícil imaginarse que se trata de una concesión al feminismo más radical y trans excluyente, que parece ser el feminismo institucionalizado.

Estas concesiones a este feminismo no se detienen en la eliminación del género y la libre autodeterminación del mismo, sino que este Anteproyecto, como la PL 133, recoge en su artículo 40.4 la no alteración de los derechos a efectos de la LO 1/2004, al que se añade, de forma novedosa el artículo 40.3 conforme al cual

La persona no podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica

¹² Circular 6/2011, p. 15-19.

¹³ S. Díez Rodríguez, **Transexualidad y violencia de género**. La respuesta del derecho penal a las agresiones recibidas por el colectivo transexual, TFG Universitat Pompeu Fabra, 2019-2020, p. 27.

3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral, si bien conservará los derechos patrimoniales 23 consolidados que se hayan derivado de las mismas, sin que haya lugar a su reintegro o devolución. Respecto de las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo biológico, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial,

cuyo comentario es ocioso, pero no está de más destacar su más descarnada consecuencia: la primacía de la biología como criterio de distinción binaria de los sexos y, más en concreto, la preponderancia de la biología femenina en orden a la aplicación del concepto legal de mujer. Por supuesto, se elimina la disposición de la PL 133 que permitía optar por cuatro opciones en el género, ya que el género se elimina.

Por otro lado, el Anteproyecto de Ley es muy generalista tanto en sus objetivos como en sus criterios de actuación, disponiendo en muchos ámbitos la sola facultad de adoptar medidas, entre los que hemos de destacar el administrativo (artículos 7.2 y 10), que impide el correcto funcionamiento y coordinación de los destinatarios públicos de la ley.

En cuanto a la asistencia sanitaria, no se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a las personas trans, a pesar de que para el mismo estas se reduzcan a las personas transexuales y, por tanto, a quienes deciden realizar la transición. A la falta de reconocimiento se une la prescripción de estudio de las necesidades médicas del colectivo, que parece incidir en la idea de la patologización y en el reforzamiento del discurso médico.

Sin embargo, no ocurre lo propio con la atención sanitaria a la intersexualidad, que es una novedad de este Anteproyecto. En el artículo 18 se establece que la atención médica a este colectivo se realizará garantizando la autonomía, la codecisión, y el consentimiento informado, impidiendo la cirugía genital de los recién nacidos salvo por causa de salud. El enfoque, en este caso, es despatologizador.

Otros aspectos positivos de este Anteproyecto son la inversión de la carga de la prueba (artículo 61) en los casos en los que se alegue discriminación y que se integra dentro del capítulo de las medidas de protección y reparación frente a la discriminación y violencia LGTBIfóbica, estableciendo el derecho a recibir una protección integral, real (sic) y efectiva “por razón de las causas” (sic) previstas en esta ley, cuyo significado se nos escapa, aunque, como veremos, no se extiende necesariamente a la violencia sexual; el derecho a la atención y al asesoramiento jurídico (artículo 63); la aplicación de la orden de protección del artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las personas LGTBI en caso de delitos de violencia en el ámbito familiar; se hace mención y se reconoce una mayor protección de las personas del colectivo menores de edad (artículo 66); personas con discapacidad y en situación de dependencia (artículo 67); personas mayores (artículo 69), y personas que vivan en el ámbito rural (artículo 70).

Según este Anteproyecto de Ley, corresponderá la imposición de sanciones a cada Administración Pública en el ámbito de sus competencias (artículo 73), lo cual, si bien no tiene por qué ser necesariamente inoperativo, resulta confuso para el perjudicado, que ha de decirse por una u otra Administración.

En definitiva, este nuevo texto sustituye a la PL 133 y, a pesar de que concede derechos inexistentes en la anterior proposición de ley, ahonda si cabe todavía más en postulados feministas trans excluyentes y sus concesiones al mismo son mayores y de más calado, como es la eliminación del género en favor de su determinación por razones biológicas.

CONCLUSIONES

Los sucesivos textos legislativos que se han propuesto para regular los derechos de la comunidad LGBTIAQ+ no han hallado hasta la fecha el consenso necesario para ser aprobados y, en muchos casos, la propia necesidad de la ley se cuestiona.

Nosotros quisiéramos dar la razón a quienes cuestionan la propia existencia de la ley y que pregonan la libertad como un valor social a cuya realización debemos tender. Por desgracia, cuando todas las administraciones se relacionan con los ciudadanos a base de formularios en los que hay que indicar si se es hombre y mujer, no solamente el género se convierte en una cuestión política, sino que la reglamentación binaria de la sociedad impide la mentada libertad, que pasa a significar el mantenimiento del *status quo*.

Si bien la primera de las proposiciones legislativa despatologizaba la transexualidad, las sucesivas desoyen las recomendaciones de la OMS en este punto, y se limitan los efectos de la despatologización al ámbito registral. Como quiera que la autodeterminación de género se consideró inasumible por el feminismo trans excluyente que está institucionalizado, el actual Anteproyecto de ley elimina el propio concepto de género y opta por hablar de la reversibilidad del cambio de la mención registral del sexo (nótase el circunloquio para evitar la palabra, y el concepto, de género).

De hecho, lejos de despatologizar la transexualidad, el nuevo Anteproyecto de Ley prescribe el estudio de sus necesidades sanitarias, que reconducirán a quienes no se sientan hombres o mujeres a una de estas dos categorías. De esta manera, las mujeres se aseguran el espacio simbólico¹⁴ del colectivo oprimido históricamente, negando su participación en las opresiones transversales, y actuando como par sistémico que refuerza el binarismo actual.

En conclusión, el último de los textos legislativos también es el peor de los tres propuestos, pero el que más posibilidades tiene de ser aprobado dado que su iniciativa procede del Gobierno, pero es el último que debiera correr tal fortuna: es mejor el actual estado de fragmentación legislativa que la involución que implicaría esta nueva ley así redactada.

REFERENCIAS

ALVENTOSA DEL RÍO, J. La regulación de la identidad de Género en las Comunidades Autónomas. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2), feb. 2015, p. 758.

DÍEZ RODRÍGUEZ, S. **Transexualidad y violencia de género**. La respuesta del derecho penal a las agresiones recibidas por el colectivo transexual, TFG Universitat Pompeu Fabra, 2019-2020, p. 27.

GONZÁLEZ ZAPATA, J. La abolición de la cárcel. *Estudios Políticos*, 1997 (11), p. 164-176.

MCLUHAN, M. **The Medium is the Massage**, California, 2001.

MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcel y Fábrica**. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI- XIX). Bogotá, 1978.

¹⁴ También J. L. Ramírez Ortiz, La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, ¿cambio de paradigma o juego de espejos? **Jueces para la democracia**, n. 12, v. I, marzo 2021, p. 41, indica que la nueva regulación, más que necesaria en el sentido de derecho penal sustantivo (las dificultades son de índole probatoria, no de regulación jurídica), se trata de una regulación simbólica, para evidenciar la voluntad de restaurar la equidad. Según este autor, no hay evidencias del androcentrismo de la regulación anterior.

MORVITZ LENNON, M. I. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de Derecho o estado de la naturaleza? **Política criminal**, v. 13, n. 26, dic. 2018, p. 904-951.

NELO TIEGHI, O. El abolicionismo radical y el abolicionismo institucional. **Revista Chilena de Derecho**, v. 22, n. 2, 1995, p. 309-319.

RAMÍNEZ ORTIZ, J. L. La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, ¿cambio de paradigma o juego de espejos? **Jueces para la democracia**, n. 12, v. I, marzo 2021.

VV.AA., **Abolicionismo penal**, Buenos Aires, 1989.

Submetido em: 15 fev. 2022.

Aceito em: 21 mar. 2022.

ENTRE EL PASADO Y EL PRESENTE: UNA LECTURA HISTÓRICA JURÍDICA FEMINISTA DEL DERECHO PRIVADO

Pamela Alejandra Cacciavillani

Universidad de Monterrey (UDEM), México.

pamela.cacciavillani@udem.edu.mx

RESUMEN: Este artículo se propone hacer una lectura feminista del Derecho Privado, desde una perspectiva histórico-evolutiva, para identificar cómo se entendió el estereotipo femenino y evaluar en qué medida la legislación fomentó instrumentos jurídicos opresores de las libertades de las mujeres. Se adopta el método deductivo, con uso instrumental del recurso histórico, con investigación bibliográfica y documental. Se concluye que instituciones como la figura del buen padre de familia y la incapacidad de la mujer casada para los actos de la vida civil contribuyeron a la invisibilidad de la mujer y que, a partir de ello, es necesario leer la ley desde una perspectiva feminista.

PALABRAS CLAVE: Derecho privado. Feminismo. Evolución histórico-legislativa.

Between the past and the present: a feminist legal historical reading of private law

ABSTRACT: This article proposes to make a feminist reading of Private Law, from a historical-evolutionary perspective, to identify how the female stereotype was understood and to assess the extent to which legislation fostered oppressive legal instruments for women's liberties. The deductive method is adopted, with instrumental use of the historical resource, with bibliographical and documental research. It is concluded that institutes such as the figure of the good father of the family and the inability of the married woman for the acts of civil life contributed to the invisibility of women and that, from this, it is necessary to read the law from a perspective feminist.

KEYWORDS: Private law. Feminism. Historical-legislative evolution.

Entre o passado e o presente: uma leitura histórica jurídica feminista do direito privado

RESUMO: Este artigo se propõe a fazer uma leitura feminista do Direito Privado, a partir de uma perspectiva histórico-evolutiva, para identificar como era entendido o estereótipo feminino e avaliar em que medida a legislação fomentava instrumentos jurídicos opressores para as liberdades femininas. Adota-se o método dedutivo, com uso instrumental do recurso histórico, com pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que institutos como a figura do bom pai de família e a incapacidade da mulher casada para os atos da vida civil contribuíram para a invisibilização da mulher e que, a partir disso, se faz necessária uma leitura do direito a partir de uma visão feminista.

PALAVRAS-CHAVE: Direito privado. Feminismo. Evolução histórico-legislativa.

“Os estereótipos de gênero são tão profundamente incutidos em nós que é comum os seguirmos mesmos quando vão contra nossos verdadeiros desejos, nossas necessidades, nossa felicidade”

(Chimamanda Ngozi, 2021, p 28)

INTRODUCCIÓN

Una de las tareas intelectuales más complejas y cuestionables es la de determinar aquello que los términos denotan, especialmente si partimos de perspectivas antiesencialistas que niegan la existencia de una naturaleza, un significado universal e inmutable de los conceptos. Como bien lo señala Mouffe (1999, p. 6) este posicionamiento crítico de la unicidad ha sido un punto de encuentro de corrientes y autores/as muy diferentes, y como es de esperar el feminismo-no fue- ni es ajeno a ello.

Considerando esta reflexión y lejos de abrazar un significado unívoco de la lectura que el movimiento feminista ha hecho del derecho, la presente propuesta entiende al feminismo jurídico “como un esfuerzo por introducir el discurso feminista en la teoría del Derecho” (Sánchez, 2010, p. 1). A partir de esta premisa se propone una reflexión, feminista e histórico jurídica, sobre el derecho privado. A los fines expositivos problematizaremos la noción de un ámbito privado del derecho y los estereotipos que este alberga.

Sostenemos a lo largo de la exposición la necesidad de incorporar el análisis feminista del derecho en el derecho privado, privilegiando el análisis histórico jurídico. La finalidad de esta propuesta es evidenciar la emergencia de categorías androcéntricas en la configuración de un ámbito privado del derecho, y al mismo tiempo dar cuenta de la negación y del reconocimiento de los derechos de las mujeres en contextos espaciales y temporales concretos.

1. EL DERECHO PRIVADO Y SUS ESTEREOTIPOS

En el ámbito jurídico, quienes abrazan el feminismo han realizado una destacable labor en el abordaje teórico del derecho en *stricto sensu*, en otras palabras, han apelado a una reflexión teórica genérica del derecho. Estas reflexiones han sido claves para desarrollar una crítica feminista del derecho, sin embargo, no la agotan. Por el contrario, se complementan con narrativas que consideran los estereotipos que operan en las diferentes ramas del derecho como también los puntos de encuentro androcéntricos entre los sistemas jurídicos continentales europeos y los pertenecientes al *common law*¹.

Sobre cómo operan los estereotipos de las mujeres imperantes en el derecho, Clérico advierte que “las imágenes estereotipadas obturan escuchar las voces de las afectadas concretas que tienen otros proyectos de vida que difieren de lo que se espera de ellas desde la mirada esquemática” (Clérico, 2021, p. 68). Lo que el derecho espera y normaliza de las mujeres adquiere diferentes significados y consecuencias jurídicas según la materia que se estudie.

En términos de política criminal los estereotipos tampoco son algo nuevo, por el contrario, datan de historicidad². Para analizar los imaginarios estereotipados en el presente, en materia de feminicidio, Gómez Tapia y Chávez Pérez consideran lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El organismo internacional resaltó algunas de las percepciones que imperan en parte de las autoridades que receptan denuncias de desapariciones de mujeres, entre ellas

¹ En un interesante trabajo sobre responsabilidad civil Gema Tomás Martínez (2015) deja en evidencia la impronta masculina en las categorías de buen padre de familia y persona razonable, lo que marca un punto de contacto entre androcentrismo y las familias de sistemas jurídicos.

² Sobre la criminalización de las mujeres y los estereotipos en materia de infanticidio, Sol Calandria (2021) plantea interrogantes histórico-jurídicos sobre la pena de este delito en el derecho penal argentino, las razones que llevaron a las mujeres a cometer estas conductas cuando la maternidad no era deseada y cómo procedieron los jueces en las causas. En este tema resulta clave cuestionar el binomio moralidad -sexualidad, en esta línea De Burgos problematiza “el concepto de deshonor que acompaña a la madre soltera y a la joven seducida, aunque hayan sido impulsadas por amor” (De Burgos, 1927 p. 45), frente al completo margen de libertad sexual masculina.

destacan que “no está desaparecida, anda con el novio o anda con los amigos de vaga”, “que si le pasaba eso era porque ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena está en su casa” (Gómez Tapia & Chávez Pérez, 2019, p. 8).

Para el ámbito privado igualmente resulta imperante la reflexión sobre los estereotipos y la historicidad de estos; este último punto es crucial ya que su no consideración puede generar una falsa ilusión. En este sentido resulta elocuente Desportes (2007) cuando advierte que “los horizontes se han ampliado, nuevos criterios se han abierto radicalmente hasta el punto de que hoy nos parece que siempre ha sido así” (p.17). Por el contrario, si reflexionamos en torno al régimen jurídico de las mujeres casadas en el derecho argentino, su plena capacidad es una conquista lograda recién en la segunda mitad del siglo XX ya que, no obstante, los cambios acontecidos en 1926³, el nuevo régimen jurídico de la mujer casada en Argentina fue incorporado al Código Civil con la reforma integral de 1968 (Giordano 2013). Hasta ese entonces la incapacidad de hecho implicó la preminencia del marido sobre la mujer puesto que este era su representante legal, disponía del patrimonio de la sociedad conyugal y ejercía la patria potestad sobre los hijos (Giordano, 2013, p. 25). Esta situación, en palabra De Burgos (1927) convertía a la mujer casada en la “eterna menor” (p. 135), justificada por diferentes argumentos entre los que no puede dejar de mencionarse la religión.

Como si no fuera poco para todas las mujeres, casadas, solteras, religiosas o no, operaba igualmente un imaginario opresor, el cual es exquisitamente abordador en la obra De Burgos. La autora plantea la peligrosidad y la implementación de “dos morales diferentes” (p. 35) correspondiendo una para cada sexo; así “se aplican a la mujer leyes morales que la esclavizan y sanciones abusivas a las que escapa el hombre” (De Burgos, p. 45). De esta manera la mujer quedó presa de una serie de normas cuyas consecuencias operaban en el ámbito jurídico sobrepasando la moral. La obra De Burgos ejemplifica de manera clara este tipo de consecuencias, por ejemplo, en materia de filiación la autora cuestiona la posición del código civil español. Para ello problematiza, por un lado, la posición de la ley de considerar obligatoria la investigación de la maternidad, y por otro la prohibición de indagar la paternidad de los hijos ilegítimos (De Burgos, 1927, p. 48). Destacando la poca lógica de los argumentos de quienes se oponían a la pesquisa de la paternidad, ya que estos alegaban la necesidad de “poner freno a la perversidad de las mujeres” (De Burgos, 1927, p. 49)

La necesidad de leer, repensar y resignificar el derecho y la dicotomía de lo público y privado se justifica ya que “el derecho fue evidenciado como un instrumento de articulación del sistema patriarcal” (Vasallo, 2009, p. 433). Cuestionamiento que a fines del siglo XIX y comienzos del XX, fue planteado por la primera abogada – en ejercicio-brasileña, Myrthes de Campos, quien se “apropió de la historia para argumentar que el derecho romano fue el gran responsable de la sumisión jurídica de la mujer y que no tendría razón para subsistir en el mundo moderno” (De Moraes, 2021,p.6).Esta interpelación se prolongó en el tiempo y adquirió diversas formas entre las que destacan reflexiones académicas, escritos de prensa, cambios legislativos e incluso movimientos de juristas por la feminización del derecho privado. En este sentido el Movimiento Carmona pretende “despojar a las normas jurídicas escritas, al lenguaje y a la ordenación de las relaciones humanas que se hace en el Derecho privado del tradicional ropaje masculino con el que fue creado y ha pervivido durante siglos” (Movimiento Carmona, 2021).

La relevancia del derecho privado como objeto del análisis feminista es evidente gracias a los enfoques que problematizan “la distinción de las esferas pública y privada y, con respecto a esto, cuál es el lugar que ocupamos las mujeres en relación con dicha dicotomía” (Smaldone, 2017, p. 3). Para comprender la situación de la mujer en la esfera de lo público vale tener presente

³ La modificación del régimen jurídico de la mujer casada en 1926.

el tardío reconocimiento e inclusión de las mujeres en el relato histórico (Vasallo, 2009, p. 427). Lo cual es explicado por Vasallo de una manera muy clara; primero reconoce que “las mujeres siempre fueron protagonistas de nuestro pasado” (Vasallo, 2009, p. 427) y luego advierte cómo los historiadores en la elaboración de un relato únicamente recuperaron una historia masculina. (Vasallo, 2009, p. 428). Si consideramos la subordinación de las mujeres, tanto en la historia como en el derecho, la consecuencia es evidente: la mujer fue relegada a una esfera privada opresora.

A comienzos del siglo XX, una interesante reflexión titulada *Mujer Moderna y sus Derechos* (De Burgos 1927) ofrece un panorama de la situación de la mujer en esta artificial dicotomía. En los diferentes ámbitos que componían lo privado en los albores del pasado siglo (familia, matrimonio, capacidad civil, trabajo) la autora advierte que “En todo el Código civil español vemos siempre preterido el derecho de la mujer” (De Burgos, 1927, 189), observación extensible a todos los códigos (De Burgos, 1927, p. 135) de finales del siglo XIX y hasta buena parte siglo XX. El rol de la codificación fue igualmente cuestionado por la abogada brasileña de Campos quien “atribuyó la difusión de la incapacidad de la mujer casada en las codificaciones contemporáneas al autoritarismo de Napoleón” (De Moraes Silveira, 2021, p. 6).

Pensar el contenido de lo privado desde la propuesta de Mouffe (1999) resulta esclarecedor, pues al rechazar los enfoques esencialistas se descarta definirlo ya que su contenido debe ser pensado considerando el contexto histórico. Ejemplo de ello es el rol de la materia religiosa en la configuración de lo privado. Si bien en el presente la religión no tiene una impronta explícita en la legislación civil, vale tener presente “el derecho canónico y cómo este ha teñido toda la legislación sobre el cual se ha construido el derecho de familia en singular” (Herrera, 2020 p. 112). Teniendo en cuenta los cambios acontecidos en el derecho internacional privado, la impronta de los instrumentos jurídicos internacionales⁴ ha propiciado la proliferación de normas internacionales que operan como un punto de no retorno, haciendo cada vez menos nítidas las fronteras entre lo público y lo privado. Cuestionando así la matriz privada de lo familiar. No obstante “hay ciertos temas que reflejan situaciones de una especial vulnerabilidad de las mujeres en los casos multinacionales” (Scotti, 2020, p.136). En esta dirección Scotti plantea dentro del orden público internacional “los casos en los que se presente el reconocimiento de un matrimonio poligámico, de un repudio, un régimen patrimonial discriminatorio para la mujer”. (Scotti, 2020, p. 137).

Quienes se desempeñan en la enseñanza de esta disciplina e igualmente en el derecho de familia advierten puntos pendientes y en desarrollo de la agenda feminista. En el ámbito del derecho internacional privado, Scotti resalta un sector de la doctrina que ha adoptado el concepto de “sistema de DIPr de la mujer que busque soluciones concretas en defensa de su mejor interés” (Scotti, 2020, p. 136). En lo que respecta al derecho de familia Marisa Herrera sostiene que “la mirada del derecho de familia en singular, básicamente patriarcal, verticalista, fundado en principios rígido como el binarismo, sigue aún muy presente en la enseñanza del derecho s” (Herrera, 2020, p. 110). Un ejemplo claro de esto se advierte en los estereotipos que imperan en el derecho de familia: el buen padre de familia y “el rol materno” (Robba, 2020, p. 116).

⁴ A modo de ejemplo citamos los instrumentos e iniciativas mencionadas por Scotti: Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962, proyecto de guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (b) del Convenio de la Haya de 1980. (Scotti, 2020, p. 138-139).

2. MÁS QUE OLAS: UNA MAREA CUYAS CORRIENTES EROSIONAN LOS DIFERENTES ÁMBITOS DEL DERECHO

La historicidad de lo jurídico determina que ni el derecho ni las instituciones jurídicas sean categorías pétreas, por el contrario, su constante resignificación torna necesario determinar qué es lo que se comprende por estos significantes. En este sentido la propuesta de Smart es más que sugerente. La autora, al momento de divisar cómo “el campo del derecho” (Smart, 2000, p. 31) desafía de manera concreta a la teoría feminista, realiza una aclaración terminológica sin la cual sería difícil comprender los problemas que divisa. Igualmente, la advertencia sobre su perspectiva feminista socio jurídica, clarifica la lectura que realiza más allá de los textos normativos. En pocas palabras Smart plantea la multiplicidad de significados que encierra este vocablo, entre ellas el derecho establecido, la metodología legal, una praxis y una percepción social del derecho. (Smart, 2000, p. 31)

Considerando la multiplicidad de facetas de lo jurídico los problemas que señala son diferentes, pero están fuertemente relacionados entre sí. Bajo “letra estricta”, Smart señala una resistencia a la utilidad del análisis teórico de los propósitos del derecho, fuera de lo señalado por los cursos de jurisprudencia (Smart, 2000, p. 32). Sánchez considera a esta propuesta como formalista ya que plantea que el derecho “como conjunto de reglas sistemáticas ordenadas y con coherencia lógica, puede ser entendido e interpretado con la sola letra normativa” (Sánchez, 2010, p. 4)

En un segundo estadio, se encuentra una oposición a la lectura feminista de lo jurídico que, cuestionablemente,⁵ señala que “en la mayoría de los países desarrollados, el derecho ya ha trascendido la discriminación sexual” (Smart, 2000, p2). Por último, Carol advierte cómo la postura que privilegia una visión práctica del derecho con efectos concretos resiste el abordaje teórico feminista. De allí que una teoría no sea lo aconsejable, sino una “contra práctica”. (Smart, 2000, p. 32)

Para abordar los diálogos entre el feminismo y su lectura del derecho es importante partir de una advertencia que realiza Sánchez respecto de la exposición taxativa de fases ya que la complejidad propia de la reflexión feminista, y su constante construcción, demanda un abordaje que de libertad a las actoras para identificarse con uno u otro momento sin ser excluyente. (Sánchez, 2010, p 5). En este sentido vale tener presente que en el derecho existe una peligrosidad latente al momento de emplear metáforas, específicamente el uso de generaciones de derecho y olas ha llamado la atención puesto que desconectan lo jurídico de lo económico, social y económico (Cacciavillani & Vita, 2021, p. 41). Para el abordaje del feminismo es necesario hacer algunas consideraciones ya que los derechos de las mujeres, lejos de ser reconocidos por el Estado unilateralmente, fueron ganados mediante la agencia de personas concretas. Especialmente a partir de “argumentos jurídicos pensados y defendidos por mujeres que pretendieron crear condiciones de mayor equidad para otras mujeres” (Cacciavillani & Vita, 2021, p. 54).

El empleo de la metáfora de las olas es un recurso clave, pero no libre de observaciones, para contextualizar la crítica que se hace del derecho dentro del movimiento feminista. Su utilidad radica en que existe un punto de contacto entre estos cuestionamientos y “las diversas corrientes de feminismos, liberal, radical y socialista”. (Sánchez, 2010, p. 5). Si bien hay mudanzas en las demandas, según las épocas, existe un núcleo de análisis que se mantiene caracterizado por un cuestionamiento tanto del derecho como de las instituciones que lo integran y cómo estos afectaron, y afectan, la vida de las mujeres (Sánchez, 2010, p5). En otras palabras, se advierte

⁵ En esta observación es problemática por el uso acríptico de una idea de desarrollo y la exclusión de las mujeres que habitan más allá de los límites de este.

una marea latente que cuestiona cómo el derecho afecta la vida de las mujeres, marea que se compone de olas que reivindican diferentes derechos y diversas nociones de igualdad para las personas femeninas⁶.

Igualmente, por la propia historicidad que demanda este planteo- y su relación con el género- vale considerar tanto las mudanzas en las reivindicaciones como las críticas que las generaciones posteriores hacen de los efectos de las conquistas pretéritas, lo que ha sido denominado: dilema Wollstonecraft. A lo que debe sumarse la problematización de las categorías de análisis empleadas. En este sentido, vale tener presentes los trabajos de Scott (1990), (2011) sobre los efectos del paso del tiempo con relación a la categoría analítica género. Desde la historia legal, recientemente Russel ha planteado un concepto de historia legal subversiva en el que el género juega un rol clave puesto que “colocar el género al frente es subversivo ya que altera los lentes con los cuales el derecho es visto, lo que disturba y luego sustituye la narrativa ortodoxa” (Russel, 2021, p. 81). Este tipo de consideraciones acogen la reflexión de Scott sobre la utilidad del género como categoría en la medida que se emplee “como una invitación a pensar de manera crítica” (Scott, 2011, p. 98) la sexualidad de los cuerpos, su interacción y mudanzas⁷. Estas apreciaciones son claves para tener presente que, más allá de las divisiones expositivas, la visión feminista del derecho se presenta como un “cuerpo de conocimiento en construcción, cuyas etapas de reflexión pueden interconectarse entre sí sin excluirse unas a otras” (Sánchez, 2010, p. 5).

2.1. ¿Qué trajo la marea?

Considerando las reflexiones de Sánchez (2010) la temporalidad para el abordaje de las olas feministas que desarrollaremos inicia a partir de las décadas de los 60-70, lo que permite considerar a esta propuesta como contemporánea⁸. Smart parte de reconocer que el derecho tiene género y para dar cuenta de ello se vale de una afirmación tridimensional en la que sostiene que: el derecho es sexista, es masculino y tiene género.

Este primer feminismo caracterizado como liberal tuvo una fuerte agenda en materia de derechos civiles, Sánchez resalta que esta perspectiva no ataca los caracteres que se predicán del derecho – objetividad y racionalidad- sino que “en materia de normas que se refieren a las mujeres el Derecho aún no se ha desarrollado como debiera” (Sánchez, 2010, p. 7). En este contexto, la autora comprende que subyace una concepción de igualdad entre iguales, caracterizada por brindar “un igual trato entre los que se encuentran en iguales circunstancias” (Sánchez, 2010, p.

⁶ Para el caso argentino, vale destacar lo que señala Martínez, la historicidad propia de los reclamos gestionados por los colectivos feministas data de una proyección temporal, de más de un siglo y una heterogeneidad muy marcada. (Martínez, 2018). Lo que genera necesariamente que en ese devenir histórico emerjan nombres y rostros que se encuentran latentes en el imaginario feminista nacional. Para el caso argentino Martínez destaca la centralidad contemporánea de Chiara Páez cuyo nombre resonó y resuena en protestas que repudian los feminicidios (Martínez, 2018, p1). En una perspectiva histórica entre finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el trabajo de Vignoli (2018) destaca a Cecilia Grierson y Albina Van Praet de Sala, entre otras, en el ámbito de los derechos de las mujeres. Sobre las implicancias internacionales del Consejo Nacional de la Mujer en Argentina y los debates feministas Vignoli (2018, p. 128) relata los encuentros y desencuentros entre estas mujeres.

⁷ Privilegiar este aspecto constructivista permite abordar la artificialidad de la diferencia sexual, considerando los aportes de la teoría *queer* Núñez Noriega problematiza no solo la comprensión sino la reducción de la existencia sexual de las personas a partir de las categorías: binarismo sexual, de género y erótico. (Núñez Noriega, 2016, p. 52)

⁸ La reflexión que Ricoy realiza sobre proclamas que demandan la igualdad entre los sexos en otras temporalidades no puede dejar de mencionarse, ya que nos interpelan a considerar autoras como Christine de Pizan (1364-1430), Poulain De la Barre (1673-1674), Mary Wollstonecraft (1759-1797), Elizabeth Cady Stanton (1815-1902) y Lucrecia Mott (1793-1880), Victoria Kent (1898-1987), Clara Campoamor (1888-1972) entre otras. Igualmente evidencia la historicidad de las diversas nociones de igualdad que subyacen en estas obras. (Ricoy, 468- 482).

7). Si bien es innegable que las reformas dadas en este contexto marcaron un antes y un después, Sánchez (2010)-citando a Kohen- trae a colación el núcleo del dilema Wollstonecraft planteado por Pateman. Así a partir de las consecuencias que emanan de quitar la diferencia en lo jurídico el llamado feminismo de la diferencia reprochó al feminismo de la igualdad que “asimila a las mujeres a los varones y en última instancia no logra salir del paradigma de la dominación masculina” (Ricoy, 2015, p. 482).

Seguidamente la idea de un derecho masculino tiene una raíz empírica en el sentido que advierte “que la mayoría de los legisladores y abogados son hombres” (Smart, 2000, p. 36). Smart considera las reflexiones de MacKinnon respecto de valores que se predicaban del derecho, como ser la neutralidad y la objetividad. Sánchez advierte que estos ideales son “desarrollados jurídicamente e incorporados al discurso jurídico con el objeto de ocultar la parcialidad de las normas y asegurar la dominación masculina” (Sánchez, 2010, p. 9). De allí que la autora rescate que las teóricas que advierten un derecho masculino reivindiquen las diferencias que existen entre hombres y mujeres para lograr una igualdad sustantiva. La pretendida esencialidad masculina, explica Sánchez, es cuestionada por autoras como Gilligan, MacKinnon, entre otras.

Por último, un derecho con género parte de una visión posmoderna que cuestiona toda pretensión esencialista, teleológica y universal, bajo esta perspectiva Sánchez nuclea autoras como Smart, Mouffe, Olsen, Naffine. Una matriz común que se advierte la autora es la necesidad de deconstruir, construir y resignificar conceptos claves como igualdad, género, y justicia. Esto implica una cierta plasticidad conceptual ya que esta postura “no nos exige fijar una categoría ni un referente empírico Varón o Mujer” (Smart, 2000, p. 39)., por el contrario, es posible apelar a una “postura subjetiva dotada de género que no permanezca fijada al sexo por determinantes biológicos, psicológicos ni sociales” (Smart, 2000, p. 39).

CONCLUSIONES

El propuesto análisis del ámbito privado del derecho desde una lectura feminista e histórica- jurídica advierte no solo los estereotipos de género latentes en el derecho privado, como el buen padre de familia, sino también los mecanismos jurídicos opresores. En este sentido, la incapacidad de hecho de la mujer casada consagrada en los códigos civiles deja en claro el rol que jugó el derecho privado en la marginalización de la mujer. La postura de De Burgos y Myrthes de Campos resultan claves para analizar cómo y mediante qué argumentos las mujeres cuestionaban el sistema jurídico de su época que establecía una clara subordinación jurídica de la mujer. De Burgos explica cómo la mujer moderna, casada o no, fue afectada ya sea por la condición de eterna menor o por el empleo de una moral de la cual el hombre escapaba. Myrthes de Campos señala al derecho romano y a la codificación napoleónica como elementos claves para comprender la condición jurídica de la mujer.

El aporte del análisis histórico jurídico crítico es clave ya que permite recuperar los argumentos de las mujeres y visibilizar a quienes han integrado el colectivo feminista. Advertir la tensión existente entre el feminismo de la igualdad, de la diferencia el social y el radical no solo señala el cuestionamiento de diferentes nociones de igualdad, sino que evidencian las reflexiones de Mouffe y Sanchéz. El feminismo es un concepto en constante construcción, cada conquista del colectivo lejos de satisfacerlo abre un espacio de crítica que motiva un nuevo planteamiento. Siguiendo a Mouffe toda inclusión ganada por la lucha feminista generó y genera una exclusión que el propio colectivo cuestiona.

De esta manera la lectura feminista del derecho en su devenir histórico ha nutrido- y nutre- los oleajes de la marea feminista con nombres y rostros de personas concretas. Evitando así

“relatos lineales en los que se describe un progreso” (Cacciavillani & Vita, 2021, p. 53) y que invisibilizan los rostros de las personas que lucharon y ganaron derechos en las calles, generado en el imaginario social percepciones como que “los derechos surgen de la nada” (Cacciavillani & Vita, 2021). La lectura del derecho desde la mirada feminista- y de la mano del análisis histórico jurídico crítico- permite concebir al feminismo jurídico como una marea en constante movimiento, sin fin, que entre oleaje y oleaje erosiona estereotipos jurídicos que pretenden ser pétreos, reivindicando en su curso diferentes derechos y formas de igualdad para las mujeres.

REFERENCIAS

CACCIAVILLANI, Pamela y VITA, Leticia. Los derechos sociales en contexto: las ventajas de una perspectiva histórica crítica para la argumentación jurídica. En Laura Clérico, Federico De Fazio y Leticia Vita (coord.) **La argumentación y el litigio judicial sobre derechos sociales**. Una caja de herramientas interdisciplinaria (p. 37-64). Buenos Aires: Zeta, 2021.

CALANDRIA, Sol. **Matar a la madre**. Infanticidios, honor, género en la provincia de Buenos Aires, (1886-1921). Buenos Aires: ATENEA -Estudios de Género, 2021.

CHIMAMANDA NGOZI, Adichie. **Para educar crianças feministas**. Un manifesto. Sao Paulo: Schwarcz, 2021.

CLÉRICO, Laura. Desarmando estereotipos de género: hacia una metodología. En Laura Clérico, Federico De Fazio y Leticia Vita (coord.) **La argumentación y el litigio judicial sobre derechos sociales**. Una caja de herramientas interdisciplinaria (pp.65-88). Buenos Aires: Zeta, 2021.

DE BURGOS, Carmen. **La mujer moderna y sus derechos**. Valencia: Sempere Martí, 1927.

DE MORALES SILVEIRA, Mariana. “Escrever, ser útil à sociedades”: uma análise da produção intelectual de Myrthes de Campo, **Estudos Ibero-Americanos**, V.47 N3, p. 1-16. <http://dx.doi.org/10.15448/1980-864X.2021.3.39891>, 2021.

DESPENTES, Virginie. **Teoría King Kong**. España: Melusina, 2007.

GIORDANO, Verónica. La sanción de la capacidad civil plena de la mujer en los países del cono sur, 1945-1990. **Latin American Research Review**, vol. 48. (3), p. 25.43, 2013.

GÓMEZ TAPIA, José Luis y CHÁVEZ PÉREZ, Sara Irma. Política criminal y feminicidio en México. **Revista Electrónica de Estudios Penal y de la Seguridad**, (5), p. 1-24, 2019.

HERRERA, Marisa. El enfoque de género en el derecho de familia, en **La enseñanza del derecho con perspectiva de género**. Herramienta para su profundización. Liliana Ronconi y María de los Ángeles Ramallo (edit.) Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, p. 100-109, 2020. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/ensenanza-con-perspectiva-de-genero.pdf>

MARTÍNEZ, Natalia. ¿Pueblo feminista? Algunas reflexiones en torno al devenir popular de los feminismos. En **Latinoamérica** 67 (2) p. 173-201, 2018.

MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia. Madrid: Paidós, 1999.

MOVIMIENTO CARMONA. Por la feminización del Derecho Privado. <https://www.movimientocarmona.org>

NÚÑEZ NORIEGA, Guillermo. **¿Qué es la diversidad sexual?** Ciudad de México: Ariel, 2016.

RICOY, Rosa. Teorías Jurídicas Feministas. En **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, vol. 1, UNAM, México. (p.459-499), 2015.

ROBBA, Mercedes. El enfoque de género en el derecho de familia, en **La enseñanza del derecho con perspectiva de género**. Herramienta para su profundización. Liliana Ronconi y María de los Ángeles Ramallo (edit.) Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, p. 115-118, 2020. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/ensenanza-con-perspectiva-de-genero.pdf>

RUSSEL, Sandberg. **Subversive Legal History: A Manifesto for the Future of Legal Education**, London: Taylor & Francis Group, 2021.

SÁNCHEZ, Mariana. La crítica feminista al discurso jurídico (o de cómo entender al Derecho como un ámbito de lucha por la igualdad de género). En **Anuario XII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba**. Córdoba: UNC, (p. 1-17), 2010.

SCOTT, Joan. El género una categoría útil para el análisis histórico. En James Amelang y Mary Nash, **Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea** Valencia: institució Alfons el Magnànim-Center Valencià d'Estudis i d' Investigació. (p. 23-58), 1990.

SCOTT, Joan. Género: ¿Todavía una categoría útil para el análisis? En **La manzana de la discordia**, vol. 6, (1), 95-101, 2011.

SCOTTI, Luciana. Derecho Internacional Privado y género, en **La enseñanza del derecho con perspectiva de género**. Herramienta para su profundización. Liliana Ronconi y María de los Ángeles Ramallo (edit.) Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, p. 135-145, 2020. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/ensenanza-con-perspectiva-de-genero.pdf>

SMALDONE, Mariana. La dicotomía público-privado, las mujeres y el trabajo doméstico invisible". Pensar (nos) desde la teoría y la filosofía de género y los feminismos. **Seminario Internacional Fazendo Género 11 & 13 Women's Worlds Congress** (Anais Eletrônicos), Florianópolis, p. 1-19, 2017.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. En Haydee Birgin (comp.) **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000.

TOMÁS MARTÍNEZ, Gema. La sustitución del "buen padre de familia por el estándar de la "persona razonable": reforma en Francia y valoración de su alcance. **Revista de Derecho Civil**, España, vol.2 N 1, p. 57-103, 2015.

VASALLO, Jaqueline. "¿Es posible hacer historia del derecho desde una perspectiva de género?", en Celton, Doraet. al., (coord.). **Poblaciones históricas**. Fuentes, métodos y líneas de investigación., Serie de Investigaciones, Río de Janeiro, Brasil, Asociación Latinoamericana de Población, p. 427-437, 2009.

VIGNOLI, Marcela El consejo nacional de la mujer en Argentina y su dimensión internacional 1900-1910, en **Travesía**, vol. 20, n. 7, p. 121.147, 2018.

Submetido em: 20 jan. 2022.

Aceito em: 21 mar. 2022.